



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

**“FACULTAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE DECLARAR
DEROGADOS PRECEPTOS LEGALES CONTRARIOS A LA
CONSTITUCIÓN”**

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

Autor:

Cristian Alberto Abarca Antimán

Profesor Guía: Enrique Navarro Beltrán

Santiago, Chile

2011

INDICE GENERAL

Página:

Introducción.....	7
Capítulo 1. Origen de los Tribunales Constitucionales.....	8
1.1. Antecedentes Históricos.....	8
1.2. Características del Modelo Europeo de Tribunal Constitucional.....	11
1.3. Marco Institucional y Jurídico fundado en la Democracia.....	12
1.4. Existencia de diversos órganos jurisdiccionales.....	14
1.5. Tribunal Constitucional Independiente del Poder Judicial.....	15
1.6. Designación de los Ministros por Poderes Públicos.....	16
Capítulo 2: El Tribunal Constitucional Chileno.....	19
2.1. El Tribunal Constitucional Antes de 2005.....	19
2.1.1. Tribunal Constitucional, 1970-1973.....	19
2.1.2. Tribunal Constitucional, 1980-2005.....	25
2.2. El Tribunal Constitucional después de 2005.....	29
2.2.1. Transformaciones Orgánicas del Tribunal Constitucional.....	29
2.2.2. Transformaciones en las Competencias	

Del Tribunal Constitucional.....	32
2.2.2.1. El Tribunal Constitucional y su Ley Orgánica Constitucional.....	39
2.2.3. Paralelo entre inaplicabilidad e inconstitucionalidad.....	45
2.2.4. La Inaplicabilidad en los Tratados Internacionales.....	47
Capítulo 3: Los Tribunales Constitucionales en el Derecho Comparado.....	52
3.1. Tribunales Constitucionales en Europa.....	52
3.1.1. Austria.....	52
3.1.2. Alemania.....	56
3.1.3. España.....	62
3.1.4. Francia.....	66
3.1.5. Italia.....	71
3.1.6. Portugal.....	73
3.2. Tribunales Constitucionales en Sudamérica.....	77
3.2.1. Bolivia.....	77
3.2.2. Colombia.....	81
3.2.3. Ecuador.....	83
3.2.4. Perú.....	89
Capítulo 4: La Acción de Inconstitucionalidad en Chile.....	92
4.1. Descripción de la Normativa.....	92
4.2. Historia fidedigna del art. 94 de la C.P.R.	95
4.3. Problemas de la Norma.....	101

Capítulo 5: Examen del Concepto “Derogación”	104
5.1. Marco Conceptual	104
5.1.1. Invalidación y Otros Conceptos Básicos	104
5.1.2. Nulidad, Invalidez y Anulación en el Derecho Público	108
5.2. Esquema General de la Derogación	113
5.3. Consideraciones Especiales	118
5.3.1. Diferentes Escenarios de la Derogación	119
5.3.1.1. Derogación Expresa	120
5.3.1.2. “Derogación Explícita Innominada”, por razón de Materia	122
5.3.1.3. Derogación Explícita Innominada por razón de Incompatibilidad	123
5.3.1.4. Derogación Orgánica	124
5.4. El Caso de la Derogación Tácita	126
5.4.1. Interpretación del Término	128
5.4.2. Posición Institucional de los Jueces	130
5.4.3. Posibilidad de Indeterminaciones Lógicas	132
5.5. Conclusiones en torno a la Derogación	135
Capítulo 6: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	137
6.1 La Inconstitucionalidad del art. 116 del Código Tributario	137
6.1.1. Análisis del Voto Minoritario	140
6.2. La Inconstitucionalidad de los “Abogados de Turno”	141

6.3. La Inconstitucionalidad del art. 171 del Código Sanitario.....	147
6.3.1 Análisis de la Prevención Contendida en el Voto de Mayoría y del Voto de Minoría.....	152
6.4. Inconstitucionalidad de las “Tablas de Factores”.....	154
6.4.1 Razonamiento del Tribunal Constitucional.....	160
6.4.2. De las prevenciones y votos de minoría.....	161
6.5. De las presentaciones posteriores a la declaración de Inconstitucionalidad.....	165
6.5.1. Sobre el art. 116 del Código Tributario.....	166
6.5.2. Sobre el art. 38 ter de la “Ley de Isapres”.....	169
7. Conclusiones Finales.....	174
Bibliografía.....	177

*A mi mama y hermanos, por confiar
en mí...*

INTRODUCCIÓN

El trabajo que a continuación se presenta, representa una humilde pero sincera crítica, que busca instar a mejorar la calidad de la técnica legislativa utilizada por nuestros legisladores en el desarrollo de su labor. Todo esto, no con el fin de ser majadero, sino deseando que en el ámbito del derecho y, en especial en el aspecto de la creación de las normas que rigen nuestra sociedad, se emplee siempre y por siempre, el mayor esmero y toda la pulcritud que se pueda y que sea necesaria, para que finalmente, las normas que se produzcan, sean de la mayor calidad posible.

En las páginas venideras, se analizará esencialmente, el artículo 94 de la Constitución Política de La República, específicamente, la parte donde señala que los preceptos que el tribunal Constitucional declare “Inconstitucionales”, se entenderán “derogados”. En este sentido, es el propósito de este autor, demostrar que el legislador ha empleado de manera errónea estos términos, ya que, lo que producen las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad dictada por el Tribunal Constitucional, a lo sumo, es un efecto invalidatorio, pero que de ninguna manera, puede ser considerado derogatorio.

En el transcurso de este trabajo investigativo, se ahondará en temas tales como: el origen del tribunal constitucional, el tribunal constitucional en el derecho comparado, por supuesto también se analizara la acción de inconstitucionalidad, no sin dejar un capítulo especial, para comentar jurisprudencia del tribunal Constitucional Chileno.

En fin, es el profundo sincero deseo de este autor, presentar un trabajo que cumpla con los requerimientos académicos de facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y de la Universidad de Chile, así como también aportar un pequeño grano de arena, en el constante proceso de mejoramiento de nuestras leyes, el cual siempre debe ser fuente de motivación para todos los abogados de la Universidad de Chile.

1. Origen de los Tribunales Constitucionales

1.1. Antecedentes Históricos.

El primer antecedente histórico del control de constitucionalidad debe ser rastreado hasta Estados Unidos, el reconocido caso Marbury v/s Madison es el punto de partida del razonamiento judicial que sigue más o menos la línea siguiente; la Constitución es una norma jurídica, por ello es que debe ser respetada, en tanto tal, por todos, especialmente por los órganos del Estado, de este modo, debe existir un mecanismo que se asegure que se respete la eficacia jurídica de la Constitución, pues es una norma jurídica, y, si no existiera control sobre los órganos estatales, para que respetaran la Constitución, esta no tendría real fuerza jurídica, pues sus disposiciones podrían ser pasadas a llevar sin ninguna consecuencia para los infractores o para las normas, de diverso rango, dictadas con infracción a la Constitución, esto implicaría que la Constitución, en realidad, no fuera una norma, pues no tendría efecto obligatorio alguno, siendo estas consecuencias inaceptables. En virtud de lo anterior, los tribunales estadounidenses deciden que pueden revisar la constitucionalidad de las actuaciones estatales, incluyendo a las legislaturas, pues es la única forma para que la Constitución tenga real eficacia normativa y sea, de verdad, la norma máxima del sistema jurídico.

Este razonamiento tan atendible, sin embargo, no encuentra eco en Europa, y en los países que siguen la tradición europea continental, como es el caso de Latino América. Estos países están bajo el influjo (recordemos que hablamos del siglo XIX), de la revolución francesa, entre cuyos principios se incluían la separación de poderes y una verdadera reificación de la ley. En virtud de la separación de poderes, los órganos judiciales no podían intervenir en las decisiones tomadas por los órganos legislativos,

pues el sistema entero se basaba en la no interferencia (a nivel teórico) de un poder sobre otro. Por otro lado, la Constitución no es vista como el tipo de norma más importante del sistema, ese papel le correspondía a la ley, la decisión del legislador era inapelable y se consideraba que la forma adecuada de enfrentar los problemas sociales era transformando las decisiones en leyes, apoyados en los presupuestos de la democracia representativa, cuya máxima institución eran las asambleas legislativas. De esta forma, se postula que los legisladores no pueden errar, pues son la expresión misma del pueblo soberano, quien no puede ser controvertido por ningún órgano, sin importar cuál sea. De este modo, la posibilidad de controlar las leyes resulta dificultosa en una sociedad convencida de que la ley es la máxima expresión jurídica y democrática.

Ahora bien, en el siglo XX las condiciones comienzan a cambiar, surgiendo ideas acerca de controlar la constitucionalidad de las leyes, pero con un tinte diferente al que se tiene en Estado Unidos. El modelo tiene como padre intelectual a Hans Kelsen quien, rechazando la idea de permitir que cualquier tribunal pueda dejar de aplicar una ley por ser inconstitucional, como es el caso estadounidense, plantea crear un órgano que se dedique especialmente a realizar esa labor, cumpliendo labores de “legislador negativo”, es decir, una especie de institución con poder de veto sobre las decisiones del órgano legislador, cuando estas decisiones atenten en contra de la Constitución. Este planteamiento puede explicarse por la diversidad de culturas jurídicas, donde el sistema jurídico anglosajón no se espanta porque un juez actúe con libertad, pues la jurisprudencia es parte esencial del mismo, al contrario, en Europa continental, los jueces siempre fueron controlados y limitados en su actuar, primero a cumplir con las órdenes del monarca y luego a simplemente los encargados de señalar lo que la ley expresa. El razonamiento de supremacía constitucional puede ser el mismo: “es necesario que alguien controle al legislador para que la Constitución tenga real eficacia”, pero el sistema anglosajón de control difuso resultaba inaceptable en la Europa continental, ya que era algo así como poner al juez por sobre el legislador, situación que por cierto, resultaba intolerable.

Así, de las ideas de Kelsen surge el Tribunal Constitucional, institución independiente, separada de todos los otros poderes, que tiene por principal misión el control de las leyes, en sus diversas modalidades (a priori, a posteriori, en control concreto, en control abstracto), pero la idea no es inmediatamente exitosa, como hemos dicho, los dogmas derivados de la revolución francesa son fuertes y no es simple terminar con las ideas de supremacía de la ley y separación de poderes. Pero el propio abuso de la ley como justificación de bárbaros genocidios, tal como lo demuestran las experiencias fascistas y nazis, derribará dicho dogma y abrirá paso a los Tribunales Constitucionales, naciendo en Europa, para posteriormente ir instalándose poco a poco en Latinoamérica.

Cómo afirma Louis Favoreu; “Ante todo, las terribles lecciones de las experiencias nazi y fascista, que se hallan en la fuente misma de la creación de los Tribunales Constitucionales en Alemania e Italia, y en el restablecimiento del Tribunal Austriaco. La voluntad de establecer una verdadera democracia tras los periodos de dictadura, explican igualmente, sin duda, la creación de los Tribunales español y portugués. Y en todos los casos, si se escoge el modelo kelseniano en lugar del americano es porque, más allá de las controversias doctrinales de la preguerra, ya no se confía en los jueces ordinarios.”¹

De esta forma, las atrocidades cometidas por nazis y fascistas, así como también las dictaduras de España y Portugal, dan cuenta de que el legislador no es infalible, que puede realizar acciones reprobables como cualquier otro órgano, terminándose con el dogma de que la ley no puede equivocarse porque el legislador es el fiel representante del pueblo. El legislador, aunque lo quisiera, no puede ajustarse

¹Louis, Favoreu. “Los Tribunales Constitucionales” Editorial Ariel S.A. Tercera Edición, Barcelona, 1993. p. 22.

cien por ciento a la sociedad, y aunque lo hiciera, eso no asegura que atrocidades no sean cometidas. Mientras que por otro lado, tal como en la revolución francesa, los jueces son vistos con desconfianza. Y, si en ese momento ello sucedió por la complacencia para con el rey, ahora sucedió por la complacencia con los legisladores que, claramente, realizaban actuaciones cuestionables.

Después de este movimiento en Europa, la tendencia a establecer Tribunales Constitucionales se traslada a los países que integran la tradición jurídica europea continental, entre los que obviamente encontramos a los países latinoamericanos. Hoy en día, existen Tribunales Constitucionales en Perú, Bolivia, Ecuador, Colombia y Chile, países que siguen el modelo europeo de control de constitucionalidad. Ya haremos más adelante un comentario acerca de los países latinoamericanos y, evidentemente de Chile. Por el momento registrar que el Tribunal Constitucional se crea en Chile con la reforma a la Constitución de 1925 que tuvo lugar en 1970 y quedó instalado en 1971, teniendo un control abstracto preventivo de las leyes

1.2. Características del Modelo Europeo de Tribunal Constitucional.

Veamos algunas de las características que definen al modelo europeo, para hacer algunos comentarios respecto de una posterior contraposición con el caso chileno, con miras a hacernos una idea de las peculiaridades que el modelo kelseniano de Tribunal Constitucional tiene en el ámbito latinoamericano.

Marc Carrillo, de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona explica que “Las características del modelo europeo han presentado tradicionalmente algunos aspectos comunes: en primer lugar un marco institucional y jurídico que, con las lógicas diferencias basadas en la relación de poderes, se fundamenta en la forma democrática

de gobierno; en segundo lugar, la existencia de diversos órganos jurisdiccionales; también, la consideración de la jurisdicción constitucional como un tribunal independiente del Poder Judicial; y, por último, la designación de los jueces constitucionales por poderes públicos del Estado que directa e indirectamente responden al principio representativo.”²

Desglosemos las características que menciona el autor para realizar unos comentarios más detenidos acerca del tema:

1.3 Marco Institucional y Jurídico fundado en la Democracia.

Hemos mencionado anteriormente que los Tribunales Constitucionales adquirieron relevancia después que Europa dejara atrás las experiencias nazis y fascistas y, con posterioridad, las dictaduras que rigieron en España y Portugal acrecentaron dicha importancia. Así, una vez recuperadas las bases de la democracia representativa liberal y pasado el trauma de regímenes que significaron violaciones sistemáticas a los derechos humanos, en escalas y con una publicidad que conmovió el mundo entero, los países Europeos se refugian en esta institución para proteger sus nuevas democracias. De esta forma, los Tribunales Constitucionales significan una reacción que busca asegurar la supremacía de la democracia en contra de ideas totalitarias que campearon en la Europa de la 1º mitad del siglo XX.

Favoreu profundiza en esta idea, señalando, aún más, que no solo son modelos democráticos a secas en los que se desenvuelven los Tribunales Constitucionales,

²Carrillo, Marc. “Las Funciones del Tribunal Constitucional: El Modelo Europeo y el Caso Chileno” en Cuadernos de Análisis Jurídicos, nº 41, año 1999, Universidad Diego Portales. p. 59.

además expone que, en la mayoría de los casos se trata de sistemas parlamentarios o semi-parlamentarios, afirmando que “En su actual estado, los Tribunales Constitucionales están implantados en países dotados de un régimen parlamentario (Alemania Federal, Italia, España, Bélgica) o semi-parlamentario (Francia, Austria, Portugal)”³.

Las diferencias con el caso chileno resultan evidentes. En nuestro país el actual Tribunal Constitucional ve la luz en la Constitución de 1980, reformado profundamente en 2005, el punto es que institucionalmente, no estamos en presencia de una reacción de sectores democráticos en contra de ideas totalitarias o autoritarias, sino que ante un tribunal creado durante una dictadura que se otorga a sí misma una regulación constitucional, por ello, el Tribunal Constitucional en Chile está desprovisto de la historia que tienen detrás los tribunales europeos.

Mayor es la diferencia si consideramos que los sistemas de gobierno en Europa son casos de parlamentarismo o semi-parlamentarismo, como lo afirma Favoreu, mientras que en nuestro país, tenemos una historia de dos siglos de fuerte presidencialismo, que se traduce en una real cultura de gobiernos presidenciales, que va más allá incluso de Estados Unidos, una forma de organización del Estado que está en las antípodas de un sistema parlamentario del estilo Europeo.

De forma que ya vemos como el Tribunal Constitucional chileno debe ir buscando su propia especificidad desde el principio, pues el marco histórico en que se desarrollaron los Tribunales Constitucionales europeos es diferente al que tenemos en Chile. Mientras que por otra parte, las lógicas de funcionamiento del gobierno también resultan diferentes en relación a Europa, respecto del caso chileno, pues los regímenes

³Favoreu, Louis. Óp. Cit. p. 27.

de gobierno son muy diferentes; mientras en el primero uno hay sistemas parlamentarios o semi parlamentarios, en Chile existe un sistema presidencialista. Por esta razón, el desenvolvimiento de la justicia constitucional en Chile tiene una identidad propia respecto de la experiencia europea.

1.4 Existencia de diversos órganos jurisdiccionales.

La verdad sea dicha desde ya, y es que Carrillo no profundiza en esta segunda de las características que identifica como comunes a los Tribunales Constitucionales europeos, y debemos interpretar qué quiere decir cuando se refiere a “diversos órganos jurisdiccionales”, pues no puede referirse a que existan varios tribunales en los países, pues esa no es característica de Europa, sino que de todos los países del mundo, es decir, todos tienen muchos tribunales operando en sus territorios (considerando las diversas formas que un tribunal puede tomar y también las materias que les son propias).

Es por esto, que las palabras de Carrillo pueden tomarse en el sentido que Favoreu expone en su libro, al expresar que en los países europeos que cuentan con un Tribunal Constitucional “se aplica un sistema de dualidad o pluralidad de jurisdicciones y órdenes jurídicos: Italia, Francia, Austria, Bélgica, Portugal y España cuentan con dos órdenes de jurisdicción (administrativa y judicial) y Alemania Federal, con cinco.”⁴ Es decir, en los países europeos, la existencia de una jurisdicción contencioso administrativa genera un funcionamiento de los órganos jurisdiccionales que afecta al Tribunal Constitucional, pues los asuntos de derecho civil y los asuntos de derechos público se diferencian, dispersándose las materias, cuestión inversa a la que sucede en Estados Unidos, en donde los mismos tribunales se abocan a ambos

⁴Ibíd.

asuntos, cuestión que favorece el control difuso de constitucionalidad, pues los tribunales están en mejor posición de conocer materias en su conjunto, teniendo más oportunidades de realizar el control, sin estar limitados por los ámbitos de jurisdicción.

A diferencia de Europa, en Chile no tenemos esta diversidad, no existen los tribunales contencioso administrativos, la práctica del derecho público en nuestro país ha estado históricamente en manos de los mismos jueces civiles y, desde su creación, en manos de la Contraloría General de la República (órgano pensado más para ser un control sobre el poder ejecutivo que un órgano jurisdiccional). Por ello, el Tribunal Constitucional chileno, debe desarrollar su actividad en un contexto diverso, en lo que ha desarrollo jurisdiccional del derecho público se refiere, al modelo europeo, que tiene toda una rama jurisdiccional centrado en la actividad de los órganos del Estado.

1.5. Tribunal Constitucional Independiente del Poder Judicial.

Este podría considerarse el punto que define a un Tribunal Constitucional, que lo diferencia de una sala constitucional de una Corte Suprema o algún otro sistema de control constitucional, al punto que Favoreu afirma enfáticamente; “Pero desde ahora conviene precisar que un Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materias de los contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de este como de los poderes públicos. Un Tribunal Supremo o, incluso, la cámara constitucional de un Tribunal Supremo pueden ser jurisdicciones constitucionales, pero no son Tribunales Constitucionales.”⁵

⁵Ibíd. p. 13.

Orgánicamente, es parte de la definición de un Tribunal Constitucional, la independencia de los tribunales ordinarios y de los otros poderes del Estado, si esto no se da, podemos estar ante otros sistemas de control de constitucionalidad, más o menos concentrados, pero no ante el funcionamiento de un Tribunal Constitucional. En todo caso, esta cuestión no implica que la jurisdicción no exista, existe, pero no es ejercida por un Tribunal Constitucional.

Siendo la independencia definitoria y esencial en un Tribunal Constitucional, el caso chileno coincide con el caso europeo, aunque antes de la reforma de 2005, la integración del Tribunal por parte de ministros de la Corte Suprema, que conservaban su puesto en el máximo tribunal, ponía en entredicho la independencia del Tribunal en relación con la justicia ordinaria, cuyo máximo órgano es la Corte Suprema. La nueva integración del Tribunal soslaya este punto, de ella hablaremos en el punto siguiente.

1.6 Designación de los Ministros por Poderes Públicos.

Una nota característica de los Tribunales Constitucionales es que se nombren a los jueces no en base a un criterio de carrera funcionaria, sino que a través de la elección de autoridades políticas, como norma general, de este modo, el parlamento y los jefes de gobierno tienen el rol principal al momento de la integración de los Tribunales Constitucionales.

Esta cuestión ha sido criticada, pues se dice que politiza a los Tribunales Constitucionales, Favoreu llama la atención en relación a que la integración de los tribunales ha terminado siendo una distribución de cupos entre las tendencias políticas mayoritarias, quienes llegan a un acuerdo para la nómina de jueces, conservando los equilibrios políticos que ya están presentes en el parlamento, lo que termina con las

tendencias políticas minoritarias excluidas, por ejemplo, para el caso alemán, el autor afirma que “Pese a todas las precauciones, destinadas a limitar la influencia de los partidos, el reparto de plazas se efectúa, en realidad, tras un acuerdo entre los dos grandes partidos, y los jueces tienen una filiación política marcada”⁶. Esta es una tendencia a la que Chile no escapa, pues los ministros del Tribunal Constitucional son repartidos entre los partidos del oficialismo y de la oposición, para asegurar así una estabilidad en los nombramientos.

Ahora bien, el criticado sistema de elección de magistrados sí tiene buenas razones a favor de su establecimiento. En primer lugar, como afirmaba Carrillo, los órganos que nombran a los jueces están revestidos, directa o indirectamente, de legitimidad democrática, cuestión que resulta importante dada la atendible objeción democrática de que son objeto los Tribunales Constitucionales, ya que si tienen el poder de oponerse a las decisiones democráticas tomadas por los poderes públicos, es esperable que, a lo menos, estén revestido de cierta legitimidad que les otorga el ser nombrados los jueces por esos mismos poderes. Además, la politización es inevitable, pues estamos hablando de las más altas decisiones estatales, plasmadas en una ley, eso es un tema político y los órganos que intervienen en el proceso, pueden tener un componente jurídico importante, pero, a su vez, tienen un tinte político innegable, cuestión que no evita que sus decisiones tengan alto prestigio jurídico, como lo demuestra el mismo caso alemán del que Favoreu hablaba. En conclusión, el asunto no es solo constatar la politización, sino que además argumentar el por qué la politización es dañina cuando hablamos de procesos legislativos que son eminentemente políticos.

Respecto de Chile, después de la reforma de 2005, el Tribunal Constitucional ha seguido la tendencia europea a este respecto. Antes de dicha reforma, el tribunal

⁶Ibíd. p. 65.

era integrado por tres ministros de la Corte Suprema (elegidos por ella misma), un abogado designado por el Presidente de la República, un abogado elegido por el Senado y dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional. Lo cierto es que, el sistema escasamente evitaba la politización y tenía serios problemas democráticos, sobre todo porque el Consejo de Seguridad Nacional, órgano con dudosa o nula legitimidad democrática, elegía los mismos miembros que el Presidente y el Senado juntos, mientras que por su parte, los miembros de la Corte Suprema no tenían siquiera dedicación exclusiva al Tribunal Constitucional.

Después de la reforma de 2005, el sistema de designación de los ministros del Tribunal Constitucional quedó establecido de la siguiente manera: tres ministros son elegidos por la Corte Suprema y tres por el Presidente, mientras que el Congreso elige a cuatro miembros, dos por el Senado y dos por la Cámara de Diputados. Así, los ministros son designados exclusivamente por los poderes del Estado, sin intervención de otros órganos, adquiriendo mayor protagonismo el Congreso, quien se supone es el representante del pueblo, quien aprueba las leyes y, por ende, quien estaría dotado de mayor legitimidad democrática. Chile se suma entonces a la tendencia europea, con un tribunal que quizás, tiene una politización más abierta que antes, pero que al mismo tiempo ha aumentado su legitimidad democrática, cuestión de suma importancia, sobre todo con sus nuevas atribuciones, especialmente la revisión represiva y abstracta de las leyes que aquí analizamos y que implica en definitiva, dejar sin efecto una decisión de los órganos legisladores.

2. El Tribunal Constitucional Chileno.

Ahora veremos específicamente el proceso de formación y desarrollo del Tribunal Constitucional chileno, con sus peculiaridades y rasgos característicos propios. Para ello dividiremos el estudio en dos periodos, antes de la reforma de 2005, poniendo especial énfasis en la configuración que adquirió el Tribunal después de dicha reforma. El criterio de separación de periodos obedece al surgimiento de la atribución objeto de esta memoria, es decir, de la revisión represiva y abstracta de una norma con efecto erga omnes, pues en esta materia, claramente hay un antes y un después marcado por la modificación constitucional ya individualizada.

2.1. El Tribunal Constitucional Antes de 2005.

Ahora bien, en este primer apartado haremos una subdivisión, separando; la caracterización del Tribunal Constitucional originado en la reforma constitucional de 1970, el cual estuvo vigente hasta que fue disuelto por la Junta Militar después del golpe de estado de 1973, y el Tribunal Constitucional surgido en la nueva Constitución dictada en 1980, que mantiene su configuración hasta la reforma constitucional de 2005, año en que, debido a las profundas modificaciones a aspectos centrales en aspectos importantísimos, adquiere una totalmente nueva configuración, en lo orgánico y en lo funcional.

2.1.1. Tribunal Constitucional, 1970-1973.

El Tribunal Constitucional aparece en la normativa chilena en la reforma constitucional publicada en el diario oficial el 23 de Enero de 1970, más de un año después, en Septiembre de 1971, queda finalmente instalado y comienza a sesionar, marcándose de esta forma un hito en el derecho público chileno, pues por primera vez se establecía un órgano que podía controlar la supremacía de la Constitución, aunque sus atribuciones no incorporaban, como sabemos, la de controlar a las leyes con posterioridad a su dictación, ya que el legalismo del país no concebiría esta posibilidad sino hasta muchos años después. En esta primera época, el Tribunal Constitucional estaba integrado por cinco miembros, tres de los cuales eran designados por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado y dos miembros eran elegidos por la Corte Suprema, de entre sus pares.

Lautaro Ríos ubica los antecedentes de este Tribunal a partir de inquietudes académicas surgidas en algunos catedráticos, inquietudes que harían eco en las autoridades políticas de la nación, de esta forma expone que Francisco Cumplido, en su libro “Teoría de la Constitución”, en el año 1958, propone establecer un órgano que se encargue de interpretar la Constitución y defienda su supremacía. Luego, en 1964, en las III Jornadas de Derecho Público, realizadas bajo el patrocinio de la Universidad de Concepción, según nos cuenta Ríos; “se propuso modificar la Constitución para instituir un Tribunal especial entre cuyas atribuciones estaría el control de constitucionalidad de las leyes tanto en la forma como en el fondo y tanto en su fase preventiva como en la correctiva o remedial.”⁷ Vemos como las inquietudes académicas son profundas, proponen un control preventivo de la constitucionalidad de las leyes, pero también uno represivo, basados, sin duda, en las experiencias europeas conocidas a este respecto, en donde la constitucionalidad de las leyes está en manos de tribunales especiales que pueden realizar un control a priori y también a posteriori.

⁷Ríos Álvarez, Lautaro. “El Nuevo Tribunal Constitucional”, en “Reforma Constitucional” Francisco Zúñiga (coordinador), Editorial LexisNexis, Santiago, 2005. p. 628.

Las propuestas de los catedráticos son recogidas por los políticos en 1969, aunque solo a medias. Ese año el Presidente Eduardo Frei Montalva envía un mensaje al Congreso con el fin de modificar la Constitución, incluyendo al Tribunal Constitucional dentro de dicha reforma. En este punto, nos parece pertinente señalar cuál era la posición de los partidos políticos respecto de este proyecto. En primer lugar, y como era de esperarse, la Democracia Cristiana apoyaba la idea presidencial, lo mismo que el Partido Nacional y Radical. Por su parte, los Partidos Socialista y Comunista, eran reacios a la reforma, atendido que una modificación legal de esas características "...provocaba un desequilibrio aún mayor entre las atribuciones del Ejecutivo y del Congreso"⁸. Esto sin embargo, y más allá de los argumentos legales que se puedan esgrimir para apoyar o no un proyecto de ley por parte de un parlamentario, siempre permite entrever que, atendido al ambiente que se vivía en el Chile de aquellos años, muchas veces las razones políticas eran las que más pesaban a la hora de la votación. Así, en palabras de Enrique Silva Cimma: "dividido el país en bandos irreconciliables, lo que unos estimaban bueno en la gestión de una institución era, para los otros, vituperable o censurable"⁹.

Es preciso de todas formas, tener presente que en un comienzo el principal interés que se tiene en la creación de esta institución no es el control de las leyes, como lo hace ver el profesor Ríos, sino que el primer motivo que justifica la existencia del Tribunal es la existencia de un mecanismo eficaz de resolución de los conflictos entre poderes. De este modo, el mensaje enviado expresa; "El Tribunal Constitucional que por este mensaje propongo crear, ya existente en otras legislaciones más avanzadas, cumplirá satisfactoriamente su objetivo primordial, cual es, la definición de los conflictos de poderes que surjan por la desigual interpretación de las

⁸Silva Cimma, Enrique. "El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)". Segunda Edición, 2008. P. 36

⁹Ibíd. p. 50

normas constitucionales, cuyo imperio y observancia así quedan robustecidas”¹⁰. De hecho, en un comienzo, el primer sistema de control de constitucionalidad de normas en nuestro ordenamiento jurídico, estuvo a cargo de la Corte Suprema y de la Contraloría General de la República, en cuanto a los aspectos represivos y preventivos de control, respectivamente. Sin embargo, y tal como se señaló sobre esta primera etapa, el principal interés existente por la creación de un Tribunal Constitucional, era el establecimiento de un sistema eficaz de resolución de conflictos entre los distintos poderes del Estado. En este sentido, señala sobre esta época don Eugenio Valenzuela Somarriba que: “...el paso del tiempo fue dejando en claro un gran vacío: no se contemplaba en nuestra legislación un sistema idóneo de resolución de discrepancias o conflictos que pudieran surgir en torno al sentido de las normas constitucionales entre los más altos órganos del Estado, o la extralimitación de alguno de ellos en el ejercicio de sus funciones.”¹¹.

La idea del control de constitucionalidad de las leyes pasa a un segundo plano en esta primera regulación del Tribunal Constitucional, debemos recordar que la revisión de constitucionalidad de las leyes es el aspecto central en las competencias de los Tribunales Constitucionales europeos. Más bien se piensa en un órgano que se encargue de resolver conflictos entre los poderes del Estado, cuando estos se produzcan por la interpretación discordante de las normas contenidas en la Constitución, sirviendo como una especie de árbitro, que establecerá cuál de las interpretaciones debe considerarse como acertada, o bien, estableciendo una nueva interpretación que debe tenerse como correcta. Así las cosas, el Tribunal Constitucional contaría con las siguientes atribuciones en esta regulación:

¹⁰Ríos Álvarez, Lautaro. “El Nuevo Tribunal Constitucional”, en “Reforma Constitucional” Francisco Zúñiga (coordinador), Editorial LexisNexis, Santiago, 2005. p. 629.

¹¹Valenzuela Somarriba, Eugenio. “El Tribunal Constitucional de Chile y la Reforma que se Analiza en el Congreso Nacional”. 2001., p. 6.

- a. Resolver las cuestiones de constitucionalidad que se presenten durante la tramitación de los proyectos de ley y de tratados sometidos a la aprobación del Congreso.
- b. Resolver las cuestiones de constitucionalidad suscitadas por un decreto con fuerza de ley.
- c. Resolver cuestiones de constitucionalidad suscitadas por la convocatoria a plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones del Tribunal Calificador de Elecciones.
- d. Resolver las inhabilidades constitucionales y legales que afecten a alguna persona para ser Ministro de Estado, para permanecer en ese cargo y para ejercer otra actividad simultánea.
- e. Resolver los reclamos cuando el Presidente no promulgue una ley o promulgue un texto diverso al aprobado.
- f. Resolver las contiendas de competencia que determine la ley.

Así, en apoyo de lo señalado anteriormente, podemos ver que los puntos c, d, e y f, claramente están orientados a resolver conflictos, centrándose en los conflictos que pudieran surgir entre el parlamento y el Congreso (los puntos c, d y e miran especialmente a estos conflictos). Mientras que el control de constitucionalidad de las leyes queda bastante rezagado, solo se contempla un control preventivo, sin que se otorgue, al Tribunal Constitucional, ni las facultades de control represivo concreto ni abstracto, cuestiones que son centrales en la actividad de los Tribunales Constitucionales europeos.

También nos parece pertinente hacer presente que, si bien por la naturaleza de las materias de competencia del Tribunal Constitucional, y asumiendo que por lo

general los diversos órganos públicos conocen sus atribuciones y limitaciones tanto legales como constitucionales, se podría presumir que el trabajo en dicho tribunal sería bastante excepcional y tranquilo, lo cierto es que en esta primera época la labor del tribunal fue ciertamente intensa, conociendo de un total de 17 asuntos en poco más de dos años de funcionamiento. Con esto, salta a la vista la justeza de la opinión del profesor Silva Cimma, en el sentido de la influencia que ejerció en todo este asunto, la intensa polaridad política y social que se podía percibir en nuestro país durante el gobierno de la Unidad Popular. De hecho, era tanta la exaltación que se vivía en el país en aquella época, que inclusive los fallos del tribunal constitucional se utilizaban por parte del ejecutivo como una bandera de lucha política, con la finalidad de legitimarse ante la opinión pública.

Por otro lado, si bien en un comienzo, el tribunal estuvo pensado para la resolución de conflictos, no es menos cierto que éste no pudo hacer nada ante el conflicto más profundo entre el Presidente y el Congreso desde 1891, quedando absolutamente impotente ante el ambiente político vivido en Chile en el gobierno de Salvador Allende. De este modo, su regulación termina con el golpe de estado y la pérdida de supremacía real de la Constitución de 1925, como afirma Ríos; “Finalmente, este Tribunal, que vio la luz en la etapa más conflictiva de nuestra vida política, cayó definitivamente abatido (después de dos años de precaria vida) a raíz del pronunciamiento militar del 11 de Septiembre de 1973 y, específicamente, a consecuencia del D.L. N° 119 de 5 de noviembre de 1973, que lo disolvió “por estar disuelto el Congreso Nacional” y porque “la existencia del mencionado Tribunal Constitucional es innecesaria”¹²

¹²Ríos Álvarez, Lautaro. “El Nuevo Tribunal Constitucional”, en “Reforma Constitucional” Francisco Zúñiga (coordinador), Editorial LexisNexis, Santiago, 2005.p. 630.

Más allá de lo llamativo que resulta escuchar que una junta de militares declare sin más, que un Tribunal Constitucional es “innecesario”, podemos hacer una reflexión del fracaso de esta formulación del Tribunal; en primer lugar este surgió como un mecanismo de resolución de conflictos en una de las etapas más conflictivas de la historia del país, como lo afirma Ríos, sin tener una historia que lo legitimara a ojos de los actores del sistema y de la ciudadanía en general, quedando entonces sobrepasado por toda una crisis de la institucionalidad que, quebrada por sus propias inconsistencias, llegaba a su final, llevándose al Tribunal Constitucional con ella, lo cual lamentablemente, no podía ser de otro modo.

Por otro lado, y ahondando sobre si era o no justificado cerrar las puertas del Tribunal, el profesor Silva Cimma está por la afirmativa. Así en sus propias palabras: “...el tribunal Constitucional se hizo evidentemente inútil. Reemplazado el ejecutivo y disuelto el Congreso Nacional, todas sus atribuciones y competencia perdían su razón de ser. Llamado primordialmente a resolver, en vía jurisdiccional, conflictos constitucionales de trascendencia en uno y otro poder del Estado, carecía de fundamento si variaba el concepto que era presupuesto constitucional básico de su existencia...”¹³

2.1.2 Tribunal Constitucional, 1980-2005.

En la Constitución de 1980 sale a la luz nuevamente el Tribunal Constitucional, la Junta de Gobierno decide integrar nuevamente este órgano a la Constitución, claro que con nuevas formulaciones. En primer lugar, debemos mencionar la integración de los Ministros por parte de un órgano que no posee legitimidad democrática alguna, con lo que el tribunal pierde en legitimidad frente a las decisiones del legislativo, pues los

¹³ Silva Cimma, Enrique. “El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)”. Segunda Edición, 2008. P.164

órganos que toman dichas decisiones sí están revestidos de dicha legitimidad democrática. Nos referimos a los dos miembros del Tribunal que son nombrados por el Consejo de Seguridad Nacional, órgano que nombra la misma cantidad de Ministros que el Senado y el Presidente juntos (un ministro cada uno). Por otro lado, tres de los Ministros son, a su vez, Ministros de la Corte Suprema, elegidos por esta, y que conservan sus puestos en dicho Tribunal, cuestión que, a la larga, resta legitimidad al Tribunal Constitucional, en el sentido de que sus ministros ni siquiera tienen dedicación exclusiva.

Por otro lado, y en relación a esta nueva forma que adopta el Tribunal Constitucional bajo el régimen militar, ya no es la resolución de conflictos entre los poderes lo que principalmente guía al Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus funciones, sino que el resguardo de ciertas doctrinas presentes en la Constitución, cuestión que no solo se expresa en el control de constitucionalidad de las leyes, sino que también en otras, como el declarar inconstitucionales a ciertas organizaciones que atenten en contra de estas doctrinas. Ríos afirma a este respecto; “el T.C. de la Carta original de 1980 se vio privado de su atribución esencial de resolver contiendas de competencia entre autoridades provistas de poder público, las que permanecieron repartidas entre el Senado y la Corte Suprema.”¹⁴

Las atribuciones que se dan al Tribunal Constitucional en esta nueva regulación son bastante amplias;

- a. Ejercer el Control de las leyes orgánicas constitucionales y de las leyes interpretativas de la Constitución antes de su promulgación.

¹⁴Ríos Álvarez, Lautaro. “El Nuevo Tribunal Constitucional”, en “Reforma Constitucional” Francisco Zúñiga (coordinador), Editorial LexisNexis, Santiago, 2005. p. 632.

- b. Resolver cuestiones de constitucionalidad surgidas en la tramitación de una ley, de una reforma constitucional o de un tratado sometido a la aprobación del Congreso.
- c. Resolver las cuestiones de constitucionalidad suscitadas por un Decreto con Fuerza de Ley.
- d. Resolver cuestiones de constitucionalidad suscitadas por la convocatoria a plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones del Tribunal Calificador de Elecciones.
- e. Resolver los reclamos cuando el Presidente no promulgue una ley, promulgue un texto diferente al que constitucionalmente corresponde o dicte un decreto inconstitucional.
- f. Resolver, cuando el Presidente lo requiera, la constitucionalidad de un decreto objetado por la Contraloría por inconstitucional.
- g. Declarar la inconstitucionalidad de organizaciones, movimiento o partidos políticos y la responsabilidad de las personas que participaren en los hechos que hayan provocado la declaración. Necesitando acuerdo del Senado si se trata del Presidente o del Presidente electo.
- h. Declarar la responsabilidad de las personas que atenten o hayan atentado en contra del orden institucional de la república, de acuerdo al Art. 8 de la Constitución, si esta persona fuera el Presidente o el Presidente electo se requerirá acuerdo del Senado (esta atribución se deroga en conjunto con el Art. 8, en 1989).
- i. Informar al Senado de los casos de inhabilidad física o mental del Presidente para el ejercicio de sus funciones y en el caso de renuncia del Presidente, respecto de si los motivos de tal renuncia son o no fundados.
- j. Resolver las inhabilidades que afecten a una persona para ser Ministro, permanecer en dicho cargo y desempeñar funciones simultáneas.

- k. Pronunciarse de la inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios.
- l. Resolver los decretos dictados en virtud de la potestad reglamentaria del Presidente, cuando pudieran haber invadido materias reservadas a la ley según el Art. 60.

Las atribuciones del Tribunal Constitucional crecen en número, pero en lo que se refiere a su actividad de control de la constitucionalidad de las leyes, la tendencia es la misma que en 1970, es decir, se mantiene el control preventivo de las normas, pero no se establece una forma de control represivo de las mismas, como lo buscaban los catedráticos en las III Jornadas de Derecho Público ya en 1964. El control represivo concreto se encuentra radicado en la Corte Suprema, a través del recurso de inaplicabilidad, mientras que un control represivo abstracto no existe. Al mismo tiempo, la custodia de los derechos constitucionalmente protegidos se entrega a los tribunales ordinarios, a través de los recursos de amparo y protección, que son conocidos por las Cortes de Apelaciones y, en segunda instancia, por la Corte Suprema.

Este Tribunal Constitucional, diseñado en la Constitución de 1980, no muere como el anterior, producto de una conflictividad política que no se ve en condiciones de superar, sino que termina por el tránsito tranquilo desde una democracia sumamente restringida a una institucionalidad más abierta que poco a poco se va abriendo paso, construyendo las alternativas de una democracia liberal, acercándose a las formas europeas y estadounidenses. Fruto de este devenir del sistema político chileno, en el año 2005 se realiza una extensa reforma a la Constitución, que abarca también al Tribunal Constitucional, siendo esta una de las áreas más transformadas por

la modificación, como afirma José Luis Cea; “hoy tenemos una Constitución casi desconocida en su capítulo VIII”¹⁵

En efecto, las nuevas atribuciones del Tribunal, la nueva forma de integración del mismo, la nueva forma de sesionar, hacen que este sea uno de los organismos más profundamente reformado el año 2005, sufriendo fuertes transformaciones que requieren de toda una nueva comprensión de la justicia constitucional. De esta nueva formulación del Tribunal Constitucional pasaremos a hablar ahora.

2.2. El Tribunal Constitucional después de 2005.

En este punto realizaremos una división temática de la materia a tratar; primeramente realizaremos un esquema general de las transformaciones que ha sufrido el Tribunal Constitucional, principalmente de la parte orgánica, luego nos centraremos en las atribuciones y competencias del tribunal, dejando el análisis de la atribución en estudio, esto es, la revisión represiva abstracta de la constitucionalidad de la ley, para el capítulo 4°.

2.2.1. Transformaciones Orgánicas del Tribunal Constitucional.

La primera transformación que llama la atención tiene que ver con la forma de integración del Tribunal Constitucional, antes de la reforma el tribunal se conformaba de siete miembros; tres elegidos por la Corte Suprema de entre sus miembros, quienes

¹⁵Cea Egaña, José Luis. “El Tribunal Constitucional y el Control de las Leyes” en “Escritos de Justicia Constitucional” Tribunal Constitucional, Santiago, 2007.p. 103.

conservaban su cargo en la Corte, dos elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional, uno elegido por el Presidente de la República y uno elegido por el Senado, después de la reforma la conformación cambia, quedando del siguiente modo:

- a. Tres miembros son elegidos por la Corte Suprema, sin que puedan los Ministros de dicho tribunal ser simultáneamente miembros del Tribunal Constitucional.
- b. Tres son nombrados por el Presidente de la República.
- c. Dos son elegidos por el Senado.
- d. Dos son elegidos por la Cámara de Diputados, elección que deben ser aprobada por el Senado.

Relevante resulta la participación directa de la Cámara de Diputados en la nominación de miembros del Tribunal Constitucional, pues generalmente, en este tipo de asuntos, intervenía solo el Senado, dejando de lado la participación de una de las ramas del Congreso, cuestión que con esta reforma comienza a cambiar, como afirma Gastón Gómez; “Con ello se corrige una falencia histórica en la materia, pues la Cámara había quedado excluida de atribuciones de designación”¹⁶, Ahora bien, resulta un problema el que no se señale la forma de designación del nuevo candidato, en caso de que el Senado rechace la nominación de la Cámara de Diputados.

Luego, resulta destacable el hecho de que las autoridades con legitimidad democrática directa participen de forma decisiva en la conformación del Tribunal Constitucional, pues las funciones de este, que atacan directamente las decisiones

¹⁶Gómez, Gastón. “La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional” en “Reforma Constitucional” Francisco Zúñiga (coordinador), Editorial LexisNexis, Santiago, 2005. p. 659.

legislativas en esta nueva regulación, necesitan de tal legitimidad, como afirma el mismo autor; “En efecto, para incrementar la legitimidad democrática del Tribunal Constitucional es habitual (en jurisdicciones constitucionales exitosas) que los integrantes de dichos órganos sean designados o elegidos por órganos que posean, a su vez, legitimidad democrática directa. Con ello se atenúa la crítica de que estos tribunales son antidemocráticos en su origen. En este sentido, el Tribunal Constitucional que crea la reforma posee un 70% de ministros elegidos o designados por órganos cuyos integrantes han sido elegidos directamente por votación popular.”¹⁷

Los Ministros estarán en sus funciones por nueve años, siendo renovados por parcialidades cada tres años, cuestión que evita que se produzcan cambios abruptos en la conformación del Tribunal Constitucional y reafirma su carácter de “guardián” de la supremacía constitucional, con independencia de las mayorías políticas que se presenten en determinados momentos. Los ministros son inamovibles de sus cargos, no pudiendo ser reelegidos para posteriores periodos, salvo que un ministro haya entrado en reemplazo de otro que cesó en sus funciones por cualquier motivo y, quien reemplaza, haya ejercido sus funciones por menos de cinco años, en esta circunstancia sí podrá ser reelegido para un nuevo período. Finalmente los Ministros cesan en su cargo cuando cumplen la edad de 75 años.

En cuanto a su funcionamiento, el Tribunal funciona en pleno o en sala; se contempla la existencia de dos salas dentro del Tribunal, siendo la intención de que la mayoría de las materias sean tratadas en pleno, pero de todos modos se recoge la circunstancia de que la cantidad de trabajo hace de esta alternativa una posible fuente de retardos en la resolución de las causas, por ello se contempla la posibilidad de resolver ciertas cuestiones en sala. Respecto de este punto, expresa Lautaro Ríos; “La voluntad parlamentaria es que la mayoría de sus atribuciones sean resueltas por el

¹⁷Ibíd. p. 657.

pleno del Tribunal, sin perjuicio que las resoluciones de trámite que pueden adoptarse en esas mismas materias lo sean en sus salas.”¹⁸

Por otro lado, el quórum de funcionamiento es de ocho miembros, en el caso de que se trate de una sesión de pleno, mientras que es de cuatro cuando sea una sesión de sala. Los acuerdos del Tribunal se adoptan por el voto conforme de la simple mayoría, salvo, evidentemente, en aquellos casos en que se exija un quórum especial para la aprobación de determinada resolución, por ejemplo, para resolver la inconstitucionalidad de una ley debe contarse con el quórum de cuatro quintos de los integrantes.

Finalmente, en lo que respecta la parte orgánica del Tribunal, se expresa claramente que los Ministros del Tribunal Constitucional, no serán responsables civilmente por las decisiones que se adopten en la resolución de causas. Esta es una cuestión que ha complicado al Tribunal Constitucional español, ya que los jueces no responden por los perjuicios que causen las resoluciones que, ellos consideran, se basan en la Constitución, argumento semejante al esgrimido para evitar la responsabilidad civil del Estado por actos legislativos, aunque resulta cuestionable la disposición si consideramos que contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno.

2.2.2. Transformaciones en las Competencias del Tribunal Constitucional.

La reforma constitucional crea una amplia gama de atribuciones para el Tribunal Constitucional, la buscada concentración de los asuntos constitucionales en este

¹⁸Ríos Álvarez, Lautaro. Óp. Cit. p. 636.

tribunal redundando en una mayor cantidad de materias que son de su competencia, asimismo, se asignan nuevas atribuciones (como la que es objeto de nuestro estudio), que acrecientan aún más las materias que debe tratar este tribunal. Veamos primero cuáles son las atribuciones, luego mencionaremos algunas de las más novedosas, para terminar esta parte de nuestro trabajo, dedicando algunas palabras a una discusión que nos parece de especial relevancia y que tiene relación con la posibilidad que el Tribunal Constitucional declare inaplicables cláusulas contenidas en tratados internacionales suscritos por nuestro país.

- a. Controlar, preventivamente, las leyes interpretativas de la Constitución, las leyes orgánicas constitucionales y los tratados que versen sobre materias propias de estas últimas.
- b. Resolver cuestiones de constitucionalidad suscitadas por los autos acordados de la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones. En este punto, nos parece relevante destacar lo que señala el Profesor de Derecho Constitucional y Ministro del Tribunal Constitucional don Enrique Navarro Beltrán¹⁹, en cuanto a que llama la atención en esta nueva normativa, la exclusión de determinados autos acordados, como por ejemplo aquellos dictados por el Tribunal de la Libre Competencia o el Tribunal de la Contratación. Asimismo, este llama la atención acerca de que tampoco se incluyen en el control del Tribunal Constitucional, otro tipo de normas, como por ejemplo, instrucciones internas o reglamentos de las Cámaras Parlamentarias.

¹⁹ Navarro Beltrán, Enrique: "El Tribunal Constitucional y Las Reformas Constitucionales de 2005". Texto incluido en el vol. 68, del año 2006 de la Revista de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile". Pg. 20.

- c. Resolver las cuestiones de constitucionalidad que se produzcan durante la tramitación de las leyes, las reformas constitucionales o los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.
- d. Resolver cuestiones de constitucionalidad suscitadas por los Decretos con Fuerza de Ley.
- e. Resolver las cuestiones de constitucionalidad suscitadas por la convocatoria a plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones del Tribunal Calificador de Elecciones.
- f. Resolver la inaplicabilidad de un precepto legal que se esté aplicando en cualquier gestión ante un tribunal ordinario y especial.
- g. Resolver la inconstitucionalidad de un precepto declarado inaplicable.
- h. Resolver los reclamos cuando el Presidente no promulgue una ley o promulgue un texto diverso al que corresponda constitucionalmente.
- i. Resolver, a requerimiento del Presidente, sobre la constitucionalidad de un decreto representado por la Contraloría General de la República por inconstitucional.
- j. Declarar la inconstitucionalidad de organizaciones, movimientos o partidos políticos y la responsabilidad de las personas que hubieran participado en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad.
- k. Informar al Senado en el caso del artículo 53 n° 7 de la Constitución Política de la República, esto es: “Declarar la Inhabilidad del Presidente de la República o del Presidente electo cuando un impedimento físico o mental, lo inhabilite para el ejercicio de sus funciones; y declarar asimismo cuando el Presidente de la República haga dimisión de su cargo, si los motivos que la originan, son o no fundados, y en consecuencia, admitirla o desecharla”

- l. Resolver las contiendas de competencia entre las autoridades políticas y administrativas y los tribunales de justicia que no sean competencia del Senado.
- m. Resolver las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser Ministro de Estado, permanecer en el cargo y desarrollar actividades simultáneas.
- n. Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios.
- o. Calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario en caso del inc. Final del Art. 60 de la Constitución Política de la República, esto es:” Los diputados y senadores podrán renunciar a sus cargos cuando les afecte una enfermedad grave que les impida desempeñarlos y así lo califique el Tribunal Constitucional”
- p. Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, incluyendo aquellos que se dicten en ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente, en caso de que se refieran a materias reservadas a la ley.

De esta forma, vemos como las facultades son variadas y de gran importancia, pues el Tribunal está en posición de realizar por primera vez en su historia semejante cantidad de tareas, por ejemplo, por primera vez será controlada la constitucionalidad de los autos acordados, del mismo modo, por primera vez el Tribunal conocerá de los recursos de inaplicabilidad, lo que sumado a que, el Tribunal conoce de las acciones de inconstitucionalidad, significa que pasa a tener el monopolio del control de constitucionalidad, del preventivo y del represivo, y de este último, a su vez, en su variante concreta y abstracta. Lo anterior lleva a Gastón Gómez a afirmar que; “se trata de un poder constitucional formal impresionante. Nunca hemos tenido en la historia un Tribunal con este conjunto decisivo de facultades. Habrá que estar muy pendientes

para evaluar los resultados de esta acumulación de poder jurídico.”²⁰. Asimismo, esta gran cantidad de reformas, llevan a Enrique Navarro a afirmar que estas constituyen “una verdadera revolución en materia de justicia constitucional.”²¹.

En efecto, las nuevas atribuciones y el nuevo papel del Tribunal Constitucional significan una gran responsabilidad, pues este órgano se convierte en uno de los más influyentes en las decisiones políticas, al tener, al final del día, la última palabra acerca de la constitucionalidad de prácticamente todo tipo de normativa. Dentro de todas estas importantes competencias destaca el control de la ley, como afirma José Luis Cea; “Comparados entre si los cambios resumidos se colige, sin duda, que el mayor por su importancia y complejidad se halla en el control ex post de los preceptos legales”²², de hecho, la importancia del control represivo de constitucionalidad es evidente, la posibilidad de invalidar una norma que ha sido dictada por el legislador, sancionada y promulgada por el Presidente y que ya ha comenzado a operar en la sociedad, produciendo efectos, es evidentemente de una importancia capital, pues las consecuencias para la vida práctica y para la comprensión del medio institucional son incalculables. Mientras que su complejidad también salta a la vista, en el solo hecho de que una norma ya produjo efecto o que ya esté siendo aplicada en algún juicio, es una complicación, pues significa defraudar las expectativas normativas de la sociedad, que confía en que el legislador ha aprobado una norma constitucional, expectativa que se ve frustrada con la decisión del Tribunal Constitucional. Además los problemas interpretativos tanto de la Constitución como de la ley se acrecientan considerando la importancia de una decisión invalidatoria.

²⁰Gómez, Gastón. Óp. Cit. p. 663.

²¹Navarro, Enrique. Óp. Cit. p. 31.

²²Cea Egaña, José Luis. Óp. Cit. 108.

Pero antes de entrar ya en materia de declaración de inconstitucionalidad, debemos detenernos en un otra atribución, no menos importantes, y que no puede dejar de ser mencionada, como paso previo al estudio específico de nuestro tema. Se trata de la nueva radicación del recurso de inaplicabilidad, el cual constituye la otra mitad del control represivo de constitucionalidad, hablamos del control concreto, siendo además la base para la declaración de inconstitucionalidad, cuestión que mencionaremos más adelante.

Hasta antes de la reforma del año 2005, el recurso de inaplicabilidad era conocido por la Corte Suprema, en un sistema que significaba una dualidad de controles de constitucionalidad, estando el control preventivo en el Tribunal Constitucional y el control represivo, por medio de este recurso, en la Corte Suprema, el primero de los controles tenía efectos generales, mientras que el segundo tenía efectos relativos, afectando solamente a quienes eran parte en el proceso en que se gestó la inaplicabilidad. La reforma viene a terminar con este sistema y, en palabras de Lautaro Ríos; “Concluye en Chile el control compartido, entre dos tribunales de naturaleza diferente; y concluye la dicotomía entre el control preventivo y el control correctivo o remedial de los preceptos legales. Pero, principalmente, se pone fin a dos interpretaciones distintas de la Constitución, que llegaron a producir incerteza e inseguridad jurídica.”²³

La inaplicabilidad tiene lugar no cuando la norma sea contraria a la Constitución, pues esto confundiría a este recurso con la inconstitucionalidad, el recurso procede cuando la aplicación de la norma sea inconstitucional, esta es la característica propia de la inaplicabilidad, el proceder cuando la circunstancias de hecho hagan que la aplicación de una norma tenga efectos inconstitucionales, sin que

²³Ríos, Lautaro. “La jurisdicción Constitucional en Chile”, en Gaceta Jurídica, nº 322, Abril, año 2007. p. 26.

nada diga esto acerca de la inconstitucionalidad general de la norma. Esto puede parecer una distinción fútil, pues la diferencia entre una norma inconstitucional y una norma con efectos inconstitucionales en un caso concreto puede parecer mínima, sin embargo no lo es, pues, por dar un ejemplo sencillo, en los casos en que la inconstitucionalidad se da por violación a los derechos fundamentales, no es clara la equivalencia entre inconstitucionalidad e inaplicabilidad, pues una norma puede vulnerar los derechos de una persona o grupo que se encuentra en una situación especial, por ejemplo, los mapuches debido a su diverso origen cultural o grupos religiosos minoritarios o personas con problemas físicos o mentales, mientras que para el resto de la sociedad la norma no vulnera sus derechos, pues en materia de derechos fundamentales, no estamos hablando de normas absolutas, sino que de normas relativas, que se sopesan y tienen como límite a los otros derechos fundamentales.

De este modo, la inaplicabilidad debe ser declarada atendiendo a las circunstancias específicas del caso concreto, como afirma Ríos, respecto de la regulación del recurso de inaplicabilidad; “se obliga a prestar atención a la particularidad del caso concreto en que la acción se interpone, en lugar de prescindir de la especialidad del caso y de los efectos lesivos en la aplicación de la norma, como ocurrió frecuentemente en la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema recaída en el recurso de inaplicabilidad.”²⁴ Mencionamos esto, la diferencia de fundamento de la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad, con especial atención, por la regulación de la acción de inconstitucionalidad, pues para que esta acción proceda es necesario que primero exista una sentencia previa de inaplicabilidad, siendo entonces un requisito necesario para conocer de la inconstitucionalidad con efectos generales, el que primero haya habido un caso concreto en donde el precepto se mostró inconstitucional.

²⁴Ibíd. p. 27.

Ya hemos mencionado que las acciones tienen naturaleza diversa, por lo que ya resulta extraño que una sea prerrequisito de la otra. Sin embargo, existe una justificación de que así sea, como la explica Gastón Gómez; “Se desconfía que los controles abstractos (de enunciado constitucional a enunciado legal) sean eficaces como medios de control. Como la inaplicabilidad es condición de la inconstitucionalidad, cabría sostener que para proceder a esta última debemos establecer o constatar que, a lo menos, en un caso (el resuelto por el Tribunal como inaplicable) el enunciado legal es inconstitucional.”²⁵ La razón, a primera vista, puede parecer atendible, pedir un caso concreto antes de terminar con la vigencia de la norma, pero no es tan claro si repasamos las cosas más detenidamente.

En primer lugar, las acciones tienen filosofías diferentes, como lo hemos mencionado más arriba, el que en un caso concreto la norma sea inaplicable por inconstitucionalidad nada dice acerca de su constitucionalidad general. Además, el requisito no distingue situaciones, pues si bien la regla general es que las inconstitucionalidades no sean claras, hay situaciones, como los vicios de forma de la ley, que si son más claros y en los que la inaplicabilidad es un obstáculo. Y, en cualquier caso, la opinión de los jueces acerca de la constitucionalidad de la ley no cambiará por conocer o no un recurso de inaplicabilidad, como afirma Ríos; “Establecer dicho requisito no sólo revela una confusión de conceptos sobre ambas instituciones, sino también posterga indefinidamente la expulsión de una ley inconstitucional del ordenamiento jurídico” sentenciando luego; “Nada se saca con abrir tan ancho cauce a la ciudadanía para deducir la acción si se interpone en su camino un puente tan estrecho que nadie puede atravesarlo.”²⁶

2.2.2.1. El Tribunal Constitucional y su Ley Orgánica Constitucional.

²⁵Gómez, Gastón. Óp. Cit. p. 682.

²⁶Ríos, Lautaro. “El Nuevo Tribunal Constitucional” Óp. Cit. p. 647.

Ya señalado todo lo anterior, queremos hacer un breve repaso, acerca de algunos de los aspectos más relevantes, en los que ha quedado actualmente configurado el Tribunal Constitucional, a la luz de su ley Orgánica Constitucional.

Partamos por señalar que esta norma toma vida, a través del D.F.L. N° 5, dictado con fecha 1 de junio del año 2010, por parte del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

En un primer capítulo, que trata sobre la organización, competencia y funcionamiento del tribunal, ya en el artículo primero de la ley, se define al Tribunal Constitucional, entendiéndolo a este como: “Un órgano del Estado, autónomo e independiente de toda otra autoridad o poder”. Por su parte, en el art. 3, se consagra el principio de pasividad del tribunal, donde este solo puede actuar a solicitud de parte, salvo en los casos en que la propia ley o la Constitución le autorizan a actuar de oficio. Demás está decir que el caso más significativo de aplicación del principio de oficialidad, se da en la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal que puede hacer el tribunal. Sin embargo, de manera previa y necesaria deberá de haberse promovido un recurso de inaplicabilidad, donde el tribunal solo puede intervenir a petición de parte. También, en el art. 4, se consagra el principio de la publicidad de las actuaciones del tribunal, eso sí, con una excepción, la cual es expresada en los siguientes términos: “...Sin embargo, el Tribunal, por resolución fundada acordada por los dos tercios de sus miembros, podrá decretar reservados o secretos determinados documentos o actuaciones, incluidos los documentos agregados a un proceso, con sujeción a lo prescrito en el artículo 8° inciso segundo de la Constitución”. Por su parte, dicho inciso segundo del art. 8 de la Constitución establece que: “...sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando

la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

Por su parte, en el art. 15 de la LOC, se indican la causales de cesación en el cargo de Ministro del Tribunal, a saber: Renuncia; expiración del plazo de su nombramiento; haber cumplido 75 años; o la aparición de una incapacidad sobreviniente de conformidad al art. 92 de la Constitución.

En el segundo título del capítulo primero, y que trata sobre las competencias y funcionamiento del tribunal, se indica en primer lugar que este podrá funcionar en sala o en pleno, siendo el quórum para sesionar en el primer caso de cuatro miembros, mientras que en el segundo será de ocho. Posteriormente, en el art. 31 de la LOC del tribunal, se indican las materias que serán de su conocimiento, en relación a las cuales, nos remitimos a lo señalado al respecto en los apartados precedentes.

Posteriormente, en el capítulo segundo de la ley, se establece el procedimiento común a seguir en las materias que sean conocidas por el Tribunal Constitucional. En este sentido, estimamos relevante destacar los siguientes aspectos:

- 1) En primer lugar, el art. 34 indica que el procedimiento será escrito, y que las actuaciones y requerimiento que se formulen ante el tribunal, se harán en papel simple. Luego, el art. 35 señala que el tribunal, podrá acumular procedimientos seguidos ante este, en la medida que se justifique tal decisión.
- 2) En cuanto a las medidas cautelares que tiene la posibilidad de adoptar el tribunal, señala que art. 38 que: “Sin perjuicio de las normas especiales contenidas en esta ley que autorizan al Tribunal, en pleno o representado por una de sus salas, para decretar medidas cautelares, como la suspensión del procedimiento, el Tribunal podrá, por resolución fundada, a petición de parte o de oficio, decretarlas desde que sea acogido a tramitación el respectivo requerimiento, aun antes de su declaración de admisibilidad, en los casos en que dicha declaración proceda. De la misma forma, podrá dejarlas sin efecto y

concederlas nuevamente, de oficio o a petición de parte, cuantas veces sea necesario, de acuerdo al mérito del proceso”.

- 3) Por su parte, y en cuanto a la forma que deben tener las sentencias pronunciadas por el tribunal, el art. 39 señala que estas deberán contener, en lo pertinente, las enunciaciones establecidas en el art. 170 del Código de Procedimiento Civil. Respecto de las notificaciones, estas se harán por carta certificada, como regla general, con excepción de las sentencias definitivas que deberán notificarse personalmente o por cédula en el domicilio que las partes hayan fijado en su primera presentación. Asimismo, en el art. 45 se indica que al procedimiento le serán aplicables de manera supletoria, las disposiciones contenidas en los títulos II, V y VII del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil. Con todo, los plazos de días se entenderán como de días corridos.
- 4) Respecto del abandono del procedimiento, señala el inciso segundo del art. 47 que: “El procedimiento se entenderá abandonado cuando todas las partes del proceso hayan cesado en su prosecución durante tres meses, contados desde la fecha de la última resolución recaída en alguna gestión útil para darle curso progresivo”.

Luego, en el capítulo tercero de la ley, se establece el procedimiento a seguir en el caso del ejercicio por parte del Tribunal Constitucional, de la facultad contenida en el N° 1 del art. 93 de la Carta Fundamental, esto es, el control previo de constitucionalidad de preceptos legales y tratados. Sobre esto, resaltamos lo siguiente:

En primer lugar, el Presidente de la Cámara de origen, deberá remitir el proyecto de ley o de tratado, dentro de los cinco días siguientes desde que quede totalmente tramitado. Luego, recibida la comunicación, el Presidente del Tribunal Ordenará traer los autos en relación y quedará el asunto en estado de tabla. Posterior a eso, y tal como lo señala el art. 49: “Oída la relación, el Tribunal resolverá sobre la constitucionalidad del proyecto o de las normas respectivas del

tratado, dentro del plazo de treinta días, prorrogable hasta por otros quince, en casos calificados y por resolución fundada”. Si se resuelve que el proyecto es constitucional, el Presidente del tribunal lo comunicará así a la Cámara de origen, para que sigan los trámites de su promulgación. Por su lado, la situación que se da en el caso que le tribunal estime que una o más partes del precepto o tratado son inconstitucionales, se encuentra contemplada en el art. 50 de la siguiente manera: “Si el Tribunal resolviera que uno o más preceptos del proyecto son inconstitucionales deberá declararlo así mediante resolución fundada, cuyo texto íntegro se remitirá a la Cámara de origen. Si el Tribunal resuelve que uno o más preceptos de un tratado son inconstitucionales, deberá declararlo así por resolución fundada cuyo texto íntegro se remitirá a la Cámara de origen. La inconstitucionalidad total impedirá que el Presidente de la República ratifique y promulgue el tratado. La inconstitucionalidad parcial facultará al Presidente de la República para decidir si el tratado se ratifica y promulga sin las normas objetadas, en caso de ser ello procedente conforme a las normas del propio tratado y a las normas generales del derecho internacional.”

Para finalizar, queremos mencionar una importante norma contenida en el art. 51 de la ley, que dice relación con la cosa juzgada que conlleva el control de constitucionalidad efectuado por el Tribunal Constitucional. En este sentido, se indica por el artículo en cuestión que, cuando el tribunal se ha pronunciado sobre un tratado, una ley orgánica constitucional o una ley interpretativa de la Constitución, no se admitirá a tramitación ningún requerimiento tendiente a atacar cuestiones de constitucionalidad respecto de aquellos. Por su parte, y respecto del resto de los preceptos legales, señala que: “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”.

Posteriormente, en el Párrafo VI del Capítulo II, la ley se refiere la ley a las cuestiones de inaplicabilidad, más bien conocidas como recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Ahí, lo primero que se señala, es quienes son legitimados

activamente para impetrar la cuestión, señalándose que son las partes de una gestión judicial pendiente, o bien el juez que conoce del asunto. En caso que la cuestión sea promovida por una de las partes, deberá acompañar esta un certificado extendido por el tribunal en donde se ventila la cuestión, en el cual conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados. Por su parte, el art. 81, nos indica que: “El requerimiento podrá interponerse respecto de cualquier gestión judicial en tramitación, y en cualquier oportunidad procesal en que se advierta que la aplicación de un precepto legal que pueda ser decisivo en la resolución del asunto resulta contraria a la Constitución”.

En relación a lo anterior, el art. 84, nos indica cuáles son las causales de inadmisibilidad del recurso. Estas son:

- a) La falta de legitimidad activa;
- b) Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;
- c) La inexistencia de una gestión judicial pendiente;
- d) Cuando el precepto no tenga rango legal;

- e) Cuando resulte de los antecedentes del proceso, que el precepto legal no hade tener aplicación en la gestión pendiente, o que dicha aplicación no resultará decisiva en la resolución del asunto y;
- f) Cuando la presentación efectuada carezca de fundamento plausible.

Respecto a esto, vale la pena señalar que, la resolución que se pronuncie sobre la admisibilidad no será susceptible de recurso alguno. Una vez declarado admisible el recurso, se les dará a las partes un plazo de 20 días para que formulen sus

observaciones. Luego de ello, se pondrá el asunto en tabla para su decisión. Por su parte, el art. 89 señala que: “La 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”. Finalmente, se señala que una vez realizado el pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, la acción no podrá ser intentada nuevamente, en base al mismo vicio.

Finalmente, y en cuanto al procedimiento para llevar a cabo la acción de inconstitucionalidad, este será tratado en detalle, en el capítulo cuarto del presente trabajo.

2.2.3. Paralelo entre inaplicabilidad e inconstitucionalidad.²⁷

Ya para estas alturas, nos encontramos en condiciones de efectuar un pequeño paralelo, que nos permita conocer de manera más didáctica y clara, las principales semejanzas y diferencias que existen en nuestra legislación, entre el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y la acción de inconstitucionalidad propiamente tal. Tales semejanzas y diferencias, se expresan a continuación:

- a) Sin duda que la principal diferencia entre ambas acciones, la encontramos al revisar los efectos que tienen ambas, para el caso de ser acogidas. En este sentido, los efectos de la inaplicabilidad judicialmente declarada son relativos, de forma que solo producen consecuencias para el caso concreto y las partes en donde es planteada la cuestión, por lo que la norma mantiene plenamente su vigencia para el resto de los casos en donde puede tener aplicación, eventualmente. Por su parte, la acción de

²⁷ En este apartado de nuestro trabajo, no hemos apoyado en el siguiente texto del Profesor de Derecho Constitucional Fernando Saenger G., “Acción de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad. Facultades del Nuevo Tribunal Constitucional. Algunos casos jurisprudenciales”. Artículo extraído de internet: http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_5_1_hm/accion_de%20Inap_5_1-2007.pdf

inconstitucionalidad, una vez acogida por parte del Tribunal Constitucional, tiene efectos generales, entendiéndose la norma como derogada desde la publicación de la sentencia en el diario oficial. De esta forma, posee un efecto absoluto, expulsando a determinada norma del sistema, perdiendo esta su vigencia, sin efecto retroactivo.

- b) En cuanto a los sujetos legitimados activamente para impetrar una u otra acción, también existen diferencias. En el caso de la inaplicabilidad, se encuentran legitimados tanto las partes del caso donde se suscita la cuestión, así como también el juez ante quien se esté ventilando este asunto. Por su parte, en la acción de inconstitucionalidad, el sujeto legitimado activamente es cualquier individuo de la sociedad capaz de comparecer en juicio, con lo cual, el constituyente recoge acertadamente lo que debe ser el espíritu de ambas acciones ya que, mientras en la inaplicabilidad el interés que existe es meramente particular, y por eso solo las partes (y el juez) están legitimados activamente, en la acción de inconstitucionalidad, es justo que el criterio para la legitimación activa, sea el simple hecho de formar parte de la sociedad en donde la norma eventualmente inconstitucional se aplica o aplicará.
- c) En cuanto a la manera en cómo son conocidas ambas acciones por parte del tribunal Constitucional, podemos señalar que tanto la inconstitucionalidad como la inaplicabilidad deben ser conocidas por el pleno del tribunal, en donde el número mínimo de jueces asistentes debe ser de ocho. No obstante, se diferencian en cuanto a los quórum exigidos por la constitución ya que, para la declaración de inaplicabilidad se requiere el voto conforme de la mayoría de los ministros en ejercicio, mientras que en la inconstitucionalidad, se exige uno más elevado de cuatro quintos de los miembros en ejercicio, es decir, ocho votos.
- d) Dentro de las semejanzas, y relacionado con la reforma del año 2005, podemos señalar que en la actualidad el conocimiento de ambas acciones,

se encuentra radicado en el tribunal Constitucional, ejerciéndose por este un control concentrado, a diferencia de lo que ocurría anteriormente, en donde existía un control difuso o segmentado, en donde la Corte Suprema ejercía el control concreto a través de la inaplicabilidad, y el Tribunal Constitucional hacía lo propio respecto al control abstracto y general de normas, a través de la acción de inconstitucionalidad.

- e) En relación a la cosa juzgada, las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, producen cosa juzgada, lo cual resulta especialmente relevante en el caso que los requerimientos sean rechazados, en el sentido que no se podrán intentar nuevas acciones, en la medida que estén fundamentadas en el o los mismos vicios.
- f) Finalmente, podemos señalar una diferencia que dice relación con el concepto mismo de inconstitucionalidad en que se basan ambas acciones. De esta manera, mientras en la acción de inconstitucionalidad lo que se realiza es un examen de inconstitucionalidad de la norma en abstracto, en la inaplicabilidad lo que tenemos es un análisis referido al caso concreto, donde la norma (en principio constitucional) produce efectos inconstitucionales para el caso concreto, y de ahí que viene su declaración de inaplicabilidad. Es decir, es perfectamente posible que una norma declarada inaplicable para un caso concreto pueda ser entendida como constitucional de manera general.

2.2.4. La Inaplicabilidad en los Tratados Internacionales.

Finalmente, hemos decidido terminar este capítulo de nuestro trabajo, incorporando un sub-apartado acerca de un tema que, por sus potenciales

consecuencias, nos parece de especial relevancia. Este dice relación con la posibilidad que tiene el Tribunal Constitucional de declarar inaplicables por inconstitucionales determinadas cláusulas, o bien la totalidad de ellas, que se encuentren contenidas en tratados internacionales suscritos por Chile.

Todo este asunto, tiene su origen en la sentencia rol N° 1288-08, dictada por el Tribunal Constitucional con fecha 25 de agosto del año 2009, respecto del control preventivo de constitucionalidad de la ley adecuadora de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, por parte del mismo Tribunal. En dicho pronunciamiento, se procedió por parte del Tribunal, a declarar inconstitucional el artículo 47, letra “b” de la señalada ley adecuadora, el cual expresaba lo siguiente: “...de conformidad con el N° 1, del artículo 54 de la Constitución Política de la República, no procederá la inaplicabilidad respecto de tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Es decir, al haberse declarado inconstitucional dicho artículo, se abre la posibilidad para que el Tribunal Constitucional intervenga en la aplicabilidad de los tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentren vigentes.

Para entrar de lleno en la discusión, partamos por señalar lo que indica el inciso 5°, del número 1, del artículo 54 de la Constitución Política de la República, donde se expresa que: “Las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales del derecho internacional”. Es decir, en la propia norma fundamental se excluye la posibilidad de que los tratados sean afectados (habiendo entrado en vigencia) por normas o regulaciones propias del derecho interno.

Mientras tanto, el número 1°, del inciso 1° del artículo 93 de la Constitución Política de la República, referido al control preventivo obligatorio del Tribunal

Constitucional , señala que este procede sobre: “Un tratado que verse sobre materias propias de éstas últimas (leyes orgánicas constitucionales)”. Por su parte, en el número 3, del inciso primero del mismo artículo 93 de la carta fundamental, se permite promover cuestiones de constitucionalidad sobre: “Proyectos de ley, de reforma constitucional y de tratados sometidos a la aprobación del Congreso Nacional”. Es decir, y tal como lo anticipa don Humberto Nogueira: “Si ambos tipos de normas (ley y tratado) hubiesen sido de la misma naturaleza, habría bastado utilizar la expresión genérica de “Ley”²⁸. Pero ¿por qué resaltamos esta opinión?, precisamente porque ahí radica el argumento de fondo para rechazar la admisibilidad de la inaplicabilidad respecto de tratados, ya que a la luz del n° 6, del inc. 1° del artículo 93 de la Constitución, solo se hace procedente la acción de inaplicabilidad respecto de “preceptos legales” y no de “tratados internacionales”, respecto de los cuales, a juicio de don Humberto Nogueira (opinión que compartimos), ya la propia Constitución, se encarga de diferenciar claramente.

En un segundo argumento, basado en las normas propias del derecho internacional, el profesor Nogueira hace ver que: “Los operadores jurídicos tienen la obligación de interpretar y aplicar el derecho internacional, válidamente incorporado al derecho interno, de acuerdo a los principios de buena fe y del cumplimiento de las obligaciones válidamente contraídas por el Estado”²⁹. A mayor abundamiento, se cita la “Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados”, en virtud de cuyo artículo 27, se establece que: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

²⁸Nogueira Alcalá, Humberto. “El Control Reparador de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales en la Sentencia del Tribunal Constitucional Sobre la Ley Adecuatoria de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional de 2009”. Texto que aparece en el libro: “Temas de Derecho Procesal Constitucional”. 2010. P. 88.

²⁹Ibíd. p. 99.

Por otro lado, y referido al argumento según el cual los términos “precepto legal” y “tratado” no son asimilables y que por tanto, no procedería la inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de estos últimos, nos parece pertinente hacer presente una de las tantas modificaciones que se introdujeron en nuestra carta fundamental, por intermedio de la ley número 20.050. En el antiguo artículo 50 de la Constitución, se señalaba que la aprobación de un tratado internacional se someterá “a los trámites de una ley”, y es desde ahí de donde nace la interpretación exegética que entendía ambos términos como asimilables. Sin embargo, el nuevo texto no deja duda alguna respecto a su intensión diferenciadora, en cuanto a la naturaleza jurídica de “tratado” y “precepto legal” al señalar en su actual artículo 54 que, la aprobación de un tratado internacional se someterá “en lo pertinente” a los trámites de una ley.

Ahora bien, nos corresponde referirnos a los fundamentos que tuvo en vista el Tribunal Constitucional para considerarse “competente constitucionalmente”, para ejercer un control concreto a posteriori sobre los tratados internacionales:

En primer lugar, se señala en el considerando cuadragésimo séptimo del fallo en comento que: “el reconocer que un tratado internacional no es lo mismo que una ley, no impide que estos puedan asimilarse, y queden comprendidos en la categoría de “precepto legal”. Esta aseveración, a juicio del profesor Nogueira, constituye una “Mutación constitucional...que no tiene apoyo ni en el texto de la Constitución ni en el contexto de la reforma de 2005”³⁰.

³⁰Ibíd. p. 117.

Por otra parte, los ministros del Tribunal Constitucional. dando un nuevo fundamento de su decisión, expresan en su considerando quincuagésimo quinto, lo siguiente: “Que si el tratado no es una ley en sentido estricto, pero puede contener disposiciones propias de una ley, tales disposiciones serán sin lugar a dudas “preceptos legales” que pueden perfectamente ser objeto de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. La solución contraria, esto es, la que deja al margen del requerimiento de inaplicabilidad a los preceptos de los tratados internacionales, según se declarará, es contraria a la Constitución.”

Más adelante en el fallo, los ministros del T.C., y solo luego que reconocer que una eventual declaración de inconstitucionalidad de un tratado internacional puede implicar una vulneración de las normas de derecho internacional, hacen presente que dicha situación (la de declarar la inconstitucionalidad), es diferente a la inaplicabilidad, ya que en este último caso, el tratado continúa vigente, y solo se torna inaplicable a una gestión judicial determinada. Ahora bien, como sabemos, dicha situación no es obstáculo ni mucho menos, sino que es precisamente el requisito que establece la Constitución para ejercer una acción de inconstitucionalidad con efectos generales.

Para finalizar, hemos querido rescatar una opinión en particular, emitida por el Ministro del T.C., señor Mario Fernández, quien en su voto disidente señala lo siguiente: “...lo resuelto por el voto de mayoría, ignora que a este Tribunal Constitucional, como órgano del Estado que es, le empecen por completo los mandamientos de los art. 6° y 7° de nuestra Carta Fundamental, en el sentido de sujetarse estrictamente a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella (lo que incluye por cierto, los tratados vigentes) y de no arrogarse atribuciones que no le hayan sido expresamente conferidas, por todo lo cual se considera que un eventual fallo de esta Magistratura que acoga un requerimiento de inaplicabilidad contra una norma de un tratado vigente, será susceptible de impugnarse por intermedio de una acción de nulidad de derecho público”. Respecto de esto último, de más está señalar que referirnos al tema de la nulidad de derecho público, excede por mucho los límites de nuestro trabajo y que nuestra intención era simplemente plasmar una opinión del voto de minoría que consideramos interesante.

3. Los Tribunales Constitucionales en el Derecho Comparado.

A continuación realizaremos en análisis de diversos Tribunales Constitucionales en países de Europa, tomando los casos más representativos, como el de Austria, pionero en este campo, Alemania, España, Francia y Portugal. Al mismo tiempo, expondremos algunas ideas sobre los Tribunales Constitucionales existentes en América del Sur, por este nuestro entorno cercano, analizando los casos de Ecuador, Colombia, Perú y Bolivia. En todos los casos nos concentraremos, como es evidente, en la facultad de revisión represiva y abstracta de las leyes, la forma en cómo dicha revisión opera, especialmente en lo relativo a los efectos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de los preceptos que son revisados.

3.1. Tribunales Constitucionales en Europa.³¹

3.1.1. Austria.

El Tribunal Constitucional austriaco es un caso emblemático, pues aparece muy temprano en siglo XX, siendo pionero en la revisión de constitucionalidad de las leyes por parte de un tribunal especialmente diseñado al efecto, pero también resulta

³¹Hacemos presente que en este subcapítulo de nuestro trabajo hemos utilizado, además de las leyes aplicables vigentes, la estructura de los siguientes textos: “Los Tribunales Constitucionales” del autor Louis Favoreau; y el texto: “Una Nueva Fase en la Constitucionalización de los Derechos en la V República”, del autor Marc Carrillo. Esto, con la salvedad que en el caso de Francia se ha recurrido directamente a la página web del Consejo Constitucional Francés, atendida la reforma constitucional llevada a cabo por ese país el año 2008.

relevante su análisis pues aquí tiene un importante papel quien diseñó el sistema de control de constitucionalidad por parte de un Tribunal Constitucional propiamente tal, hablamos de Hans Kelsen. De este modo, este es uno de los modelos sobre los que se basan las regulaciones de los Tribunales Constitucionales europeos y en el resto del mundo.

El Tribunal Constitucional de Austria nace en el año 1919, producto de la caída de la monarquía. En ese país se atribuye, en septiembre de ese año, al Alto Tribunal Constitucional la posibilidad de revisar la constitucionalidad de las leyes votadas por las asambleas provinciales, antes de que estas leyes fueran publicadas. Se instaura de esta forma un control preventivo de constitucionalidad. Esta revisión se provocaba cuando el gobierno provisional interponía un recurso ante el tribunal después de que las asambleas provinciales le comunicaran el texto que había sido aprobado, esta comunicación era obligatoria para las asambleas provinciales. Una vez interpuesto el recurso el tribunal tenía un mes para resolver la cuestión, plazo en el que la publicación de la ley quedaba suspendida.

Posteriormente, el primero de Octubre de 1920, se modifica la regulación del tribunal austriaco, tomando su forma definitiva, la cual pasamos a revisar ahora. El tribunal posee una serie de atribuciones, las que van más allá del control de constitucionalidad de las leyes, a saber:

- a. Ser un tribunal electoral, resolviendo todo lo atinente a lo contencioso que pueda suscitarse en las elecciones políticas, administrativas y profesionales que revisten cierta importancia.
- b. Ser un tribunal de conflictos, teniendo una amplia gama de posibilidades de actuación en este ámbito, resolviendo contiendas que se produzcan entre las jurisdicciones y las autoridades administrativas, los tribunales administrativos y otras jurisdicciones, incluyendo al propio Tribunal

Constitucional, jurisdicciones ordinarias y otras jurisdicciones, autoridades administrativas de la federación y de los Länder, así como también entre los tribunales de cuentas y los gobiernos.

- c. Ser un tribunal que se encarga de mantener el respeto por el equilibrio federal.
- d. Ser un tribunal administrativo, pues puede conocer de causas contencioso administrativas, cuando las actuaciones de la administración puedan lesionar derechos que estén garantizados en la Constitución.
- e. A iniciativa de las asambleas, el Tribunal Constitucional puede someter a su conocimiento la responsabilidad jurídica o penal (entendiendo “jurídica” como responsabilidades no penales, pues la responsabilidad penal es también jurídica), de los organismos superiores de la federación y de los länder, esto es, al Presidente y los miembros del gobierno. Estas acciones puedan acarrear la destitución (o prescripción de la función) o una condena penal.
- f. Conocer del mismo modo, de algunas otras acciones de responsabilidad de menor connotación.
- g. Finalmente, nos detendremos en la atribución más relevante, definitoria del tribunal, cual es la de controlar la constitucionalidad de las leyes, y que pasamos a revisar a continuación:

El control de constitucionalidad de la ley, en Austria, puede darse de forma preventiva o de forma represiva. En cuanto a la forma preventiva, puede conocer de los proyectos de ley que las asambleas no han votado aún, además, puede conocer de reglamentos u otros actos de la administración que aún no sean publicados, sean estas leyes o actos, emitidos por la federación o por los länd. La iniciativa en esta materia la consagra el Art. 138, ap. 2, de la Constitución, que establece que “El Tribunal Constitucional decide a requerimiento del Gobierno Federal o de un Gobierno de Länd, si un acto legislativo o administrativo es competencia de la federación de los Länder.”

En cuanto al control abstracto de las normas, la regla de titularidad activa de la acción es más amplia, pues no solo los gobiernos federales o de länd tienen la posibilidad de provocar la actuación del Tribunal Constitucional, sino que hay una amplia gama de posibilidades:

- a. Los Gobiernos provinciales.
- b. Las jurisdicciones administrativas y el Tribunal Supremo, cuando la cuestión de constitucionalidad se produzca por una ley que deban aplicar. Esta posibilidad existe desde 1929.
- c. Por un tercio de los diputados del Consejo Nacional o un tercio de los diputados de la Dieta de un länd, en este último caso la respectiva Constitución debe reconocer a los parlamentarios este derecho.
- d. Los ciudadanos pueden interponer también la acción desde 1975, pero a condición que la ley viole sus derechos y esta sea aplicable sin la intervención de una decisión judicial o administrativa.
- e. Finalmente el Tribunal Constitucional puede revisar de oficio la constitucionalidad de una ley, afirma Favoreu, “Desde su origen, al Tribunal se le ha reconocido la facultad de examinar de oficio la constitucionalidad de una ley cuando esta debe servir de base a una de sus decisiones, y tiene dudas sobre su constitucionalidad.”³²

Ahora bien, respecto de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, la normativa austriaca hace expresa regulación de la materia, y la

³²FAVOREU, Louis. Óp. Cit. p. 54.

Constitución establece expresamente que la sentencia comienza a producir sus efectos desde que se publique en el Boletín de las leyes Federales, de este modo, la norma pierde su vigencia a partir de este momento y no se acepta que produzca efectos retroactivos. Pero esto no solo implica que las decisiones judiciales y los derechos, obligaciones, negocios, actos, etc. que se hayan realizado al amparo de la ley, no puedan ser anulados, además implica que a los hechos acaecidos antes de la declaración de inconstitucionalidad, se les siguen aplicando las normas de la ley que ha perdido su vigencia.

Así, en Austria, la irretroactividad tiene un sentido fuerte, pues no solo impide cambiar las situaciones nacidas al amparo de la ley inconstitucionalidad, sino que esta sigue teniendo vigencia para los hechos anteriores a la declaración. Esto conlleva una igualdad ante la ley, pues quienes consolidaron su situación antes de la declaración están en el mismo pie que quienes no consolidaron su situación, por haber acaecido los hechos en el mismo momento. Dicha situación por cierto, implica una incongruencia sistémica, pues resulta ilógico que una ley que está en contra de una norma de mayor jerarquía siga produciendo efectos. Ahora bien, convengamos que esta situación “debe” ser aceptada hasta cierto punto, aun cuando la ley quede derogada, fundamentalmente por motivos de conveniencia práctica, pero que de todos modos resulta cuestionable que los ciudadanos deban seguir soportando el peso de una norma invalidada por infringir la Constitución, ya que, en primer lugar, dicha norma nunca debió existir.

3.1.2. Alemania.

El caso del Tribunal Constitucional alemán también resulta importante para nuestro trabajo, pues el derecho de este país influye en el nuestro, sea a través de formación de las instituciones, pero de modo más importante, influye en la forma en cómo se estudia y comprende el derecho en nuestra doctrina, debido a que se le considera como un modelo de legislación que es digno de ser considerado en la comparación con el nuestro. Además, resulta también un caso emblemático de control de constitucionalidad de las leyes a nivel mundial, ya que su Tribunal Constitucional nace después de la experiencia nazi, demostración empírica de que la ley no es buena en sí misma, y que perfectamente puede ser utilizada para propósitos terribles, con lo cual el control de la misma se hace necesario, es por ello que el Tribunal Constitucional alemán cobró importancia dentro y fuera de su país.

Cómo hemos dicho, el tribunal alemán surge después del gobierno nazi que rigió en Alemania, como expone Favoreu “Tras la demostración, en los tiempos del nacional-socialismo, de la incapacidad del legislador para proteger los derechos fundamentales, los constituyentes de 1949 adoptaron el modelo kelseniano, creando un Tribunal Constitucional dotado de competencias considerables.”³³ El Tribunal Constitucional quedó definitivamente establecido por una ley de fecha 12 de Marzo de 1951, comenzando a funcionar en Septiembre del mismo año.

Las atribuciones del tribunal en Alemania son variadas, como es la tónica de los Tribunales Constitucionales en el mundo, no se limitan al control de las leyes, debiendo abocarse a varias materias, ellas son;

- a. Ser un Tribunal Electoral, pero solo en apelación, pudiendo recurrirse a él por quien ha visto impugnada su elección, por un ciudadano que ha visto

³³Ibíd. p. 63.

desestimado su reclamo, debiendo sumar a otros cien, por un grupo de parlamentarios o por una décima parte del Bundestag.

- b. Conocer de acusaciones que formule el Bundestag o el Bundesrat, en contra del Presidente de la República Federal por violación de la ley fundamental o una ley federal, en contra de jueces federales, acerca de prescripción de derechos fundamentales y sobre la prohibición de un partido político.
- c. Conocer de los litigios entre la federación y un l nder o entre diferentes l nder, teniendo una especie de cuidado sobre el equilibrio federal.
- d. Conocer de los juicios entre órganos constitucionales.
- e. Tener un especial control de calidad y sentido de las normas cuando; hay duda acerca de si una norma anterior a la Constitución sigue vigente; hay duda acerca de si una norma de derecho internacional es aplicable a un caso y cuando el Tribunal Constitucional de un l nd, desea derogar un fallo del Tribunal Constitucional Federal o de un Tribunal Constitucional de otro l nd.
- f. Conocer de recursos constitucionales, los que pueden ser interpuestos por cualquier persona que haya sido lesionada en sus derechos por algún poder público. Generalmente este recurso se entablar  en contra de resoluciones judiciales, aun cuando procederá por una ley o acto administrativo, y además en contra de resoluciones de tribunales federales, es decir, de tercera instancia, de este modo, el Tribunal Constitucional desarrolla una especie de función de casación, en lo que a hermenéutica constitucional se refiere, imponiendo una interpretación uniforme de la Constitución.
- g. Finalmente, llegamos al control de las leyes, el que analizaremos a continuación de forma separada.

En Alemania, el control de constitucionalidad de las leyes es principalmente represivo, pero ello no significa que no existan casos en que podría hablarse de un control preventivo. Estos son tres; cuando se trata de la aprobación de un tratado antes de su promulgación (esta es una línea jurisprudencial nacida desde muy temprano en la vida del Tribunal, en el año 1952); cuando el Presidente se niegue a promulgar una ley, habrá control preventivo por parte del tribunal al conocer del conflicto entre los órganos involucrados; y, la entrada en vigor de una norma puede suspenderse por parte del Tribunal Constitucional.

Pero estos son casos específicos de control preventivo, el grueso del control en Alemania se da en la vertiente represiva de control de las normas, en virtud de ello hay mucho que aprender de este ejemplo, pues en Chile la experiencia del Tribunal Constitucional, en materia de control de constitucionalidad, es exactamente la inversa, ya que desde su creación hasta 2005, este solo había conocido de control preventivo. En este sentido, en Alemania encontramos las siguientes modalidades:

- a. En cuanto al control concreto: poder remitir un caso al Tribunal Constitucional, cuando se tengan dudas acerca de la aplicación de una ley, pero, solo si esta ha sido dictada con posterioridad a la Constitución o que, habiendo sido dictada con anterioridad, haya sido modificada después de la dictación de la constitución.
- b. Un recurso por parte de los individuos, en caso que una ley haya lesionado sus derechos fundamentales, pero solo cuando se han agotado los medios legales. Lo que generalmente sucede es que en este ejercicio de los medios legales los jueces terminan remitiendo la causa al Tribunal Constitucional, sin que las personas deban llegar a interponer el recurso.
- c. En cuanto a control abstracto: por el gobierno de un länd o un tercio del Bundestag, en contra de una ley federal, aunque también puede solicitarse

que el Tribunal reafirme la constitucionalidad de una ley, en cuanto a su validez, en abstracto, y su aplicabilidad, en concreto, obligando a las autoridades a aplicarla.

Vemos como, en lo que se refiere a control abstracto de las normas, solo los organismos estatales pueden iniciar una acción en ese sentido, e incluso en el control concreto, se imponen condiciones a la acción por parte de los individuos y se privilegia la posibilidad de que sea el juez quien inicie el proceso de control. No se considera el interés que cualquier individuo pueda tener en el control en abstracto de una norma inconstitucional, ya que, como miembro de la comunidad a la cual la norma está destinada, él puede ser agraviado por la violación constitucional, aun cuando la norma no se le aplique directamente, en este esquema un ciudadano alemán católico no podría impugnar las leyes en contra de los judíos, en circunstancias que tal ley le es lesiva por el solo hecho de violar la Constitución, pues todos tenemos la expectativa de que el legislador respeta la Constitución, sin que sea aceptable soportar la existencia de leyes que no cumplan con tal expectativa, todos tenemos un interés jurídico en que la Constitución sea respetada por las leyes.

Pasando a los efectos de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad, en Alemania el sistema es el inverso al utilizado en Austria, pues aquí las sentencias que declaran la inconstitucionalidad tienen efecto retroactivo, es decir, que los efectos son aquellos que trae consigo toda anulación, desde el punto de vista jurídico, se llevan las cosas al estado en que estaban antes de que se dictara la norma inconstitucional, pues se entiende que dicha norma jamás debió haber existido, y nadie puede soportar las cargas que ella impone ni beneficiarse de los derechos o privilegios que otorga. De este modo, la segunda sala del Tribunal Constitucional alemán fue desde temprano enfática al señalar que “Si el Tribunal Constitucional Federal establece que una ley expedida luego de la entrada en vigencia de la Ley Fundamental es nula por ser

contraria a la Ley Fundamental, aquella carecerá de efectos legales desde el comienzo.”³⁴

Sin embargo, el Tribunal ha considerado que estos efectos, en ocasiones tienen consecuencias contraproducentes, ya que si bien se ajusta a la lógica de la invalidación o significan un restablecimiento fuerte de las expectativas ciudadanas de respeto a la Constitución, lo cierto es que en muchas ocasiones las consecuencias prácticas pueden ser intolerablemente complicadas; revisión de procesos judiciales, derechos que han significado traspaso de bienes, obligaciones ya cumplidas, etc. Estas complejidades son ya recogidas por la ley que regula al tribunal, estableciendo que los fallos fundados en la norma anulada no pueden ser revisados con posterioridad a la declaración, salvo que se trate de materias penales³⁵. Otras técnicas utilizadas por el Tribunal para no declarar la inconstitucionalidad es la de declarar que una norma es nula, en la medida que se aplique a determinada situación, de este modo se declara más bien una inaplicabilidad, que no tiene los efectos retroactivos de la declaración de inconstitucionalidad. Otra forma es declarar que la ley es constitucional, siempre y cuando se la interprete de determinado modo, esto se llama de la “interpretación conforme”. Finalmente se creó una figura extraña, la declaración de inconstitucionalidad, pero sin anulación subsiguiente, es decir que se declara inconstitucional, pero sin efectos para el pasado, pues no hay anulación, esta técnica fue recogida legislativamente en 1970.

³⁴Sentencia de la Sala Segunda de 23 de Octubre de 1951, en, SCHABEL, Jürgen. “Cincuenta años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, Traducción de Marcela Anzola Gil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003. p. 10.

³⁵Cabe destacar que en la normativa chilena, se prohíbe la aplicación retroactiva de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad sin hacer ninguna salvedad, no considerando la intolerable situación de los condenados penalmente, quienes sufren un castigo en virtud de una ley que, a juicio del Tribunal Constitucional, jamás debió haber existido pues infringía la Constitución.

En conclusión, la norma general es que la anulación de una norma trae consigo el retrotraer las situaciones al estado en que se encontraban antes de que dicha norma fuera dictada, pero el Tribunal Constitucional alemán ha considerado que en muchas ocasiones esto trae consecuencias demasiado gravosas o intolerables, razón por la cual decide utilizar otras fórmulas, que acabamos de mencionar, para moderar los efectos de sus fallos, teniendo entonces, como producto jurisprudencial, un sistema flexible, que considera las diversas situaciones y contextos. En lo que se refiere a los efectos a futuro, la cuestión es clara, las decisiones del Tribunal vinculan a todos los órganos, por ello no es posible volver a dictar una ley con el mismo contenido.

3.1.3. España.

Indiscutiblemente España es una influencia para Chile en lo que a tradición y regulación jurídica se refiere, pues son el referente más cercano que se tiene en esta materia. La tradición española, por razones obvias, está presente en Chile y su caso no debe dejar de ser estudiado en un análisis de derecho comparado. Partiendo por la integración de los miembros, pues en Chile los nombramientos se reparten entre el Presidente, el Senado, la Cámara de Diputados y la Corte Suprema, mientras que en España, los nombramientos se reparten entre sus equivalentes, de este modo, participan; el gobierno, el Congreso de los Diputados, el Senado y el Consejo General del Poder Judicial. Buscándose entonces, tal como en Francia, la diversidad de origen de los miembros del Tribunal Constitucional, cuestión que evita, hasta el punto de lo posible, la parcialidad política y además, le dota de una considerable legitimidad democrática, tal como lo hemos señalado precedentemente.

Las atribuciones de este tribunal son las siguientes:

- a. Resolver conflictos de competencia que se dan entre el Senado, el Congreso de Diputados, el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial.
- b. Velar por el respeto del equilibrio entre el Estado y las autonomías, equilibrio que puede estar definido en la Constitución, pero también en los estatutos de las autonomías o en las leyes orgánicas u ordinarias.
- c. Controlar la recepción de normas internacionales en el derecho interno, cuando los tratados no han sido ratificados aún.
- d. Conocer del recurso de amparo, cuando se afectan derechos constitucionales por actos de la administración, judiciales o parlamentarios que no sean una ley, pudiendo entablarla los particulares, el defensor del pueblo y el ministerio fiscal. El objetivo de esta acción es explicado por Carrillo; “El carácter extraordinario viene definido por su objeto. Este no es otro que la protección de los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución; pero nunca respecto a cuestiones de legalidad sobre su ejercicio, reservadas siempre a la competencia del juez o Tribunal ordinario.”³⁶ Es este recurso un símil al recurso de protección, que en nuestro derecho conocen las Cortes de Apelaciones y, en segunda instancia, la Corte Suprema.
- e. Finalmente, tenemos el control de constitucionalidad de las leyes:

En España se contemplaba la posibilidad de una revisión preventiva y una revisión represiva de la constitucionalidad de las leyes. El control preventivo podía darse por iniciativa del Presidente de Gobierno, por 50 Senadores o Diputados, por el defensor del pueblo o por los organismos de las autonomías, hasta tres días después de la votación de la ley, pero esta es una posibilidad que se suprimió en 1985.

³⁶CARRILLO, Marc. Óp. Cit. p. 78.

Respecto del control represivo, tenemos dos formas de realizarlo, la primera es el recurso de inconstitucionalidad, el que presenta características de control abstracto de las normas legales, pues puede ser recurrido de forma directa por el Presidente del Gobierno, por 50 Diputados y 50 Senadores, por los órganos colegiados ejecutivos de las autonomías y por sus asambleas legislativas (aunque la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, plantea que solo cuando las leyes puedan afectar al propio ámbito de la autonomía) y el defensor del pueblo, de este modo, como suele ocurrir en el control abstracto, el principal papel en la iniciativa del recurso lo tienen las autoridades públicas.

La otra vía posee las características de ser un control concreto de normas, esta es la cuestión de inconstitucionalidad, en donde un órgano judicial, cualquiera que este sea, puede remitir al Tribunal Constitucional una norma sobre la que tiene dudas acerca de su constitucionalidad y que se aplica al caso que está conociendo. Vemos una semejanza con el recurso de inaplicabilidad, pues en ambos casos debe haber una gestión pendiente, en el contexto de un proceso en curso,

Ahora bien, existe un punto que difumina la distinción entre control abstracto y concreto en España, hablamos de los efectos de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, pues explica Carrillo que el efecto de una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, en una cuestión de inconstitucionalidad, produce un efecto erga omnes, es decir, se pierde el principal rasgo de un control concreto, el que solo tenga efectos sobre el caso que está en estudio, volviéndose un control abstracto, pero provocado a propósito de un caso concreto, como explica el autor ya citado; "Si bien se proyecta sobre un caso concreto, el enjuiciamiento que realiza sobre la ley le otorga una dimensión objetiva y por tanto los efectos de las sentencias son erga

omnes.”³⁷ Igualmente, se tratan en este texto, los efectos de las sentencias, tanto del recurso de inconstitucionalidad, como de la cuestión de inconstitucionalidad, como un aspecto común a ambos, lo que significa que la diferencia en cuanto a los efectos no existe, y que no estamos ante una distinción entre control concreto y control abstracto, sino que estamos ante dos modalidades de control represivo y abstracto, una que puede ser alegada directamente por autoridades políticas, y otra que puede ser remitida por el juez durante el conocimiento de un caso concreto.

Finalmente, respecto de los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad, tanto en uno como en otro caso, estas implican la anulación de la norma, es decir los efectos serían retroactivos, devolviendo las cosas al estado anterior a la dictación de la ley, siendo esta una anulación fuerte, pues no solo se afecta a la norma específicamente impugnada, sino que también a las normas que han tenido origen en ella, una especie de teoría del fruto del árbol envenenado en la producción del derecho, como lo expone Favoreu “Las declaraciones de inconstitucionalidad se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades con todas las consecuencias de derecho; así se anulan las normas declaradas inconstitucionales, pero también las relacionadas con ellas o las que son su consecuencia. El efecto de cosa juzgada se extiende incluso a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, según el Artículo 40-2 de la LOTC.”³⁸

Ante semejantes efectos, el Tribunal Constitucional ha tomado medidas para controlar mejor la situación al momento de declarar una inconstitucionalidad, adoptando una práctica del Tribunal Constitucional alemán, en donde la declaración de inconstitucionalidad no importa automáticamente una nulidad del precepto, técnica que recibe el nombre de “inconstitucionalidad diferida”, de esta forma, en ciertos casos, se

³⁷ Ibíd. p. 74.

³⁸ FAVOREU, Louis. Óp. Cit. p. 123.

evitan situaciones indeseadas que podrían producirse por la falta de flexibilidad del sistema, pues no todos los casos son iguales. De esta forma, podemos observar que en España, el Tribunal Constitucional también puede moderar los efectos de sus sentencias estimatorias de inconstitucionalidad.

3.1.4. Francia.

En este apartado, hemos de comenzar señalando que la Constitución francesa ha sufrido grandes cambios, debido a una importante reforma constitucional que fuera aprobada por el parlamento en el año 2008. Por lo tanto, dividiremos el análisis en dos partes, comenzando por revisar cómo era antes de la reforma, para posteriormente detallar cuáles han sido las principales modificaciones en lo que ha control de constitucionalidad se refiere.

Antes de la reforma, y durante la revolución iniciada en 1789, se labraron las ideas de superioridad de la ley dentro del ordenamiento jurídico, considerándose que esta no podía fallar, pues es expresión del pueblo y, por lo tanto, no podía ser lícito a un juez anular tal decisión. Sin embargo, las experiencias nazis y fascistas tocaron a los franceses en el mismo modo que tocaron al resto de los europeos y la confianza en el legislador perdió solidez tal como en el resto de los países del continente, ante esto surge también el control de constitucionalidad en Francia.

Tal como en Chile, se buscaba un equilibrio en la nominación de miembros del Consejo Constitucional, nombrándose estos por diversas autoridades públicas; tres miembros son nombrados por el Presidente de la República, tres por el Senado y tres

por la Asamblea Nacional. Los miembros del Consejo duraban nueve años en sus cargos, y las renovaciones se daban cada tres años. Cuando se renuevan tres miembros, cada autoridad antes mencionada nombraba a uno. Favoreu expresa que esta forma de renovación e integración del Consejo Constitucional “asegura continuidad y también diversidad de origen”³⁹, siendo estos los objetivos de una renovación parcelada y un nombramiento realizado por distintas autoridades, el que haya estabilidad en el tribunal, pues los miembros deben atender a la Constitución y no a las mayorías políticas, y, por otro lado, una diversidad de origen que evite que el tribunal quede manejado solo por una autoridad que nomine a todos los miembros, al tiempo que se maneja, lo máximo posible, la imparcialidad política del mismo.

Dentro de las atribuciones del Consejo Constitucional en Francia de aquellos días, encontramos las siguientes:

- a. Poseer atribuciones en el ámbito de lo contencioso electoral, pues puede conocer reclamos en las elecciones de diputados o senadores, mediante demanda de los candidatos o de los electores, por irregularidades en la campaña o en el escrutinio. Además, en la elección de Presidente y en los referéndums, interviene en la preparación de las elecciones, en el desarrollo de las mismas y en la proclamación de los resultados.
- b. Conocer de conflictos entre poderes, como en el caso del control en la distribución de competencias presupuestarias y normativas entre el ejecutivo y el legislativo.
- c. Aun cuando Francia es un Estado unitario, el Consejo Constitucional tiene la misión de velar por la distribución equilibrada de competencias entre el Estado y las colectividades que lo componen.

³⁹FAVOREU, Louis. Óp. Cit. p. 103.

- d. Controlar del mismo modo, la recepción de normas internacionales en el derecho interno.
- e. Finalmente, tenemos el control de constitucionalidad de las leyes que, nuevamente, revisaremos por separado.

El control de las leyes en Francia, tenía una versión preventiva y una débil versión represiva, pues en este país, se sigue el principio de que las normas promulgadas no pueden ser atacadas en su constitucionalidad, pues si bien existe un sistema de justicia constitucional, el legislador aún mantiene un elevado estatus que un juez no puede igualar, considerando impropio que el criterio de constitucionalidad de un juez prime por sobre el criterio de constitucionalidad del legislador.

El control preventivo de constitucionalidad, puede ser promovido solamente por las autoridades políticas, antes de que sea promulgada la ley y en el caso de los tratados, antes de su ratificación, el control debe realizarse teniendo en cuenta la Constitución, sin embargo, la Constitución se refiere poco a los derechos fundamentales, en razón de ello, entre 1970 y 1973, “el Consejo Constitucional ha operado una verdadera revolución al emitir cuatro fallos, reconociendo fuerza jurídica al preámbulo de la Constitución”⁴⁰. Ante un marco estrecho que entrega una Constitución que no se refiere a los derechos fundamentales, y siendo las leyes que violan estos derechos las que poseen las inconstitucionalidades más gravosas, el Consejo Constitucional ha dado fuerza jurídica, no solo al preámbulo de la Constitución de 1946, sino que también a la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y a los principios fundamentales generales reconocidos en las leyes.

⁴⁰Ibíd. p. 107.

El control represivo, como hemos mencionado, resultaba más bien débil en Francia, la superioridad de la ley y del legislador, en lo que a interpretación de la Constitución se refiere, era de gran relevancia en este país, y se consideraba que la opinión del legislador prima por sobre la de un juez en cuanto a qué es o no constitucional. Dicha cuestión constituye una tradición que se remontaba a la misma revolución. Sin embargo, dentro de este panorama, existía un caso en que el Consejo Constitucional podía intervenir, aun cuando se tratase de una ley que hubiese ya sido promulgada.

La Constitución francesa hace una distinción entre las materias que son objeto de ley y las materias que son objeto de reglamento; “Cuando por error la ley ha resuelto sobre una materia reglamentaria, el poder reglamentario puede intervenir en esta misma materia por decreto, a condición de haber comprobado primero el error del legislador. Este es el procedimiento llamado deslegalización.”⁴¹ Es en este proceso en donde el Consejo Constitucional interviene, pues este puede deslegalizar, parcial o totalmente, los textos aprobados, cuando estos han invadido materias que corresponden al ámbito reglamentario, de este modo, se daba un pequeño control represivo de las normas, cuando estas han excedido el ámbito de su competencia, infringiendo la Constitución. No obstante, el Consejo Constitucional, no tenía el poder de realizar un control represivo cuando la ley violaba derechos fundamentales o se habían producido vicios en el procedimiento, o en cualquier otro caso, siendo este control de constitucionalidad de las leyes limitado en comparación a los casos que hemos examinado y que examinaremos más adelante.

Sin embargo, y tal como se señaló al comienzo de este apartado, en julio del año 2008, se aprobó una profunda reforma a la Constitución francesa. No obstante, nosotros solo nos referiremos, y como es lógico, al aspecto de la reforma que dice

⁴¹Ibíd. p. 109.

relación con nuestro trabajo, esto es, revisar la nueva fisonomía francesa en materia de control de constitucionalidad determinados preceptos legales, a posteriori y con efectos generales.

Podemos señalar básicamente que, hasta el año 2008, la vía para reclamar la protección de los derechos fundamentales, se centraba únicamente en la justicia ordinaria. Sin embargo, a partir de la entrada en vigencia de la reforma ya señalaba, se introduce en la legislación francesa, la posibilidad de efectuar un control a posteriori de la constitucionalidad de los preceptos legales. Así las cosas, en nuevo artículo 61.1 de la Constitución francesa señala lo siguiente: “cuando, con ocasión de un procedimiento judicial en curso, se alegue que una disposición legislativa vulnera los derechos y libertades garantizados por la Constitución, la cuestión podrá ser planteada por el Consejo de Estado o por la Corte de Casación ante el Consejo Constitucional, que se pronunciará en un plazo determinado”.

Es decir, finalmente, y después de mucho tiempo, entra en vigencia en Francia un sistema de control de constitucionalidad a posteriori que permite a grandes rasgos, poner límites a la ley cuando las libertades y garantías de una persona se ven vulneradas por un determinado precepto legal. Respecto del objeto de control de esta nueva atribución del Consejo Constitucional francés, Marc Carrillo es cauto en señalar que: “La cuestión de inconstitucionalidad no está prevista para cualquier control abstracto de cualquier ley, sino que está concebida específicamente para aquellas disposiciones legislativas, que puedan resultar lesivas sobre los derechos y libertades reconocidos por la Constitución”⁴².

En cuanto a la legitimación para poder plantear cuestiones de constitucionalidad. Se debe señalar que, a diferencia de lo que ocurre en muchos otros

⁴²Carrillo, Marc. “Una Nueva Fase en la Constitucionalización de los Derechos en la V República”. En “Cuadernos de derecho público” del Instituto Nacional de Administración Pública de España. 2009, p. 68

lugares, en Francia solo son dos los organismos legitimados para ello, estos son: El Consejo de Estado y la Corte de Casación.

Finalmente, y respecto de los efectos de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad en la nueva Constitución Francesa, estos han sido regulados por el art. 62, en los siguientes términos: “Una disposición declarada inconstitucional en base al art. 61-1, será derogada a partir de la publicación de la decisión del Tribunal Constitucional o de una fecha posterior fijada en esa decisión. El Consejo Constitucional determinara las condiciones y los límites en que los efectos producidos por la disposición puedan ser susceptibles de ser cuestionados”. Como vemos, en Francia en la actualidad se contempla un mecanismo de control de constitucionalidad a posteriori y con efectos generales. Sin embargo y al igual que en otros lugares, se persiste con la impropiedad del término “derogada”.

Por último, y respecto de los eventuales efectos hacia el pasado de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, se entiende que en principio, la intención del legislador francés es que no se afecten situaciones ya consolidadas con anterioridad a la declaración. No obstante, a juicio de Marc Carrillo (opinión que compartimos), el propio texto del art. 62 de la Constitución de Francia, abre la posibilidad para que la declaración tenga efectos *ex tunc*. Para ejemplificar esto, señala Carrillo que: “...Tratándose de leyes sobre derechos y libertades, parece razonable que el Consejo pueda admitir esta consecuencia (del efecto retroactivo de la declaración de inconstitucionalidad) cuando del resultado de su declaración se derive una situación más favorable para el justiciable, como en materia penal o sancionatoria”⁴³.

3.1.5. Italia.

⁴³Ibíd., p. 71.

Italia también tiene un sistema de justicia constitucional y que, como en toda Europa, está influido por los sucesos de la II Guerra Mundial y los anteriores a la misma, tal como Alemania, Italia tiene una experiencia de primera fuente respecto de la incapacidad, o el desinterés, del legislador de proteger de forma fiel los derechos y la dignidad de las personas cuando existe un gobierno que tampoco está en sintonía con estas mismas ideas. De este modo, la experiencia fascista, tal como la experiencia nazi en Alemania y la franquista en España, marcan la configuración del Tribunal Constitucional italiano.

El Tribunal se compone de quince miembros, los cuales son nombrados, a partes iguales, por los tres poderes del Estado, es decir, cinco son nombrados por el Presidente de la República, cinco son nombrados por el parlamento, en sesión conjunta de las dos cámaras legislativas y cinco son nombrados por las supremas magistraturas ordinarias y administrativas, buscándose la pluralidad de origen y la máxima ecuanimidad política posible, sin descargar el peso de los nombramientos exclusivamente en el parlamento o en el algún otro órgano.

Las atribuciones de este tribunal son las siguientes:

- a. Ser un tribunal de conflictos, cuando estos se producen entre los poderes del Estado, entre el Estado y las regiones o entre las diferentes regiones.
- b. Conocer del juicio de acusación en contra del Presidente de la República. También conocía de la acusación al Presidente del Consejo de Ministros y a los Ministros, pero esta atribución desaparece en 1989.
- c. Cuando se han reunido 500.000 (quinientas mil) firmas, en pro de un referéndum abrogativo, corresponde al Tribunal Constitucional pronunciarse acerca de la posibilidad de organizarlo.

- d. Control de Constitucionalidad de las leyes, el que realizamos aparte por su importancia.

El control de constitucionalidad puede darse, en Italia, por vía preventiva y por vía represiva, siendo la segunda la más importante. En cuanto a la forma preventiva, esta se da cuando el comisario de gobierno estima que una ley regional sobrepasa la competencia de la respectiva región, o contradice los intereses nacionales o de otras regiones, si ocurrido esto, el consejo regional mantiene su voto, el Presidente del Consejo de Ministros puede recurrir al Tribunal Constitucional para que decida en definitiva.

Respecto del control represivo de constitucionalidad, este puede darse por vía de acción o por vía de excepción, siendo más amplio el control por vía de excepción. El control por vía de acción se da cuando una ley estatal pasa a llevar las competencias regionales, la titularidad de esta acción es para las regiones. En cuanto al control de constitucionalidad por excepción, tiene aplicación en contra de cualquier ley vigente, incluso si fue promulgada con anterioridad a la reforma, aunque en este caso, y por razones evidentes, solo se puede impugnar la ley por motivos de fondo, la revisión de constitucionalidad debe ser remitida al Tribunal Constitucional por el juez, debiendo tenerse en consideración en la resolución del caso que se sustancia, así, este control posee características de ser un control concreto de constitucionalidad.

Respecto de los efectos, una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad produce cosa juzgada, mientras que una sentencia que rechaza la inconstitucionalidad, no produce efecto de cosa juzgada, pudiendo producirse, nuevamente, la misma cuestión que ya ha sido resuelta. Lo anterior es una característica de control concreto, pues si fuera control abstracto la constitucionalidad de la norma no podría volver a ponerse en duda.

3.1.6. Portugal.

El Tribunal Constitucional portugués se estableció en 1983 y, tal como otros países europeos, también tiene en su origen el trauma de una dictadura militar, por lo que la experiencia los ha impulsado a buscar instituciones que cooperen de forma eficiente en la protección de la democracia y de los derechos fundamentales, rasgo común en todos los casos de Tribunales Constitucionales que hemos examinado. Ahora bien, pese al establecimiento de este tipo de Tribunales especiales, la posibilidad de que los tribunales ordinarios controlen la constitucionalidad de las normas no ha sido abolida.

En la actualidad, las atribuciones del Tribunal Constitucional Portugués, en los términos del art. 223 de su Constitución Política, son las siguientes:

- a. Aun cuando no es un Estado federal, el Tribunal Constitucional debe velar por el equilibrio entre el Estado y las colectividades que lo componen, tal como en el caso francés.
- b. Poder revisar, de forma abstracta, las normas contenidas en actos administrativos, al tiempo que puede conocer de los reclamos, de forma concreta, cuando un tribunal ordinario se niega a aplicar un decreto por considerarlo inconstitucional.
- c. Definir acerca de la constitucionalidad de los partidos políticos.
- d. Resolver preventivamente sobre la constitucionalidad de las consultas referendarias nacionales.
- e. En materia electoral, es el Tribunal Supremo.
- f. Verificar la muerte, incapacidad física o inhabilidad del Presidente de la República, para el ejercicio de su cargo, así como también, la de los candidatos a Presidente de la República.

g. Y, finalmente, en cuanto al control de constitucionalidad de la ley:

Este puede ser preventivo, a provocación del Presidente de la República, posibilidad que se extiende en 1989, al Primer Ministro o por un quinto de los diputados, aunque la Asamblea Nacional puede mantener la ley impugnada con el voto conforme de los dos tercios de los diputados presentes en la sala, siempre y cuando esos dos tercios sean la mayoría absoluta de los diputados en ejercicio.

En cuanto al control represivo de las normas; este puede ser concreto, cuando el Ministerio Público realiza un reclamo porque un Tribunal ordinario no aplica una ley por considerarla inconstitucional o aplica una ley que ha sido denunciada como inconstitucional, del mismo modo, el justiciable puede apelar al Tribunal Constitucional cuando el juez ordinario no ha aceptado su excepción de inconstitucionalidad. Vemos como, pese a haber un Tribunal Constitucional, los jueces ordinarios siguen teniendo la posibilidad de controlar por sí solos la constitucionalidad de las normas, pudiendo las partes o el Ministerio Público, recurrir al Tribunal Constitucional solo a modo de recurso, cuando desean atacar la decisión del juez ordinario. Los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad en el control concreto solo son para ese caso, es decir, efecto relativo. Sin embargo, tres sentencias que estimen la inconstitucionalidad, pueden provocar un procedimiento de control abstracto de constitucionalidad. Esta norma es similar a la aprobada en Chile, en donde para declarar inconstitucional con efectos generales una norma, debe haber una declaración de inaplicabilidad, siendo en todo caso, más similar a la idea original del proyecto de reforma constitucional de 2005, que requería tres fallos de inaplicabilidad.

Por otro lado, el control abstracto y represivo de las normas puede ser provocado por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea, el Proveedor de Justicia, el Fiscal General, un décimo de los diputados y,

cuando se trata de violación a los derechos de las regiones autónomas, las asambleas regionales y los Presidentes de gobiernos regionales. Entonces, tenemos a una amplia gama de autoridades que pueden provocar el proceso de inconstitucionalidad con efectos generales, sin que se contemple la posibilidad de que personas particulares puedan participar de tales instancias, considerando que todos están interesados en que las normas vigentes cumplan con la constitución.

Los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad en Portugal es descrita por Favoreu de la siguiente manera; “La declaración de inconstitucionalidad o de ilegalidad pronunciada por el Tribunal en caso de control abstracto tiene efecto erga omnes, a contar de la entrada en vigencia de la norma declarada inconstitucional”⁴⁴, esto quiere decir que la sentencia opera con efectos retroactivos, restableciendo la situación al día en que se dictó la norma que vulnera la Constitución. Por otro lado, los fallos de Tribunales ordinarios que apliquen normas declaradas inconstitucionales por el Tribunal, deberán ser remitidas a este por el Ministerio Público, asegurándose así de la eficacia de las declaraciones.

Finalmente, mencionar una interesante forma de control constitucional. Se entiende que no solo se viola a la Constitución cuando se realizan acciones o actos prohibidos, sino que también cuando no se realizan las acciones o actos que ella manda, por ello es que se da la posibilidad al Presidente de la República, al proveedor de justicia o a los presidentes de las asambleas regionales, de acudir al Tribunal Constitucional cuando no se tomen las medidas necesarias para hacer ejecutables las normas constitucionales. Se considera que la Constitución no es solo una declaración de buenas intenciones, sino que una norma que obliga a hacer lo que manda. Así las cosas, el campo en derechos económicos, sociales y culturales de esta norma puede ser amplísimo.

⁴⁴Ibíd. p. 130.

3.2. Tribunales Constitucionales en Sudamérica.⁴⁵

3.2.1. Bolivia.

Bolivia es un caso complicado para este estudio, pues recientemente se ha promulgado una nueva Constitución, lo cual cambia la perspectiva de estudio, considerando que no hay un examen acabado ni mucho menos jurisprudencia, que permitan realizar un análisis de derecho comparado del tipo que estamos realizando en esta memoria. Con todo, daremos algunas ideas, tanto del sistema en la antigua Constitución, como de las nuevas normas que han sido promulgadas recién el día 7 de Febrero de 2009.

De la antigua Constitución nos referiremos solamente a la revisión de las leyes, pues mencionar las otras atribuciones resulta poco provechoso, además, es preferible que ese ejercicio se haga con las normas de la nueva constitución. Respecto del control de las leyes, en Bolivia este puede ser preventivo o represivo. Preventivamente, el Tribunal puede controlar los proyectos de reforma Constitucional, pero solo en cuanto a las infracciones de procedimiento, cuestión obvia, pues el fondo de una reforma constitucional no puede ser objetado por quien es encargado de que la Constitución se cumpla, el contenido de las reformas a la Constitución puede interesar tanto a los miembros del Tribunal como a los ciudadanos, pero no como órgano

⁴⁵Hacemos presente que en este subcapítulo de nuestro trabajo hemos utilizado, además de las leyes aplicables vigentes, la estructura del texto: “Las Competencias de los Tribunales Constitucionales de América del Sur” del autor Humberto Nogueira. Esto, con la salvedad que en el caso de Ecuador, se ha recurrido directamente a la página web de la Corte Constitucional Ecuatoriana, atendida la reforma constitucional llevada a cabo por ese país el año 2008.

constitucional⁴⁶. También el control preventivo podía extenderse a los tratados internacionales y, por supuesto, a las normas legales. Esto, a petición del Presidente de la República, del Presidente del Congreso Nacional y del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, previo acuerdo de la Sala Plena. En todo caso, cuando se ha decidido preventivamente la constitucionalidad de una norma, no pueden interponerse nuevos recursos.

En cuanto al control represivo, este podía ser concreto o abstracto. El control concreto puede ser promovido por el juez, tribunal o autoridad administrativa, de oficio o a petición de parte, no siendo un recurso facultativo para las partes, pero pudiendo estas influir en la motivación del procedimiento, y procedía ante leyes, decretos o cualquier resolución no judicial que pudiera ser inconstitucional. En cuanto al control abstracto, también es amplio respecto de su objeto, pues cabe en contra de leyes, decretos o cualquier resolución no judicial, pero en este caso, solo puede ser promovida por el Presidente, algún senador o diputado, el Fiscal General o el Defensor del Pueblo. En este sentido, es necesario concluir que la norma no es tan rígida, pues solo se requiere un parlamentario, y no un grupo de ello como es la regla general. En todo caso, no se considera una acción popular propiamente tal.

Si el precepto es declarado constitucional, no caben nuevas acciones en su contra, por su parte, si es declarado inconstitucional, Nogueira expone que la

⁴⁶Aunque, plantea Humberto Nogueira, en Chile la situación es distinta, pues en nuestro país existe un límite que se da la Constitución a sí misma, que no puede ser traspasado en un trámite de reforma y que el Tribunal Constitucional si podría controlar en cuanto a su cumplimiento, el autor expresa; “En el caso chileno, el control de constitucionalidad, además de los aspectos procedimentales o adjetivos se extiende a los aspectos sustantivos, en virtud de que, de acuerdo al Art. 5º inciso 2º, el ejercicio de la potestad constituyente tiene como límite los derechos esenciales de las personas aseguradas por la Constitución como asimismo, por las tratados ratificados por Chile y vigentes.” NOGUEIRA, Humberto. “Las Competencias de los Tribunales Constitucionales de América del Sur”. En Revista *Ius et Praxis*, año 2002, nº2. Universidad de Talca. P. 79

sentencia tiene efecto “abrogatorios o anulatorios”⁴⁷, pero si entendemos la abrogación como la pérdida total de vigencia de la norma, este es un efecto que no se produce, pues el Art. 121 dispone que: “si no se dispone otra cosa, subsiste la vigencia de la norma en las partes no afectadas por la inconstitucionalidad, del mismo modo subsisten las sentencias que se hayan dictado en virtud de la norma”. Ahora bien, el mismo artículo establece que la sentencia hace “inaplicable” la ley, lo que puede entenderse como que la norma no debe ser aplicada a los hechos, incluso si son anteriores a la declaración, sin importar los efectos producidos, cuestión que podría considerarse un efecto anulatorio, que, sin embargo, no afecta la cosa juzgada.

Pero veamos ahora la regulación de la nueva Constitución boliviana; en primer lugar, se remite a la ley la forma definitiva de integración de los miembros de este Tribunal, teniendo siempre como guía un criterio de plurinacionalidad, principio que cruza toda la Constitución, y de forma paritaria entre el sistema ordinario y el sistema indígena originario campesino. Dentro de sus atribuciones encontramos:

- a. Los conflictos de competencias y atribuciones de los órganos del Estado.
- b. Los conflictos de competencia entre el gobierno plurinacional y las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, así como también, las que tengan estas entre sí.
- c. Los recursos en contra de cualquier forma de tributo, tasas, patentes, derechos o contribuciones, que sean creados en contravención a la Constitución.
- d. Los recursos en contra de resoluciones del órgano legislativo, cuando estas afecten uno o más derechos, cualquiera sea la persona afectada.

⁴⁷Ibíd. p. 80.

- e. El conocimiento de las acciones de libertad, amparo constitucional, protección de la privacidad, popular y de cumplimiento.
- f. Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas, acerca de la aplicación de sus preceptos a casos concretos.
- g. Conocer de la Constitucionalidad de los tratados internacionales.
- h. Los conflictos de competencia entre las jurisdicciones; ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina y la agroambiental.
- i. Los recursos directos de nulidad.
- j. Finalmente, en cuanto al control de las leyes, a continuación pasamos a revisar sus diversos aspectos:

En esta nueva Constitución, el control de las leyes puede ser preventivo o represivo. El control preventivo puede darse; cuando se revisa el procedimiento en un proyecto de reforma parcial de la Constitución, o en cualquier ley, y cuando el Presidente o Presidenta del Estado, de la Asamblea Plurinacional, del Tribunal Supremo o del Tribunal Agroambiental, formulan una consulta al Tribunal. En estos casos la decisión resulta obligatoria.

Por su parte, el control represivo, es mencionado en el nº 1 del Art. 203, que prescribe, como atribución del Tribunal Constitucional, el conocer de las acciones de inconstitucionalidad, directas e indirectas, lo que implica un control abstracto de las normas, cuya declaración acarrearía el fin de la vigencia de la norma impugnada. Del mismo modo, puede considerarse control represivo, el conocimiento de las consultas que las autoridades indígenas formulan acerca de la aplicación de sus propias normas, siendo este un control concreto, tal como podría entenderse el conocimiento de las reclamaciones por violación de derechos por un acto legislativo o las acciones constitucionales que mencionamos en la letra e). Sin embargo, estas proyecciones dependerán de la evolución de la doctrina, la ley y la jurisprudencia en Bolivia.

Similar es el caso de los efectos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley, ya hemos visto como en el control preventivo se establece que las decisiones serán obligatorias, es decir que, en caso de declararse un proyecto inconstitucional no podrá convertirse en ley. Sin embargo, en el caso del control represivo, no hay una norma que establezca los efectos de la sentencia en el tiempo, el Art. 204 establece que: “las sentencias serán vinculantes, de cumplimiento obligatorio y que contra ellas no cabrá recurso alguno...”, pero nada se menciona acerca de si tendrán o no efecto retroactivo. Es dable suponer, que al no decir lo contrario, la inconstitucionalidad de la norma acarrea su anulación y, por ende, efectos retroactivos, pues una norma que jamás debió existir, jamás debió provocar efecto alguno y ellos deben ser removidos, pero la definición final de tal cosa estará en manos de la legislación complementaria, las decisiones del Tribunal y la evolución doctrinaria.

3.2.2. Colombia.

El Tribunal Constitucional colombiano es tratado en el Título VIII, bajo el epígrafe “De la Rama Judicial”, a diferencia de Chile en donde se lo trata en un Capítulo totalmente separado, en este Título, la Constitución colombiana trata de las diversas jurisdicciones presentes en ese país; Ordinaria, Contencioso Administrativa, Constitucional y Especiales.

Son atribuciones de la Corte Constitucional en Colombia:

- a. Decidir, antes del pronunciamiento popular, la constitucionalidad de una convocatoria a referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, solo por vicios de forma.

- b. Decidir la constitucionalidad de referendos sobre leyes, consultas populares o plebiscitos de orden nacional, en los últimos dos casos, solo por vicios de forma.
- c. Decidir sobre excusas relacionadas con las citaciones realizadas por el Congreso.
- d. Controlar la constitucionalidad de los tratados internacionales, para lo cual el Gobierno debe remitir el tratado dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley que lo aprueba, pudiendo cualquier ciudadano impugnar su constitucionalidad, si el tratado es declarado inconstitucional entonces no podrá ser ratificado, si es declarado inconstitucional parcialmente, deberá expresarse el consentimiento con la reserva respectiva.
- e. Revisar, de acuerdo a la ley, las decisiones tomadas por las autoridades judiciales en las acciones relacionadas con la tutela de derechos constitucionales.
- f. Revisar la constitucionalidad de las leyes, en las formas que pasamos a revisar a continuación.

Preventivamente, la Corte Constitucional de Colombia, puede revisar la constitucionalidad de las leyes de reforma a la Constitución, aunque solo por vicios de forma, esta acción igualmente puede ser promovida por los ciudadanos.

En cuanto al control preventivo de las leyes, la Corte puede pronunciarse acerca de los proyectos de leyes objetados por el gobierno y acerca de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por vicios de fondo como de forma, si es declarado constitucional, el Presidente debe sancionarlo.

En cuanto al control represivo de las normas, no existe un recurso de inaplicabilidad, sin embargo, la Corte puede revisar lo decidido en procesos de tutela de derechos, pudiendo haber ahí un potencial de control concreto, cuando las leyes violan un derecho ante una situación muy particular. En cuanto al control abstracto, cualquier ciudadano puede reclamar acerca de la constitucionalidad de las leyes y también en contra de los decretos con fuerza de ley, lo que implica una democratización de una acción que interesa a la sociedad en general, ello por vicios de forma o fondo, caducando las acciones por vicios de forma al término de un año.

En cuanto a los efectos, se establece que las sentencias producen cosa juzgada y que ninguna autoridad podrá reproducir el contenido declarado inconstitucional, mientras subsistan en la Carta los motivos que dieron lugar a tal declaración. Al igual que en el caso de Bolivia, no hay una referencia expresa en la Constitución acerca de los efectos de la sentencia hacia el pasado. Pero la Corte ha generado un sistema de diversos tipos de sentencia, con diversos efectos temporales; diferidos, inmediatos, retroactivos, cuestión que toma entonces en consideración las condiciones del caso concreto para llegar a una solución más justa y adecuada, tendencia que, tal cual vimos, siguen países europeos como Alemania o España.

3.2.3. Ecuador.

En este apartado, hemos de comenzar señalando que en el año 2008, fue aprobado un nuevo texto constitucional en Ecuador. Por lo tanto, dividiremos el análisis en dos partes, comenzando por revisar cómo era antes de la nueva Constitución Política, para posteriormente detallar cuáles son los nuevos aspectos más relevantes en materia de control de constitucionalidad en este país.

En primer lugar, vale la pena señalar que tanto en la antigua como en la nueva Constitución, se establece de forma expresa, que las diversas normas que compongan el sistema jurídico, deben ajustarse a la Constitución y que si ello no sucede, el acto inconstitucional no tendrá valor. Como corolario de este primer axioma, consagrado positivamente, se establecía que los tribunales deben aplicar las normas de la Constitución, aun cuando no sea pedido por las partes, o sea, la Constitución es una norma superior en jerarquía, pero que opera del mismo modo que las demás, debiendo aplicarse al caso concreto directamente, por el respectivo juez cuando sea procedente, esto refuerza la normatividad de la Constitución, que deja de ser percibida como normas que solo deben aplicar los órganos del Estado o ciertos tribunales a propósito de ciertos procedimientos específicos. Del mismo modo, se prescribía que cuando hay contradicción entre normas, esta debe solucionarse aplicando la de mayor jerarquía, así pues, la Constitución se aplica directamente, y si contradice alguna otra norma, se aplica con preferencia la Constitución, eso por cualquier juez o tribunal.

El antiguo art. 274 de la Constitución de Ecuador, no hace sino develar lo que está implícito en las normas descritas anteriormente: “cualquier tribunal puede declarar, de oficio o a petición de parte, inaplicable un precepto por ser inconstitucional o contrario a convenciones o tratados internacionales...”. Los efectos de esta declaración solo se extendían a los casos que conoce determinado tribunal, sin perjuicio del deber de informar al Tribunal Constitucional para que este resuelva en general. Así, en Ecuador, teníamos un sistema mixto, donde el control difuso y el concentrado se mezclan, teniendo el control represivo y concreto cualquier tribunal del país, y el control represivo y abstracto el Tribunal Constitucional, estando presente el modelo estadounidense y el modelo europeo simultáneamente⁴⁸. Adelantemos desde ya, que

⁴⁸En Chile, nada prohíbe a los jueces aplicar la Constitución a los casos que conozcan, aunque no exista un mandato o autorización de aplicación, se subentiende que las normas constitucionales están para ser cumplidas; por el Congreso, por el Presidente, por el Banco Central, la Contraloría, etc. pero también por los particulares, por ello nada impide al juez resolver un caso acudiendo a la Constitución, pero, cuando hay contradicción no es tan claro que pueda aplicarse el criterio de jerarquía lisa y llanamente, pues existe un recurso específico para las situaciones en que una norma se opone a la Constitución, el recurso

esta es sino la principal modificación introducida por la nueva Constitución, que le otorga plenas competencias de control represivo a la Corte Constitucional.

Veamos ahora la antigua regulación del Tribunal Constitucional. Cabe hacer presente que se establecía expresamente, que las providencias del poder judicial no podían ser revisadas por el Tribunal Constitucional, marcando así una diferenciación clara entre la justicia ordinaria y la constitucional. Así las cosas, el Tribunal contaba entre sus atribuciones:

- a. Conocer de la inconstitucionalidad de los actos administrativos, el que quedaba revocado de ser hallado inconstitucional, sin perjuicio de la posibilidad de la autoridad administrativa para preservar la constitucionalidad del acto.
- b. Conocer las resoluciones que denieguen el habeas corpus, el habeas data y el amparo y los casos de apelación en la acción de amparo.
- c. Controlar a los tratados internacionales, previo a la aprobación del Congreso.
- d. Dirimir los conflictos de competencia o atribuciones asignadas por la Constitución.
- e. Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, de acuerdo al esquema que pasamos a revisar:

de inaplicabilidad, que es conocido, de forma concentrada, por el Tribunal Constitucional, cuestión que impide el desarrollo de una jurisprudencia que avance en un control difuso de constitucionalidad.

El control de constitucionalidad de las leyes en Ecuador se daba; preventivamente o represivamente, en este último caso, en control concreto y en control abstracto. El control preventivo se daba cuando el Presidente realiza una objeción de constitucionalidad durante la tramitación de un proyecto de ley y, de acuerdo al Art. 27 de la ley de control de constitucionalidad de 1997, el Congreso por mayoría de sus miembros o del Plenario de las Comisiones Legislativas, podía solicitar al Tribunal que se pronunciara acerca de la objeción.

En cuanto al control represivo, en su faz de control concreto, ya habíamos adelantado algo sobre este tema. Lo cierto es que este control no estaba en manos del Tribunal Constitucional, pues las inaplicabilidades las dictaminan los diversos tribunales ordinarios de justicia al conocer determinados casos, sin embargo, no es menos cierto que estos deben enviar un informe al Tribunal Constitucional para que resuelva con efectos generales, pero esta decisión, no afecta lo resuelto en el caso concreto por el primer tribunal, de este modo, aun cuando el Tribunal Constitucional considerara, en abstracto a la norma “constitucional”, en cuanto al caso concreto, el criterio del tribunal que remitió el caso prima, en cuanto esa norma sigue siendo inaplicable, esto de acuerdo al Art. 12 n° 6 de la ley de control de constitucionalidad de 1997. De esta forma, podemos decir que el control represivo concreto de constitucionalidad en Ecuador, seguía al modelo estadounidense, pudiendo realizarlo cualquier tribunal que conoce un caso concreto, sin que el Tribunal Constitucional pudiera intervenir en tal decisión.

Respecto del control abstracto, este sí es realizado, con exclusividad, por el Tribunal Constitucional, y podía realizarse de forma total o parcial respecto de leyes, decretos leyes, decretos, reglamentos u ordenanzas, tanto por vicios de forma o de fondo, pudiendo ser solicitada por el Presidente, el Congreso, la Corte Suprema, mil ciudadanos y, finalmente por cualquier ciudadano, previo informe favorable del Defensor del Pueblo. Los Consejos Provinciales o Municipales pueden impugnar los

actos del ejecutivo, entre los que podemos encontrar los reglamentos u ordenanzas, incluidos aquí por ser normas generales, pero que, propiamente, pertenecen a la categoría de actos administrativos, según los términos de la letra a) del listado de atribuciones antes mencionado.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, la norma ecuatoriana era similar a la chilena, rígida y contra intuitiva en cuanto a los efectos de una anulación, pues se establecía que, a partir de su promulgación en el Registro Oficial, dejará sin vigencia la disposición o acto declarado inconstitucional, y si los funcionarios públicos no cumplen en treinta días lo dispuesto por el Tribunal podían ser sancionados, sanción que se remitía a la ley. Finalmente, se establecía que no se producirán efectos retroactivos, sin que se considere ninguna circunstancia, como por ejemplo, sentencias penales o grandes cargas soportadas. De nuevo, la norma era rígida y no admitía excepciones, tal como en el caso chileno, aunque por lo menos en Ecuador la redacción era más afortunada, pues no dice que las normas inconstitucionales “se entiendan derogadas...”, sino simplemente “quedan sin efecto...”, que es más similar a lo que realmente ocurre con una anulación como la que estamos comentando.

Ahora, nos corresponde ver cómo es actualmente la nueva Constitución de Ecuador, respecto del Tribunal Constitucional y del sistema de control de constitucionalidad de los preceptos legales.

En cuanto al control a posteriori concretó en Ecuador, el principal cambio introducido por la nueva normativa, es que se elimina el control difuso de constitucionalidad. Así, según el art. 428 del nuevo texto: “ Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan

derechos más favorables que los reconocidos por la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma”. De esta forma, queda claro de entrada lo profundo del cambio introducido en la legislación ecuatoriana, por parte de este nuevo texto constitucional.

En cuanto a las nuevas atribuciones de la Corte Constitucional, estas se detallan en el art. 436 de la nueva Constitución, y las más relevantes para el objeto de nuestro estudio, son las siguientes:

- a) Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución y de tratados internacionales, a través del efecto vinculante de sus sentencias y dictámenes.
- b) Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, ya sea en el fondo o en la forma. En esta parte se hace presente que la declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la “invalidez” del acto impugnado.
- c) Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento, concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.
- d) Conocer y resolver, de oficio o a petición de parte, sobre la constitucionalidad de los actos de la administración.
- e) Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado que, por omisión no observen, total o parcialmente, los mandatos contenidos en las normas constitucionales. Esta es una atribución novedosa que nos recuerda el caso de Portugal, donde también se entiende que las normas constitucionales se pueden infringir a través de una omisión.

Finalmente, solo nos queda tocar un par de aspectos de la nueva fisonomía del control de constitucionalidad en Ecuador. El primero de ellos, y que ya ha sido mencionado, dice relación con los efectos de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad dictadas por la Corte Constitucional. Se señala que el efecto será la “invalidez” de la norma, sin hacer distinción sobre si producirá o no efectos retroactivos. De esta forma, no nos queda más que interpretar el término invalidez en su sentido natural, entendiendo de esta manera que las sentencias de la Corte Constitucional sí producen efectos hacía el pasado, ya que no parece justo ni razonable que, los efectos de una norma que nunca debió existir, deban de seguir siendo soportados por los ciudadanos, aún después que esta norma ha dejado de estar vigente.

Un último punto a resaltar, es aquel que habla sobre la titularidad activa para el ejercicio de acciones tendientes a declarar la inconstitucionalidad de determinados preceptos legales. Como ya se señaló, la antigua Constitución era relativamente restrictiva en la faz de control abstracto, en el sentido que solo eran titulares de esta acción el Presidente de la República, Los Consejos Provinciales o Municipales, el Congreso, la Corte Suprema, mil ciudadanos y, finalmente cualquier ciudadano, previo informe favorable del Defensor del Pueblo. Sin embargo, hoy en día tenemos una regla de titularidad activa amplísima, contemplada en el art. 439 del nuevo texto constitucional, el cual señala que: “Las acciones constitucionales podrán ser planteadas por cualquier ciudadano o ciudadana, individual o colectivamente.”

3.2.4. Perú.

El Tribunal Constitucional peruano se compone de siete miembros, los cuales son elegidos por un período de cinco años, solo por el Congreso, pero con un quórum de dos tercios de sus miembros. Su regulación está en el Título V, bajo el epígrafe “De

las Garantías Constitucionales” y es definido por el Art. 201 como el órgano de control de la Constitución. De este modo, en Perú, el Tribunal Constitucional tiene un tinte de defensor de las garantías de los ciudadanos y de garantía de la supremacía de la Constitución, como norma máxima del ordenamiento jurídico siendo una institución que, vela porque se respete el orden institucional, en tanto es una garantía de los ciudadanos que los poderes públicos actúen de acuerdo a la Constitución y que sus derechos les sean respetados.

Las atribuciones del Tribunal Constitucional peruano son más bien reducidas a un pequeño número:

- a. Conocer las resoluciones denegatorias de habeas corpus, habeas data, amparo y cumplimiento, en última y definitiva instancia, de esta forma, cuando un tribunal niega las acciones que protegen derechos, entonces el Tribunal Constitucional se ve obligado a intervenir.
- b. Ser un tribunal que resuelva los conflictos de competencia o atribuciones asignadas por la Constitución.
- c. Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, conociendo de las acciones correspondientes.

Como vimos, las atribuciones son cortas en número y el control de constitucionalidad es también menos extenso que en los casos anteriores, pues no se contempla un control preventivo de constitucionalidad, existiendo solo control represivo de las leyes. En cuanto al control represivo, este solo puede tomar la forma de control abstracto, pues no existen acciones de control concreto que conozca el Tribunal. En todo caso, sí se produce lo mismo que en Ecuador, pues cualquier tribunal puede ejercer un control concreto de normas, declarando el precepto inaplicable, de este

modo, se mezclan nuevamente los sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad.

Entonces, el control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, en Perú, se reduce al control represivo y abstracto de las normas. Ahora bien, la ley 26.435 Orgánica del Tribunal Constitucional Peruano, establece que este control, además de las leyes, se extiende a decretos legislativos, decretos de urgencia, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general, ordenanzas municipales y a tratados internacionales, que contravengan a la Constitución en el fondo o en la forma. Estos recursos de inconstitucionalidad pueden interponerse por el Presidente, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, por un veinticinco por ciento del número legal de congresistas, cinco mil ciudadanos, además, si la norma es una ordenanza municipal puede impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del territorio, cuando dicho número sea inferior a cinco mil, los Presidentes de Región, con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, los Alcaldes con acuerdo de su Consejo, estos dos últimos casos en materias de su competencia, y finalmente, por los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

Si bien el control es más reducido, en cuanto a modalidades, es bastante amplio en cuanto a normas sujetas a control y a participantes, pudiendo impugnar la norma los ciudadanos directamente o incluso colegios profesionales, lo cual es una novedad en comparación con los otros casos estudiados. Respecto de los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, se establece que la sentencia produce efectos desde el día siguiente a la publicación de la misma, sin que estos sean retroactivos, norma que es similar a la ecuatoriana y a la chilena, con la misma rigidez y los mismos efectos no propios de una anulación, por otro lado, nuevamente la redacción es más afortunada que la chilena, pues se dice que la norma “queda sin efecto...”, y no que “se entiende derogada...”.

4. La Acción de Inconstitucionalidad en Chile.

4.1. Descripción de la Normativa.

Dado el paso explicativo previo, que hemos realizado en los capítulos anteriores, realizaremos ahora una breve descripción de la normativa bajo la cual se lleva a cabo la acción de inconstitucionalidad. En primer lugar, como hemos visto, para que sea procedente la declaración de inconstitucionalidad es necesario que previamente se haya acogido, a lo menos, un recurso de inaplicabilidad, y así una vez que este recurso haya sido acogido, declarándose la inaplicabilidad de la norma, existirá acción pública para que el Tribunal conozca de la inconstitucionalidad, además, el Tribunal puede declarar dicha inconstitucionalidad de oficio. De este modo, hay dos posibilidades, o el Tribunal por sí solo decide declarar la inconstitucionalidad de la norma que ha conocido en un primer momento por la vía del recurso de inaplicabilidad, o bien, cualquier persona está en condiciones de entablar una acción para que el Tribunal declare inconstitucional, con efectos generales una norma. Quizá, es de suponer, que si el Tribunal no declara de oficio la inconstitucionalidad no es muy probable que acoja una acción en el mismo sentido, pues ya en un primer momento estimo que la inconstitucionalidad no procedía, pero ello es una cuestión diferente.

En segundo lugar, la acción debe ser conocida por el pleno, cuestión que resulta evidente, debido a la importancia que la declaración de inconstitucionalidad tiene es necesario que todo el Tribunal este presente al momento de conocer la cuestión. Por el mismo motivo se exige un quórum especial para que sea aprobada tal declaración, debiendo pronunciarse con el voto conforme de cuatro quintos de sus miembros, un quórum alto, que se acerca a la unanimidad de sus miembros (cuatro quintos implica que ocho de los diez miembros del Tribunal estén de acuerdo en la declaración), lo que imposibilita que la declaración sea tomada con liviandad o por

mayorías eventuales. Sin embargo, el quórum podría ser exagerado, pues una minoría muy pequeña puede evitar que se declare inconstitucional un precepto, cuestión que atentaría en contra del rol garantista del Tribunal Constitucional, adquiriendo mayor preponderancia la opinión de la minoría de los jueces del Tribunal. Así, en un ejemplo (evidentemente reduccionista), basta con que tres jueces consideren constitucional el apartheid para que una norma que lo consagra no pueda ser invalidada o, en los términos empleados por nuestra Constitución: “se entienda derogada...”

En esta cuestión los jueces no están vinculados por las alegaciones del actor, pues podría basarse la declaración en cualquier norma constitucional, incluyendo el “bloque constitucional de derechos”, como afirma Nogueira “El Tribunal Constitucional examinará la constitucionalidad del precepto legal, siendo la Constitución y el bloque constitucional de derechos el parámetro para determinar si el precepto legal es o no compatible con ella, examinando las diversas hipótesis posibles por las cuales los preceptos legales pueden ser inconstitucionales, considerando no solo las normas constitucionales citadas como infringidas por el actor, sino considerando y examinando la conformidad del o los preceptos legales con todas las normas que constituyen el parámetro de control de constitucionalidad”⁴⁹. Aquí hay un tema interesante, que excede nuestro tema; el saber cuál es el bloque de derechos que debe integrarse a la Constitución, pues en virtud del Art. 5 Inc. 2, los derechos consagrados en tratados suscritos y vigentes en Chile limitan el ejercicio de la soberanía, ¿hasta dónde se integran estos derechos al bloque constitucional?, es una pregunta interesante, pero que, como hemos dicho, excede los límites de este trabajo.

Finalmente, el punto más interesante para nosotros, la sentencia del Tribunal Constitucional, que considere inconstitucional un precepto, es decir, aquella que

⁴⁹Nogueira Alcalá, Humberto. “El Control Represivo Concreto y Abstracto de Inconstitucionalidad”, en “Reforma Constitucional” Francisco Zúñiga (coordinador), Editorial LexisNexis, Santiago, 2005. p. 601.

considere al precepto como contrario a la Constitución, debe publicarse en el Diario Oficial, a partir de este momento la sentencia produce efectos, los cuales son generales y erga omnes, lo que significa que a partir de ese momento la norma que ha sido declarada inconstitucional pierde su vigencia, ya no resulta más obligatorio su cumplimiento, eso para los efectos a futuro. Además, se regulan los efectos hacia el pasado, y he aquí precisamente la frase polémica que motiva el presente trabajo, ya que se establece que la norma “se entenderá derogada” desde la publicación en el Diario Oficial, y que la declaración de inconstitucionalidad “no producirá efectos retroactivos”.

Hemos llegado entonces a la norma que da origen a nuestro trabajo, dos son las expresiones que más relevancia adquieren en este punto. En primer lugar, el que la norma “se entienda derogada”, pues en nuestra opinión, la declaración que realiza el Tribunal es una invalidación, como lo es el contenido de la declaración de la generalidad de los Tribunales Constitucionales del mundo, pues cuando una norma pierde su vigencia por estar en contradicción con una de rango superior lo que sucede es una invalidación, no una derogación, y en derecho las cosas son lo que son y no lo que se dice de ellas. En segundo lugar, importante resulta el que la declaración no produzca efectos retroactivos, pues esto deja subsistentes los efectos de una norma que ha perdido su vigencia por no respetar la Constitución, efectos que son fruto de una violación a la Carta Fundamental y que no deberían perdurar. Lo anterior ya lo vimos claramente cuando hablamos de los efectos de la inconstitucionalidad en España. Ahora, antes de entrar de lleno en el análisis del concepto “derogación” con la finalidad de determinar si este término está bien o mal utilizado, debemos hacer dos paradas previas; en primer lugar, revisar el origen de la norma en estudio y, en segundo lugar, las problemáticas de las que, a nuestro juicio, adolece dicha norma.

4.2. Historia fidedigna del art. 94 de la C.P.R.⁵⁰

La norma que estamos analizando tiene su origen en la discusión parlamentaria, dada en el Senado, en primer trámite constitucional de la ley de reforma constitucional, que terminó siendo la ley 20.050. De esta manera, y para efectos metodológicos, desarrollaremos el presente apartado, haciendo extractos de las opiniones efectuadas por las respectivas comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en cada uno de los trámites constitucionales a que dio lugar la creación de la norma que estamos analizando.

Partamos por señalar que si bien en un comienzo, las dos mociones que dieron origen a esta ley no consideraban la posibilidad de dar al Tribunal Constitucional la facultad de terminar con la vigencia de una norma con efectos generales, en el primer informe de la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado y, habiéndose consultado previamente la opinión de la Corte Suprema (quien estaba por mantener el recurso de inaplicabilidad bajo su competencia), se contemplan las siguientes posibilidades: “Después de tres fallos uniformes y unánimes, el tribunal en pleno, de oficio o a petición de parte, declarará la inconstitucionalidad del precepto respectivo, con efectos generales...”⁵¹ Por su parte, el inciso siguiente señala que: “después de haber fallado tres veces de forma uniforme, aunque no sea de forma unánime, a favor de la inaplicabilidad de una norma, el Tribunal Constitucional, de oficio o a petición de parte, podrá declarar la inconstitucionalidad de una norma, con

⁵⁰En este apartado de nuestro trabajo, nos hemos apoyado en los siguientes textos: “Notas sobre acción de inconstitucionalidad y efecto derogatorio de las leyes”. Redactado por el Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile y Ministro del Tribunal Constitucional don Enrique Navarro B; y en el texto editado por el Congreso Nacional “Reformas Constitucionales del año 2005”. Primera Edición, Mayo de 2006.

⁵¹“Reformas Constitucionales del año 2005”. Editado por el Congreso Nacional. Primera Edición, Mayo de 2006. p. 314.

efectos generales, con el voto conforme de dos tercios de sus miembros”⁵². Se contempla entonces, por primera vez en nuestra historia constitucional, la posibilidad de una revisión, represiva, abstracta y con efectos generales de una ley, abriendo paso a una nueva era en lo que a control de constitucionalidad se refiere, tanto en lo funcional como en la propia orgánica del Tribunal Constitucional, órgano que habrá de ponerse a la altura de tan grande atribución.

Posteriormente, y una vez aprobada en general la idea de legislar, la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del senado, pasó a discutir en particular el proyecto de reforma. En dichas reuniones, se expresaron las siguientes opiniones:

El entonces Subsecretario del Interior don Jorge Correa Sutil, consideró que el requisito de dictarse tres fallos unánimes y uniformes para la procedencia de la inconstitucionalidad, era excesivo. Además, sugirió que el quórum exigible al Tribunal Constitucional, para adoptar tal decisión, debía ser de mayoría absoluta, y no de dos tercios como se había planteado. A la postre, solo la primera de estas proposiciones encontraría eco en el segundo informe de la comisión, donde se sugiere la enmienda de eliminar el requisito de que los fallos de inaplicabilidad debían ser unánimes.

Del mismo modo, la comisión del Senado discutió cuáles serían los efectos de esta declaración de inconstitucionalidad. En este orden de cosas, rescatamos las siguientes opiniones:

⁵²“Ibíd., p. 314.

a) El senador Alberto Espina propone una norma que establezca que las declaraciones no operaran con efecto retroactivo en aquellas gestiones en las que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada;

b) Ante lo anterior, el entonces Subsecretario del Interior, don Jorge Correa Sutil, realiza una duda evidente sobre la proposición del senador Espina: ¿qué pasa con aquellos actos, contratos o negocios sobre los que no ha recaído una sentencia ejecutoriada?;

c) Frente a esta duda, la respuesta de los senadores Hernán Larraín, Rafael Moreno y Enrique Silva Cimma (por separado, el primero de los dos últimos) sorprende, pues el primero considera que esa situación queda cubierta por los principios generales del derecho, que son de “común e indubitada aplicación en nuestro medio”, al tiempo que los senadores Moreno y Silva Cimma, también consideran innecesaria una disposición de este tipo, suponemos que en base a los mismo principios generales del derecho que considera el senador Larraín. El punto es que se deja constancia que la declaración de inconstitucionalidad no tendrá efecto retroactivo.

¿Por qué resulta sorprendente la respuesta?, porque los principios generales del derecho, en nuestro medio, jamás se han aplicado a la invalidación de una ley por inconstitucional, en lo que respecta a los efectos que ha producido, por la simple razón que jamás había existido atribución semejante a tal órgano, los senadores parecen considerar ya resuelta por la experiencia, una cuestión en la que en la experiencia no existe. Por lo demás, el principio en materia de invalidación de las leyes es el inverso al señalado, como veremos cuando revisemos los Tribunales Constitucionales de otras naciones, lo común es la retroactividad de las declaraciones de nulidad, cuestión que se aprecia claramente pues solo cuando la Constitución expresa lo contrario los efectos no son retroactivos. Por otro lado, lo propio de una anulación es que el acto anulado no produzca más efectos y que los efectos que ya provocó sean removidos en la mayor medida posible, que es lo que sucede en cualquier anulación de contratos

en el derecho privado. Finalmente, cualquier principio general que haya sido reconocido en el derecho chileno y cualquier norma sobre efecto retroactivo de una ley, no podría ser aplicable al caso, pues estamos en presencia de una anulación y todas las normas de las que estamos hablando se encuentran dirigidas a una derogación, cuestiones que como veremos, no son equivalentes, independientemente de que puedan homologarse.

Posteriormente, la discusión vuelve a darse en la Cámara de Diputados, en segundo trámite constitucional, en esta ocasión se realizan dos modificaciones a la norma aprobada por el Senado. En primer lugar, se elimina el requisito de que se hayan pronunciado tres sentencias a favor de la inaplicabilidad para que el recurso proceda, reduciéndose la exigencia a solo una sentencia que declare el precepto inaplicable, flexibilizándose de esta forma la aplicación de esta nueva atribución. Además, se modifica la acción de inconstitucionalidad, en cuanto a los sujetos legitimados activamente para impetrarla, extendiéndose de solo aquellos que eran parte en el recurso de inaplicabilidad a una acción pública, recogiendo a lo menos aquí, el espíritu diverso que poseen ambas acciones, pues si en la inaplicabilidad el interés es meramente particular, de quien promueve el incidente, en el caso de la inconstitucionalidad, la situación cambia, para que toda la sociedad pueda, legítimamente, estar interesada en promover una acción tendiente a lograr que una norma inconstitucional pierda su vigencia. Por ello, es razonable que cualquiera pueda intentar la acción, pues el criterio de legitimidad activa en esta materia es ser miembro de la nación a la cual dicha ley se aplica.

En segundo lugar, se discute lo referido a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. En esta discusión, nos parece relevante destacar la opinión del fallecido diputado Juan Bustos, quien expresa que es conveniente establecer un recurso de inconstitucionalidad “en que la disposición quede erga omnes como tal y, por lo tanto, inválida jurídicamente.” Todo mundo sabe la calidad de jurista de Juan

Bustos, y no es dable pensar que utilizara los términos con ligereza, entonces, si nos fijamos bien en sus palabras podemos notar que, sin referirse a principios generales, habla de una declaración erga omnes “como tal” y que por quedar la declaración erga omnes como tal, la norma habrá de quedar invalidada, no derogada. Es dable pensar que el diputado Bustos estaba pensando en una derogación con los efectos propios de una invalidación, es decir, que se considere a la norma como si jamás hubiese existido. El uso de los términos “como tal” podría implicar remover los efectos no solo a futuro e instaurar así efectos retroactivos, para que la declaración de inconstitucionalidad opere como una invalidación y no como otra cosa.

Finalmente, el segundo informe de reforma constitucional despachado por la Cámara de Diputados señala, en la parte que nos interesa, lo siguiente: “art. 82, N° 7: (son facultades del Tribunal Constitucional)...decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el número anterior (el número anterior se refiere al recurso de inaplicabilidad). El Tribunal conocerá de 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”⁵³. Posteriormente, en un informe complementario de la comisión, se propone modificar el quórum para declarar la inconstitucionalidad, pasando de los dos tercios, a los cuatro quintos de los miembros en ejercicio.

En definitiva, y volviendo sobre las opiniones del diputado Bustos, dichas ideas parecen haber sido recogidas por la Cámara de Diputados, pues se aprobó que las normas quedarían sin efecto “de pleno derecho”. Estas palabras implican muchas más consecuencias que una declaración sin efecto retroactivo, demás está decirlo, pues las palabras “de pleno derecho”, suelen implicar que las sentencias que recaen sobre

⁵³“Ibíd., p. 334.

cualquier asunto, no se entienden constitutivas, sino que declarativas. En materia de vicios de algún acto, se entiende que el acto no produce efectos desde el momento en que ocurre el vicio y que, aún más, la sentencia solo declara que existe un vicio, pues el acto nunca produjo efectos. Si consideramos que en materia de inconstitucionalidad, el vicio que afecta a la ley es la contradicción con la Constitución, el que la norma quede sin efecto de pleno derecho, implica que la sentencia del Tribunal Constitucional debe remover los efectos que se produjeron mientras no se había dado la declaración, pues se entiende que desde el principio la norma no operó del mismo modo que una norma constitucional.

Sin embargo, con posterioridad a lo señalado anteriormente, la comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, insistiría en que la declaración del Tribunal Constitucional no produzca efectos retroactivos, es decir, que se considera necesario que la norma establezca expresamente que no habrá efecto retroactivo. Esto quizás se debe a que la norma aprobada por la Cámara de Diputados deja en claro una posibilidad de aplicar efectos retroactivos a las sentencias del Tribunal Constitucional, por esta razón, la comisión hace presente al Presidente que esta es una materia que debería considerar en un posible veto a la ley de reforma constitucional.

La solicitud encontró eco en el ejecutivo, pues el Presidente formuló uno, entre otros 24 vetos efectuados respecto del proyecto de reforma constitucional, en donde se incluía la modificación a la norma que estamos estudiando, estableciéndose que esta no tendría efectos retroactivos. Dicho veto fue aprobado sin discusión y por unanimidad, en primer lugar, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara Alta, por parte de los senadores Espina, Fernández, Larraín y Zaldívar, y posteriormente, también por unanimidad en el Senado y en la Cámara de Diputados. Sin embargo, este veto presidencial fue más allá, haciéndose ver que la

sentencia del Tribunal Constitucional no podía tener efectos retroactivos, pues se entendía que dicha sentencia tiene un carácter “derogatorio”.

Esto abre la discusión en un segundo o tercer frente porque, además de discutir sobre si es mejor una inconstitucionalidad con efecto retroactivo o sin dicho efecto, o de cuán flexible debe ser la norma acerca del efecto de la sentencia, y más allá de la opción que se tome, se suma una discusión acerca del papel del Tribunal Constitucional y la coherencia del sistema, pues no resulta lógico que el Tribunal Constitucional derogue normas, básicamente porque en los hechos, lo que hace es quitar vigencia a una norma por su contradicción con la Constitución y eso no es derogar normas, sino invalidarlas. De esta forma, los ciudadanos chilenos no gozan de los efectos propios de una invalidación por inconstitucionalidad. Este y otros problemas los comentamos a continuación.

4.3. Problemas de la Norma.

Ahora bien, las complejidades que implica la declaración de inconstitucionalidad son múltiples y siempre están presentes, en este caso hay varias, derivadas principalmente de la técnica legislativa utilizada por regular los efectos de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad en el tiempo, principalmente en lo que se refiere a los efectos hacia el pasado, pues varios de los términos ahí utilizados resultan complicados y su análisis relevante.

En primer término, se utiliza la expresión “se entenderá derogada”, para referirse al destino de la ley una vez que haya sido declarada la inconstitucionalidad y publicada la sentencia en el diario oficial. Lógicamente se presentan varios problemas; la derogación es una operación que tiene un correlato, la promulgación, por lo mismo

solo puede ser realizada, lógicamente, por el órgano que realiza la promulgación correlativa, y en este caso no estamos en presencia de una derogación realizada por el parlamento, sino que ante una declaración judicial, razón por la cual el uso del término es desde ya, algo impropio. Esto trae consecuencias, por ejemplo en el ámbito penal; el principio pro reo establece que las personas no pueden ser condenadas sino por la ley vigente al momento del hecho, salvo que exista una ley más favorable, ¿Qué sucede en caso de la declaración de inconstitucionalidad de una ley penal con aquellos que están siendo juzgados?, la cuestión no es simple pues como lo hace ver Gómez “lo cual (la no aplicación de una ley penal inconstitucional) requiere de una ley; es decir, de una decisión del parlamento. Podría decirse entonces que el TC no puede favorecer a los condenados.”⁵⁴ El Tribunal no puede favorecer a los condenados porque no promulga leyes, pero en concordancia, no podría derogarlas tampoco.

Otro punto conflictivo está dado por el establecimiento de que las declaraciones de inconstitucionalidad no producirán efectos retroactivos, lo que da problemas con los efectos de normas inconstitucionales, que ya están fuera del sistema, y que perviven incluso más allá de las propias normas que les dieron origen, cuestión que, a lo menos, resulta discutible, sobre todo si consideramos que muchas veces los efectos son gravosos a la ciudadanía; imposición de cargas tributarias, obligaciones civiles o de otro tipo, responsabilidades administrativas o penales, etc. Si la ley es inválida, ¿Por qué sus efectos deben seguir siendo soportados por los ciudadanos? Del mismo modo, hay situaciones aún más complejas, como la de aquellos condenados por leyes que luego fueron declaradas inconstitucionales. Por último, persiste siempre el problema lógico, pues cuando las normas pierden su vigencia por ser contrarias a una norma superior, no es posible que sus efectos se mantengan, pues la norma jamás debió existir, es como si los efectos derivados de un contrato con objeto ilícito se mantuvieran una vez que el contrato ha sido declarado nulo.

⁵⁴Gómez. Gastón. Óp. Cit. 683.

Para resolver estos problemas, analizaremos de manera pormenorizada el contenido del concepto “derogación”, para fijar las características que le son propias y poder dotar de contenido a las disposiciones que hemos venido mencionando, estableciendo un uso propio de los términos y la forma en cómo puede ser utilizado este término en el contexto que lo utiliza la Constitución. Realizado esto, estaremos en condiciones de dar una opinión fundada acerca de lo que significa el que las leyes que el Tribunal Constitucional chileno declara inconstitucionales se “entiendan derogadas” y de las implicancias de que dichas declaraciones no tengan efecto retroactivo.

5. Examen del Concepto “Derogación”.

Pues bien, ahora nos referiremos al concepto de derogación, qué significa y las implicancias que tiene, considerando la diversidad de casos que pueden presentarse a propósito de esta institución. El examen de la derogación se hará de la manera siguiente; en primer lugar, se dibujará un marco de conceptos sobre el que se base una explicación de la derogación, este marco conceptual se realizará a partir del esclarecimiento de elementos básicos y una descripción del modo general de operación de la derogación, basada en la descripción kelseniana del sistema jurídico.

Luego, realizaremos un análisis de las normas derogatorias y de los casos en que estas normas se presentan, estableciendo las características que en cada caso dan una especificidad característica a cada uno de los escenarios posibles, marcando los casos que resultan más problemáticos y los que resultan más esclarecedores. Finalmente, con toda esta conceptualización ordenada, estaremos en condiciones de realizar algunos comentarios acerca de la forma en cómo podría entenderse la palabra “derogación”, en el contexto de la actividad desarrollada por el Tribunal Constitucional.

5.1. Marco Conceptual.

5.1.1. Invalidación y Otros Conceptos Básicos.

Para comenzar, separaremos aguas respecto de algunos conceptos que se entrecruzan al momento de hablar de la vigencia de las normas y de las formas en como esta vigencia llega a su fin. En primer lugar, clarificar que las normas pierden su vigencia de diversos modos, no siendo todos los términos equivalentes, y, por lo mismo, no siendo irrelevante la palabra utilizada al efecto.

La primera forma de pérdida de la vigencia es la invalidación de las normas. Esta tiene lugar cuando un órgano, que cuenta con las facultades necesarias, declara que una norma es inválida y que, por ello, pierde su vigencia, por ser contraria a una norma de rango jerárquico superior, sea materialmente (en cuanto al contenido de la norma), sea formalmente (respecto de los procedimientos que resultaban necesarios para elaborar y aprobar la norma respectiva).

Luego, existe otra forma de pérdida de vigencia, que se distingue de la derogación, hablamos de la abolición de las normas⁵⁵, la diferencia entre uno y otro término radica en que, mientras la derogación se refiere a la pérdida de vigencia de solo una norma o de grupos de normas, la abolición se refiere a la eliminación completa de una institución, la cual, evidentemente, puede estar formada por solo una norma, pero también por un grupos de ellas, las que eventualmente, podrían no tener conexión entre ellas, más allá de normar diversos aspectos de esta institución. Por ejemplo, si se aboliera la pena de muerte, esto no solo afecta a las normas del código penal que prescriben la pena de muerte a determinados delitos, sino que la pérdida de vigencia de todas las normas que se refieran a ella; normas que establezcan su forma de aplicación, leyes especiales que la consideren, incluso, deberían eliminarse partes de la Constitución que consideren la posibilidad de aplicarla o establecerla.

Es decir, los efectos de la abolición de las normas son mucho más profundos que los efectos de una derogación, pues no son limitados por derechos adquiridos ni por principios de irretroactividad, ya que la abolición implica un rechazo profundo de una determinada institución, no dándose espacio a tolerar situaciones que hagan pervivir a dicha institución o a los efectos de la misma. Así, por ejemplo, al momento de

⁵⁵ La diferencia se consigna, de forma esquemática y resumida en; SQUELLA, Agustín. "Introducción al Derecho", Editorial Jurídica de Chile, páginas 238 y siguientes.

abolir la esclavitud, no resulta aceptable que, en base a las teorías de los derechos adquiridos o de la irretroactividad de la ley, los propietarios de esclavos mantengan su derechos sobre quienes eran esclavos antes de que se aboliera con la institución, pues no estamos en presencia de la derogación de una norma que permite la tenencia de esclavos, sino que ante la desaparición total de la institución, y de los efectos que ella produce en el sistema jurídico.

Una tercera forma de pérdida de vigencia de las normas es por el desuso, en términos simples, las normas dejan de estar vigentes por el solo hecho de que no son aplicadas, esta forma es el llamado “desuetudo”. Puede considerarse como parte de la costumbre jurídica, siendo una variable negativa de la misma, tal como Kelsen la examina en la “Teoría Pura del Derecho”, expresando que “La desuetudo es una suerte de costumbre negativa, cuya función esencial reside en eliminar la validez de una norma existente. Si la costumbre, en general, es un hecho productor de Derecho, entonces también el Derecho escrito puede ser derogado por un derecho consuetudinario.”⁵⁶ Ahora bien, Kelsen expresa que el desuetudo es una forma de derogación que realiza la costumbre, una especie del género derogación, aunque debemos entender que sería una forma muy especial de derogación, pues la norma derogatoria no está escrita y no hay contradicción entre dos textos normativos.

Ahora bien, puede formularse también una desuetudo independiente de la costumbre, no siendo (conceptualmente) la primera parte de la segunda. De esta forma, no es la costumbre, en tanto productora de derecho, la que termina con la vigencia de una norma, sino que su simple desuso, que conlleva pérdida de eficacia, condición necesaria para que una norma tenga validez. Este esquema es desarrollado por el mismo Kelsen, en sus escritos posteriores a la segunda edición de la “Teoría

⁵⁶KELSEN, Hans. “Teoría Pura del Derecho”, Trad. Roberto Vernengo. Edición, UNAM, México, 1982. p. 224.

Pura del Derecho”, al respecto explica Aguiló que para Kelsen después de 1960; “(...) los casos de desobediencia e inaplicación generales de una norma quedan fuera de la costumbre, y la pérdida de validez de la norma ineficaz no se produce por el efecto derogatorio de otra norma creada consuetudinariamente. Luego, la pérdida de validez de la norma ineficaz queda fuera también de la derogación.”⁵⁷

Sea que se vea a la desuetudo como modalidad negativa de la costumbre, sea que se la vea como fenómeno independiente, los efectos son siempre los mismos, una norma pierde su vigencia por el desuso que se hace de ella, el hecho de que las personas no apliquen las normas hacen que estas terminen saliendo del sistema jurídico, siendo la inaplicación, una modalidad de término de la vigencia de las normas, que podría aplicarse de modo general, pues cualquier norma puede caer en desuso, sin importar la jerarquía que esta tenga.

Finalmente, se puede poner fin a la vigencia de una norma por medio de la derogación de la misma. Esta tiene lugar cuando una norma deja sin efecto a otra, debiendo la primera ser de la misma o mayor jerarquía que la segunda, por ejemplo, una ley puede ser dejada sin efecto por otra ley o por la Constitución, pero no por un decreto. Como consecuencia de ello, el órgano que realiza el acto derogatorio debe, o ser el mismo que dictó la norma derogada o bien, tener competencias para dictar normas de mayor jerarquía, ya que no es concebible que un órgano que dicta normas de rango inferior deje sin efecto normas de rango superior a las que él mismo puede dictar, pues las normas superiores no tendrían poder de condicionar la aplicación de las normas inferiores, perdiendo, en los hechos, su fuerza obligatoria.

⁵⁷ AGUILO, Josep. “Sobre la Derogación”, Distribuciones Fontamara S.A. México D.F. 1995. p. 41.

La derogación toma diversas formas y modalidades, existiendo algunas más problemáticas que otras, caso especialmente delicado es el de la derogación tácita, en donde las implicancias de considerarlo derogación pueden ser contra sistémicas en alto grado. Pero no hemos de adelantarnos, primero debemos considerar la forma de operar de la derogación en general, para luego especificar. Como camino a lo anterior, consideraremos las ideas de Kelsen, acerca de la operación de la derogación.

5.1.2. Nulidad, Invalidez y Anulación en el Derecho Público. ⁵⁸.

A continuación, efectuaremos un análisis referido al concepto de invalidación, en el contexto de los artículos 53 y siguientes de la ley N° 18.880, sobre “Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado” (en adelante, “LPA”), poniendo énfasis en determinar la procedencia de la utilización del término “invalidación”, en base al concepto clásico de nulidad utilizado en el derecho privado.

Partamos por señalar lo que indica el mencionado art. 53 de la LPA. En dicha norma se consagra la posibilidad de invalidar los actos administrativos, por parte de la Administración, en los siguientes términos: “La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto”.

⁵⁸ Hacemos presente que en la primera parte de este subapartado de nuestro trabajo, nos hemos basado en el siguiente texto del profesor de Derecho Administrativo, don Iván Aróstica Maldonado: “La Intangibilidad de los Actos Administrativos Favorables, Como Límite a la Revocación e Invalidación de Oficio”, el cual forma parte del libro: “Ley N° 18.880 Sobre Procedimientos Administrativos (Conferencias)”. U. Santo Tomás, año 2003.

De la sola lectura de este artículo, da la impresión que la posibilidad que tiene la Administración de echar pie atrás en sus propias decisiones, sería enorme y sin contrapeso alguno. Sin embargo, ya la doctrina administrativista no tardó mucho en señalar que dicha facultad debía ejercerse bajo ciertos límites; en primer lugar, tal “revocación” no podía ser ejercida por cuestiones de solo mérito o conveniencia, sino que requería una justificación legal de mayor peso; y en segundo lugar, la Administración debía abstenerse del ejercicio de dicha potestad, cuando de la aplicación del acto administrativo que se pretende invalidar, hubieren resultado derechos adquiridos de buena fe por terceros (entendiéndose que, al ser la invalidación un acto unilateral de la Administración, todos los administrados entran en la calificación de “terceros”). A mayor abundamiento, la propia jurisprudencia nacional se inclina por matizar de esta forma la aplicación del art. 53 de la ley N° 18.880. En este sentido, se señala por parte del profesor de Derecho Administrativo, don Iván Aróstica Maldonado que: “... (todos estos fallos) giran en torno a la misma idea central, la autoridad emisora de un acto administrativo favorable no puede invalidarlo, por motivos de supuesta ilegalidad, si es que en su dictación no ha mediado engaño imputable al interesado”⁵⁹.

Sin embargo, algunos fallos han ido incluso más allá, señalando que aún en los casos en que sea posible acreditar la mala fe del administrado (recordemos que la buena fe se presume, de acuerdo a lo señalado en el artículo 707 del Código Civil), la “invalidación” como institución jurídica, es una materia de exclusiva reserva de los tribunales de justicia, y que por tanto, a la Administración le estaría vedado el uso de dicha facultad, respecto de los actos administrativos que ella misma ha dictado. En apoyo de esta idea, se sostiene que en caso de existir un conflicto entre la Administración y el administrado, respecto de la validez o invalidez de determinado

⁵⁹Aróstica Maldonado, Iván: “La Intangibilidad de los Actos Administrativos Favorables, Como Límite a la Revocación e Invalidación de Oficio”, el cual forma parte del libro: “Ley N° 18.880 Sobre Procedimientos Administrativos (Conferencias)”, del U. Santo Tomás, año 2003. p. 69.

acto administrativo, “la resolución (de dicho conflicto), es de resorte exclusivo de los tribunales del poder judicial, únicos habilitados por la carta fundamental (en los términos del art. 73 de la Constitución Política) para declarar, si es del caso, la nulidad *ab initio* de tales actos administrativos y el consiguiente hecho de que el particular que obró dolosamente nunca fue, en verdad, titular del derecho de que se trata”⁶⁰.

En apoyo a los argumentos ya señalados, es válido conjugar el mencionado art. 53, con lo indicado por el art. 52 de la misma LPA, el cual se refiere a la retroactividad de los actos administrativos, y lo hace en los siguientes términos: “Los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros”. De esta forma, leyendo este artículo *a contrario sensu*, resulta pacífico concluir que dicho precepto consagra la irretroactividad de los actos administrativos, cuando estos lesionan derechos legítimamente adquiridos por terceros de buena fe.

Hechas ya las explicaciones precedentes, solo nos resta señalar algunos aspectos referidos al concepto clásico de nulidad en el marco del derecho privado, en especial en lo que dice relación con los efectos de la nulidad judicialmente declarada, respecto de quienes ostentan la calidad de terceros en relación al acto declarado nulo. Partamos por señalar la regla general en esta materia, la que se encuentra establecida en el art. 1689 del Código Civil, donde se señala lo siguiente: “La nulidad judicialmente declarada, da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales”. Pues bien, dentro de estas excepciones legales, se incluye precisamente a quien estaba de buena fe en posesión de la cosa. Por otro lado, se sabe que el efecto propio de la nulidad en materia civil, es el retrotraer las cosas al estado que se encontraban antes de la celebración del acto jurídico que fue declarado nulo, esto claro, respecto de las partes, mas respecto de los terceros (o los

⁶⁰Ibíd., p. 73.

“administrados”, en el tema que estamos analizando) se debe distinguir si éstos se encontraban de buena o mala fe, afectándole la nulidad solo a estos últimos.

De esta forma, es que a nuestro juicio quedan de manifiesto algunas semejanzas que existen en el tratamiento de la institución de la “nulidad”, entre el derecho privado y la “invalidación”, como concepto propio introducido por la ley N° 18.880, las cuales se reducen a la posibilidad de retrotraer los efectos del acto nulo, con la gran excepción de que los terceros de buena fe no han de ser alcanzados por los efectos de la nulidad. Sin embargo, es nuestra firme convicción el considerar que la “nulidad” como tal y la “invalidación” como su efecto natural, son instituciones de resorte exclusivo de los tribunales de justicia, así como la derogación lo es del legislador, por lo tanto, mal podríamos decir que, en el contexto de la ley N° 18.880, le es lícito a la Administración “invalidar” sus propios actos ya que, lo que ocurre en estos casos, es mucho más parecido a una revocación, y, como todos sabemos, en derecho las cosas son lo que son, y no lo que se dice de ellas. Por lo tanto, y en suma, sería razonable considerar una eventual reforma legal donde se establezca que lo que realmente puede hacer la Administración en determinados supuestos, es “revocar”, pero de ninguna forma “invalidar” sus propios actos.

Por otro lado, y en cuanto a la denominada “Nulidad de Derecho Público”⁶¹, podemos señalar que a grandes rasgos que, esta puede ser entendida como una sanción propia del derecho público, que opera respecto de aquellos actos realizados por órganos del Estado, en donde al Juez Civil le corresponde la misión de constatar o

⁶¹Respecto de la nulidad de derecho público, nos hemos apoyado en el siguiente texto del Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Chile, don Rodrigo Díaz de Valdés Balbontín: “Improcedencia de la Acción de Nulidad de Derecho Público Respecto de Actos Jurisdiccionales”. Texto extraído de Internet.

declarar la nulidad *ipso iure* que habrá de afectar a dichos actos administrativos por el hecho de haber vulnerado estos, el principio de juridicidad o de legalidad, que se encuentran consagrado en los art. 6° y 7° de la Constitución Política de la República⁶². De esta forma, y por la redacción de la parte final del art. 7° de la Carta Fundamental, queda claro que cualquier acto que contravenga los principios ya señalados, será nulo o, a lo menos anulable de derecho público.

En este sentido, ha quedado asentado por parte de la doctrina que, cuáles los requisitos (alternativos) para la procedencia de la acción de nulidad de derecho público, y son los siguientes:

- a) Que el órgano del Estado que ha dictado el acto, carezca de investidura formal;
- b) Que haya actuado fuera de sus competencias legales o;
- c) Que no haya respetado las formalidades establecidas en la ley.

Respecto de él o los sujetos legitimados activamente para impetrar la acción, es cualquier persona que sea lesionada en sus derechos o en alguna situación jurídica protegidas, por actos irregulares emanados de la Administración del Estado. Además, podemos señalar que esta acción posee como sellos distintivos, los caracteres de insubsanable e imprescriptible. Finalmente, y por el hecho de operar esta nulidad *ipso*

⁶²Art. 6° de la Constitución: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”. Art. 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”.

iure, se ha de entender que todas las situaciones acaecidas bajo el amparo del acto nulo deberán ser retrotraídas al estado anterior en que se encontraban, con lo cual no hacemos más que encontrarnos con los efectos propios de la nulidad de derecho privado judicialmente declarada.

Por último, señalar que la anulación debe ser entendida como el efecto natural de la nulidad judicialmente declarada y, dejando aparte la discusión sobre si el Estado puede efectivamente “Invalidar” sus propios actos, lo que nos interesa dejar en claro en esta parte de nuestro trabajo y sin ánimo de ser majaderos, es que en derecho las cosas siempre son lo que son, y no lo que se dice de ellas. Lo anterior, en relación al tema central de nuestro trabajo cual es, el lenguaje impropio (a nuestro juicio) que ha utilizado el constituyente, al referirse a “derogar”, cuando en los hechos, lo que se da es una “invalidación ad-hoc o sui generis respecto de normas inconstitucionales.

5.2. Esquema General de la Derogación.

Para Kelsen, la derogación consiste en la eliminación de la validez de una norma por otra, sabemos que en el esquema kelseniano el derecho es, fundamentalmente, un conjunto de normas. De esta forma, el autor escribe: “Así como una norma jurídica puede limitar el dominio de validez de otra, también puede eliminar completamente la validez de otra. También esas normas derogatorias son normas no independientes, que solo pueden ser entendidas conjuntamente con otras que constituyen actos coactivos”⁶³. Sabemos que en el esquema kelseniano el derecho es, fundamentalmente, un conjunto de normas, así como también sabemos que la validez de la normas, en la teoría de Kelsen, constituyen su existencia específica, por lo tanto, la eliminación de la validez de una norma por otra significa la eliminación de la existencia de la norma derogada.

⁶³ KELSEN, Hans. Óp.Cit. p. 68.

Como el autor lo afirma en la cita, las normas derogatorias son normas no independientes. En la teoría kelseniana, las normas deben constituir actos coactivos para ser, realmente, normas jurídicas. Sin embargo, ante la evidencia de que existen normas que no estatuyen actos coactivos, Kelsen desarrolla la idea de normas independientes y normas no independientes. Las primeras son aquellas que constituyen actos coactivos, razón por la cual son normas, propiamente jurídicas, por sí solas. Mientras que las normas no independientes, son aquellas que no constituyen actos coactivos, motivo por el cual, necesitan estar en relación con una norma que sí lo haga, para obtener una naturaleza jurídica. De esta forma, las normas derogatorias serían normas no independientes, pues necesitan relacionarse con otra norma, que estatuya un acto coactivo, para ser realmente jurídica.

Esta forma de entender la derogación responde a la eliminación de una norma por otra norma, de forma intencional y expresa. Pero existen casos que no son tan claros como este, en donde no existe una norma que manifieste, expresamente, que su intención es derogar a otra norma. Estos casos fueron y serán tratados en diferentes partes de este trabajo, por lo que aquí solo se los mencionará y definirá de modo general.

El primero de ellos es el desuetudo. Ya hemos hablado de esta forma de dejar sin efecto una norma, por lo que ahora basta con expresar algunas ideas de Kelsen al respecto. Como afirma Aguiló "(...) Kelsen sostiene que entre validez y eficacia se da una cierta relación: "la eficacia es condición de la validez (de la conservación de la validez) en la medida en que la eficacia debe aparecer para que la norma no pierda su validez". Es decir, la validez y la eficacia son conceptualmente distintas y además no coinciden en el tiempo (una norma puede ser válida antes de que haya podido llegar a

ser eficaz), pero la segunda se configura como condición de conservación de la primera.”⁶⁴

En un primer momento, Kelsen plantea que la pérdida de validez, mediante la pérdida de eficacia, dado la relación de condicionalidad que existe entre ambas, es una especie del género derogación, pues la desuetudo es una variante negativa de la costumbre jurídica, siendo entonces un caso de derogación de una norma por otra. Luego, Kelsen cambia su postura, tal como lo hemos mencionado, afirmando que la costumbre no puede derogar al derecho escrito, haciendo de la desuetudo, un concepto independiente, una forma de pérdida de la validez, motivada por la pérdida de eficacia, pero que no es una forma de derogación propiamente tal. Las consecuencias en uno y otro caso son las mismas, pero la idea a rescatar es que, en el segundo planteamiento de Kelsen, el desuetudo no es considerado como una forma de derogación, cerrando el círculo solo a supuestos dados entre normas escritas.

El segundo caso problemático, es el de la derogación tácita. Es un problema del que hablaremos en profundidad luego, y que aquí solo mencionaremos, pues para Kelsen el caso se soluciona fácil, posiblemente porque no considera todas las implicancias de la institución. Se entiende la derogación tácita, como aquella situación en que una norma, posterior en el tiempo, prescribe un contenido que resulta incompatible con el contenido de otra norma, que es anterior temporalmente hablando. No existe una deliberada voluntad de quitar la validez a una norma determinada, de hecho, no se sabe cuántas normas podrían quedar derogadas, pues las posibilidades de contradicción en el contenido de las normas pueden ser más grandes que las que se tuvieron en mente al momento de generar la nueva norma.

⁶⁴AGUILO, Josep. Óp. Cit. p. 20.

Ahora bien, para Kelsen el problema es más bien sencillo, en la “Teoría Pura del Derecho”, simplemente se expresa que, cuando dos normas sean contradictorias y hayan sido dictadas en momentos diferentes, entonces debe entenderse derogada la que ha sido dictada primero, en virtud del principio *lex posterior derogat priori*. En las palabras del propio Kelsen: “la validez de la norma posteriormente promulgada suprime la validez de la norma anterior que la contradice, según el principio *lex posterior derogat priori*”⁶⁵. Con posterioridad a 1960, Kelsen ahonda en estas ideas, profundizándolas. Afirma, de este modo, que el principio de la *lex posterior*, es una norma positiva, siendo la derogación una función que estaría derivando de dicha norma, no habiendo derogación por efecto de las normas que están en conflicto, sino que por esta “nueva” norma, que es la que, en definitiva, tiene como efecto la derogación.

Ahora bien, en cuanto a la “validez” de las normas, Kelsen parte afirmando que, decir que existen leyes válidas inconstitucionales es una contradicción en los términos, pues solo las leyes fundadas en la Constitución son válidas, al mismo tiempo, no es posible hablar de leyes inválidas inconstitucionales, pues una ley inválida no es una ley. De este modo, ante la imposibilidad conceptual de hablar de forma propiamente jurídica de una “norma inconstitucional”, Kelsen establece que, al referirse a inconstitucionalidad solo puede querer decir que existe una norma que puede ser derogada, no solo por el procedimiento acostumbrado, sino que además por un procedimiento especial, y que “Mientras no sea derogada, tiene que ser considerada válida, y mientras sea válida, no puede ser inconstitucional.”⁶⁶

Este procedimiento especial de derogación puede darse de dos formas. En primer lugar, puede no encargársele a ningún órgano especial, quedando la facultad en

⁶⁵ KELSEN, Hans. Óp.Cit. p. 32.

⁶⁶Ibíd. p. 277.

el legislador, las consecuencias de esto son sorprendentes, pues según afirma el autor, todo lo que el órgano legislativo emita como ley, debe valer en tanto tal, siendo plenamente válida, quedando siempre la posibilidad de que la norma se derogue, pero sin que la obligatoriedad de la ley disminuya en lo más mínimo. Se estructura así la fórmula de la cláusula alternativa tácita, en donde se entiende que el ordenamiento da al legislador la opción, plenamente válida, de dictar normas que entren en contradicción material con las disposiciones de las normas jerárquicamente superiores, misma posibilidad tendrían los tribunales superiores, cuyas sentencias no pueden ser atacadas por recurso alguno. En pos de lograr una coercitividad, dentro de la sociedad, y ante la imposibilidad de explicar porque producen efectos normas que no deberían ser parte del sistema jurídico, por su contradicción con las normas superiores, Kelsen elabora una teoría que resulta, evidentemente, contraproducente, ya que termina liberando a los legisladores, y a ciertos tribunales, de la obligación de seguir las normas que los rigen, perdiéndose la coercitividad de las normas, si bien no en la sociedad, si dentro del propio sistema, no teniendo las normas fuerza obligatoria real y desarmándose la pirámide normativa.

La otra forma que puede darse a este sistema especial de derogación es el encargarle la tarea de derogar normas que estén en contradicción con la Constitución, a un órgano especialmente diseñado para ello. Este órgano puede ser un tribunal especial, como el Tribunal Constitucional, un tribunal supremo, una sala de un tribunal supremo, etc. En este caso, las normas son, a lo más, anulables, debiendo ser aplicadas mientras éstas no sean derogadas por el órgano especial encargado de ello, y aún en ese momento, subsiste la cláusula alternativa tácita, pues dicho órgano siempre tiene la posibilidad de tomar una decisión que vaya en contra de la Constitución, haciendo subsistir una norma inconstitucional. Mientras este procedimiento especial de derogación no tenga lugar, las normas deben ser aplicadas, pues son plenamente válidas.

Concluyendo entonces, para Kelsen: “(...) el órgano legislativo tiene la opción por dos caminos: el directamente determinado por la constitución, o el que él mismo tenga que establecer [cláusula alternativa]. La diferencia reposa en que las leyes producidas por la segunda vía son, ciertamente válidas, pero derogables mediante un procedimiento especial.”⁶⁷ Ya hemos hecho notar las consecuencias que estas ideas tienen en la teoría de Kelsen, pero la conclusión es que, dentro del pensamiento de este autor, el proceso de anulación no es más que una especie dentro del género de la derogación, siendo un procedimiento derogatorio especial. Estas ideas no cambien fundamentalmente después en los escritos posteriores a la “Teoría Pura del Derecho”, simplemente son reformulados, manteniéndose las ideas originales en su esencia.

De esta forma, para Kelsen, la derogación es la pérdida de validez, y por ende, de existencia de una norma, producida por lo dispuesto en otra. Ahora, qué casos caben o no dentro del concepto de derogación, dependerá, de si se da el supuesto básico. Así, mientras el desuetudo se consideró parte de la costumbre, en tanto esta produce derecho, se incorporó este caso en la derogación, cuando el desuetudo dejó de ser considerado como costumbre, entonces se dejó de hablar de derogación. El caso de la derogación tácita resulta más sencillo, pues solo puede darse cuando existen dos normas escritas, cuestión que, evidentemente, debe ser reconducida al concepto de derogación, pero, como veremos a continuación, la cuestión no es tan sencilla. Finalmente, en el caso de la declaración de nulidad, Kelsen expresa que estamos ante un caso de derogación por medio de un procedimiento especial, claro que estos planteamientos entran en contradicción con el resto de su teoría, en los términos que acabamos de expresar en los párrafos anteriores.

5.3. Consideraciones Especiales.

⁶⁷Ibíd. p. 280.

En este punto ya tenemos un panorama bastante completo de las bases sobre las que se asienta el sistema institucional de la derogación. Sabemos los aquellos conceptos básicos que, estando cerca, se diferencian al mismo tiempo, y la forma general en que opera la institución, considerando los puntos de vista positivistas en diversas situaciones que resultan problemáticas y, desde el punto de vista de su incorporación como parte de la derogación de normas.

Ahora realizaremos un análisis más detenido de la derogación, introduciéndonos en casos más específicos, de normas derogatorias y situaciones de derogación, que no siempre responden a un parámetro simple de ordenación, generalmente dado por el criterio binario de derogación expresa-derogación tácita, que no da cuenta de la diversidad de situaciones a las que es posible enfrentarse. Además, consideraremos el estudio más profundo de dos situaciones que merecen atención; el de la derogación tácita, la que generalmente es considerada diferente a la derogación expresa solo en cuestiones de forma, pero cuya situación entraña diversos problemas, y, en segundo lugar analizaremos la denominada “derogación orgánica”.

Por otro lado, veremos la posibilidad de existencia de “indeterminaciones lógicas del sistema de normas”, que puede ser producido por la derogación de una norma. Esto resulta de importancia en el análisis, ya que uno de los argumentos para que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad sean similares a los de la derogación y no a los de la invalidación, es que los primeros evitan problemas de certeza jurídica, así, pretendemos mostrar como dichos problemas pueden darse también en los casos de derogación de normas jurídicas, produciendo vacíos que se han de llenar sin tener textos que den certeza acerca de la solución final.

5.3.1. Diferentes Escenarios de la Derogación.

Come hemos expresado, los supuestos de derogación pueden ser variados. En este apartado examinaremos las diversas posibilidades a las que podemos enfrentarnos y las implicancias que traen aparejadas las diversas situaciones.

5.3.1.1. Derogación Expresa.

Es quizá el supuesto más sencillo, en este caso una norma establece que otra, individualizada exactamente, quedará sin vigencia a partir de un determinado momento, a partir de este momento, el texto de la norma derogada dejará de producir efectos jurídicos, subsistiendo los efectos que ya han sido producidos, pues se entiende que solo se rechaza la norma hacia el futuro, por criterios de conveniencia que se tienen a la vista solo al tiempo de derogar la norma, no siendo estos aplicables a los casos anteriores.

La forma más conocida, y la primera que se considera cuando nos representamos en caso de derogación expresa, es la de una norma que establece, simplemente, que otra quedará derogada. Así, el caso típico de derogación expresa se da cuando la norma “X” deroga a la norma Y, siguiéndose este esquema; “queda derogada la norma “Y”. Puede incluirse en esta formulación una disposición adicional, que complementa a la derogación, por ejemplo, una condicionalidad en el tiempo en que se derogará la norma “Y”, la que puede quedar sin vigencia en un momento posterior a la promulgación de la norma derogatoria, de esta forma la norma derogatoria puede ser del siguiente tenor: “quedará derogada la norma “Y”, a partir del día Z.” Este es el supuesto en el que se pone el Inciso segundo del Art. 52 del Código Civil, el que establece que la derogación “Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga a la antigua.”

Pero, como expresa Antonio Bascuñán, hay casos en que el esquema normativo no se ajusta a esta forma, pero igualmente hay eliminación de una norma por otra, eliminación que se hace en términos expresos, sin que se utilice la palabra “derogación”. De esta forma, cuando una norma sustituye a otra o la modifica, también podemos estar en presencia de una derogación expresa, pues se da el supuesto que expresamos más arriba, una norma establece que otra norma perderá su vigencia. En el caso de la sustitución de una norma por otra, generalmente las palabras utilizadas serán “sustitúyase la norma Y por la norma X” y no “deróguese la norma Y”, pero los efectos, respecto de la norma “Y” serán los mismos en ambos casos, esta quedará sin vigencia por expresa mención de la norma “X”.

En el caso de la modificación, se ordenará que la norma “Y” quede finalmente de un modo diverso al que tenía en un primer momento, por lo cual, hemos de entender, claramente, que la primera formulación de la norma “Y” ha de entenderse derogada. Puede que el número del artículo o de la ley siga siendo el mismo, pero esto solo es formal, ya que el contenido de las normas es diferente, estando el antiguo contenido derogado, en virtud de la expresa mención de la nueva norma. No hablamos de una contradicción entre dos normas con contenidos incompatibles, sino que de una norma que sustituye a otra.

Lo expresado en estos párrafos, lleva a Bascuñán a considerar que: “(...) es claro que también puede haber derogación expresa cuando una ley ordena sustituir una disposición por otra, o modificarla en un determinado sentido.”⁶⁸ Para después

⁶⁸BASCUÑAN RODRIGUEZ, Antonio. “Sobre la Distinción entre Derogación Expresa y Derogación Tácita”, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, 2000. Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. p. 234.

afirmar que; “No es necesaria la explicitación del efecto derogatorio para que la derogación sea expresa.”⁶⁹

5.3.1.2. “Derogación Explícita Innominada”, por razón de Materia.

La denominación de este tipo de derogación es utilizada por Antonio Bascuñán, en el artículo que antes hemos citado. La derogación innominada, se refiere a aquellos casos en que hay derogación, sin que se haga referencia a una norma determinada que quedará sin vigencia (o se la modifique o sustituya), pero estableciendo en términos expresos, que habrá efecto derogatorio, lo que hace incompatible esta forma de derogación con la derogación tácita, en donde la norma posteriormente promulgada no establece efectos respecto de otras normas, sino que estos se producen por la aparición de una antinomia.

Pueden existir dos formas de derogación innominada; por razón de incompatibilidad y por razón de materia. La primera la trataremos en el apartado siguiente. La segunda, tiene lugar cuando se derogan, explícitamente, todas las normas que se refieran a la misma materia que trata la norma derogatoria, aun cuando las normas anteriores no sean incompatibles con la aplicación de la nueva norma, cuestión que aleja, aún más, a este tipo de derogación, de la derogación tácita, que presupone una incompatibilidad. Entonces, como afirma Bascuñán; “El presupuesto de la derogación explícita innominada por razón de materia es exclusivamente la coincidencia de los ámbitos de validez de las normas.”⁷⁰

⁶⁹Ibíd.

⁷⁰Ibíd. p. 253.

Qué normas han de ser derogadas y cuáles conservadas, es una cuestión netamente de interpretación. Pueden existir casos sencillos, en los que evidentemente quepan normas que deben ser derogadas, por ejemplo, si la nueva norma regula las pensiones de alimentos, evidentemente las normas acerca de pensiones existentes quedarán derogadas, aun cuando sean compatibles. Pero existirán casos que no serán tan claros, ya que, en relación a lo que sucede (por ejemplo) con los aspectos procesales del derecho de alimentos, habrá que realizar una interpretación acerca de si la nueva ley se extiende a esta materia, que, evidentemente, está relacionada con la regulación sustantiva de dicho derecho, ya que, a modo de ejemplo, un proceso demasiado extenso afecta el ejercicio eficaz del derecho subjetivo, pudiendo los criterios de interpretación variar de un tribunal a otro, lo que deja en entredicho la fuerza realmente derogatoria de una norma, que no puede asegurar que todos los tribunales entenderán derogadas las mismas disposiciones.

5.3.1.3. Derogación Explícita Innominada por razón de Incompatibilidad.

Este tipo de derogación innominada tiene lugar cuando la nueva norma establece que quedarán derogadas todas las normas que sean incompatibles con la que se está promulgando. Se hace una referencia al efecto derogatorio que la norma debe producir, pero no se establece cual norma del sistema debe quedar derogada. Incluso más, la forma de operar es la misma que tiene la derogación tácita, pero restringida a solo las normas que sean incompatibles con las disposiciones de la nueva norma.

Esta complejidad lleva a la doctrina tradicional, del derecho civil, a realizar complejas y contradictorias operaciones para explicarla y encuadrarla en el esquema binario de derogación expresa-derogación tácita, ejercicio que es descrito por Bascuñán en la siguiente forma "(...) atrapada por su concepción de la derogación

expresa como manifestación explícita de la voluntad legislativa, la doctrina civilista clasifica inicialmente este caso como un caso de derogación expresa. Pero inmediatamente agrega que se trata de una derogación expresa que no “equivale” a la auténtica derogación expresa, sino que “en realidad” más bien equivale a la derogación tácita.”⁷¹ O sea, que es una derogación expresa, pero que equivale a una derogación tácita; es una cosa, pero al mismo tiempo, es otra. Este tipo de razonamientos, por lo general, se consideran contradictorios.

Nos encontramos entonces en torno a una forma de derogación que, compartiría ciertos aspectos de la derogación expresa, como el explicitar el efecto derogatorio, aunque ya hemos dicho que esto no sería necesario para definir a la derogación expresa. Pero que también opera en base al esquema de la derogación tácita, pues se entienden derogadas solo aquellas normas que sean incompatibles con la norma nueva. Se repite aquí, evidentemente, el problema de la interpretación, ya que solo las normas que se entiendan como contradictorias serán derogadas, y este es un criterio que puede variar dependiendo de cada órgano que aplique la norma, obstando a que la norma se entienda como definitivamente sin vigencia.

5.3.1.4. Derogación Orgánica.

Ocupémonos ahora de la derogación orgánica. Este es, quizá, el caso más particular de derogación, pues es una construcción doctrinaria, ya que se da cuando se regula de forma tan completa una materia, que se entiende como correcto entender derogadas todas las normas que se refieran a ella, aun cuando no exista una contradicción entre las normas antiguas y las normas nuevas. Esta forma de derogación, no se encuadra en el esquema de ninguno de los casos que hemos

⁷¹Ibíd. p. 251.

mencionado, puesto que, la nueva norma no expresa ninguna intención derogatoria, mientras que no es necesario constatar una contradicción para derogar una norma.

La verdad es que, los supuestos de derogación orgánica se dan cuando se percibe la intención del legislador de realizar un cambio total en la lógica de la regulación de determinadas materias, por esto, resultaría incorrecto aplicar normas antiguas, en circunstancias que la intención es que la lógica que se encuentra tras esta ha sido rechazada por el legislador, quien ha dictado un cuerpo normativo que acoge otros criterios para dar solución a los problemas que se presenten en la materia respectiva en un tiempo determinado.

Pero esto solo es una construcción doctrinaria, que no encuentra un correlato en normas de interpretación o aplicación de normas del ordenamiento positivo. No existe una norma en el Código Civil (cuando este se refiere a la derogación), que acoja el razonamiento expuesto en el párrafo anterior. Por ello, debemos llegar a la conclusión, de que estamos en presencia de una solución que evita efectos que se perciben como indeseables al momento de evaluar un cambio normativo, como sería el caso de llenar una laguna de la nueva normativa, con normas antiguas, que podrían no entrar en la nueva lógica que el legislador ha plasmado en su nueva regulación. Pero, se esperaría que esta solución se diera con una mayor rigurosidad argumentativa que el simplemente afirmar que “resulta evidente que la regulación nueva tiene la intención de derogar a la antigua”, debiendo darse esta labor argumentativa caso a caso.

En virtud de lo expresado arriba, se puede decir, que resulta imposible generalizar casos en los que tendría aplicación la derogación orgánica. A lo menos, ante un posible caso, debería examinarse la historia de la norma, para comprobar si, de hecho, la intención del legislador fue la de eliminar una lógica normativa del sistema, aunque de ser así, sería extraño que no lo estableciera en la norma. Sin

embargo, un punto deberían tener en común todos los casos de derogación orgánica, a saber, el que la nueva norma sea una norma que regule de forma extensa la materia tocada, de forma que, realmente, pueda argumentarse una intención de cambio profundo en el sistema jurídico a raíz de la nueva normativa introducida.

5.4. El Caso de la Derogación Tácita.

Tal como lo señalamos anteriormente, por la importancia y características de este tipo de derogación, se le ha dedicado un apartado especial dentro de nuestro trabajo:

La derogación tácita se ha entendido desde antiguo incorporada al sistema jurídico, ocurre cuando una norma es privada de vigencia, producto de la dictación de una nueva norma, la que tiene un contenido contradictorio e incompatible con la primera. Cuando esto sucede, se argumenta que la nueva norma debe prevalecer, pues resulta lógico que, para el momento actual, rija la norma que tuvo en consideración las circunstancias, temporalmente, más cercanas y no las más lejanas, lo contrario implicaría regular situaciones que ocurren en un presente, con una normativa que tuvo a la vista circunstancias del pasado.

Esta lógica es explicada por Francisco Suárez, al referirse a la mutabilidad de la ley, expresa que ella puede cambiar de varias formas, entre ellas está porque se ha quitado o porque aparece una segunda ley que hace desaparecer a la primera. De esta forma, expresa; “La segunda parte tiene lugar cuando una ley se quita por la introducción de otra contraria a la primera, por ejemplo en el caso de que se suprimiera el concepto del ayuno imponiendo otro precepto de comer carne o de comer dos veces al día.” Para más adelante concluir; “En ese caso, si los preceptos son contrarios, es

preciso que el uno excluya al otro (aunque no lo diga expresamente), porque a un mismo tiempo no pueden obligar dos leyes contrarias, como es evidente.”⁷²

Desde otra perspectiva, Kelsen se refiere al caso en que existe un conflicto diacrónico de normas del mismo grado, es decir, un conflicto de normas que han sido promulgadas en tiempos diferentes. Cuando esto sucede, se afirma que “(...) la validez de la norma posteriormente promulgada suprime la validez de la norma anterior que la contradice”⁷³, como mencionamos en los primeros apartados de este capítulo, para Kelsen, las normas se entienden derogadas cuando otra norma elimina su validez, entonces, cuando las normas son contradictorias, y han sido dictadas en diferentes momentos, la norma posterior, elimina la validez de la anterior, o sea, la deroga. La idea es la misma que expresaba Suárez, aun cuando los razonamiento son diferentes.

Estas posiciones doctrinarias, aun cuando hablamos de autores muy divergentes (un escolástico del Siglo XVII, y un positivista del siglo XX), resultan concordantes y nos dan certeza de que la solución ante un caso de contradicciones de normas del mismo grado, dictadas en tiempos diferentes, constituye un caso de derogación. Llegamos entonces a la consagración positiva de la derogación tácita, la que está contemplada en el Art. 52 del Código Civil, que dispone que estamos en presencia de una derogación tácita cuando “la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior”, la derogación expresa y la tácita se hacen equivalentes en dicho artículo, el que en su inciso primero establece que “La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita.” Sin diferenciar en ningún aspecto, naturaleza, efectos, etc. Pero nosotros le hemos dedicado un apartado especial, en donde no solo examinaremos los casos en que podemos hablar de derogación tácita, y

⁷² Suarez, Francisco. “Tratado de las Leyes y del Dios Legislador” Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967. Versión en español de José Ramón Eguillor. p. 94.

⁷³ KELSEN, Hans. Óp. Cit. p. 215.

algunas implicancias de importancia, así como también afirmando que la derogación tácita tiene particularidades que la diferencian de la derogación expresa. De este modo los motivos para señalar aquello, son los siguientes:

Para comenzar, un punto trascendental, que diferencia a la derogación expresa de la derogación tácita, es que en este último caso no se menciona cuál de las normas quedará derogada, convirtiéndose en una cuestión de interpretación, el saber si las dos normas son incompatibles entre sí, pues los casos de conflicto entre normas no siempre son tan claros, así, lo que en un momento parece una contradicción, en un segundo examen puede resultar ser solo una contradicción aparente. Esto genera un problema que no es menor, cual es la justificación para que los jueces sean los que en definitiva decidan cuales son las normas que han de salir definitivamente del sistema jurídico y no lo haga el legislador. Y, con mayores complicaciones aún, que sucede si los tribunales llegan a conclusiones diferentes acerca de si existe o no contradicción, como podría ser posible que en una oficina de un juez una norma este siendo derogada, mientras que en otra esa norma este siendo aplicada.

Ante esta problemática, la solución es relativamente simple: la derogación tácita no puede entenderse como una forma de derogación, sino que solo como un criterio de selección de aplicabilidad de normas ante la presencia de un conflicto. La interpretación no resulta tan anti sistémica como parece, y para apoyarla utilizaremos tres argumentos, el primero va orientado a la pregunta de por qué considerarse a la derogación tácita como una forma de solución de antinomias y no como igual a la derogación expresa, los otros dos buscan demostrar por qué resulta perjudicial considerar a la derogación tácita con los mismos efectos que tiene la derogación expresa.

5.4.1. Interpretación del Término.

Siguiendo las palabras de Antonio Bascuñán, podemos decir que el término “derogación”, puede entenderse en más de un sentido, existiendo más de una interpretación posible a las normas contenidas en el Art. 52 del Código Civil. La primera forma en que se interpreta la palabra derogación es para designar el efecto que produce una derogación expresa, es decir, el término de la vigencia de una norma, quedando esta fuera del sistema jurídico, permanentemente.

En segundo lugar, la palabra derogación puede utilizarse para el efecto que provocan los criterios de solución de antinomias, a saber, el desechar la aplicación de una norma a favor de otra, pero sin que la norma desecheda quede sin vigencia, sino que solo sea inaplicable al caso que se conoce, como afirma Bascuñán; “Cuando se afirma, por ejemplo, que la ley especial deroga a la ley general – la formulación doctrinaria de la regla del Art. 13 del Código Civil-, no se quiere describir con ello un efecto como el de la derogación expresa, sino que una norma debe prevalecer sobre la otra como norma aplicable.”⁷⁴

De este modo, lo que se estaría estableciendo en el Art. 52 del Código Civil, no serían dos formas de derogación que resultan equivalentes. Sino que, se regula la derogación, entendiendo por tal la expresa, y, por otro lado, se regula la existencia de un criterio de solución de antinomias, llamado por la norma derogación tácita, y que no es otra cosa que el principio de que la ley posterior “deroga” a la anterior, pero entendiendo que “deroga” en el segundo sentido expuesto en el párrafo anterior, este es el mismo sentido que se utiliza cuando se afirma que la ley especial deroga a la general. Utilizando palabras exactas, lo que en realidad se afirma, respecto de la derogación tácita y del principio de especialidad, es que las normas posteriores y las

⁷⁴BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. Óp. Cit. 237.

normas especiales deben ser aplicadas preferentemente cuando están en contradicción con normas que sean anteriores y/o generales.

Se dirá que esta es una interpretación antojadiza, pues resulta evidente que ese no es el sentido que se le da a la palabra derogación en el Art. 52, que evidentemente se estaría refiriendo a la derogación tácita como un equivalente a la derogación expresa, o a lo menos, como una forma de derogación. Sin embargo, esto no es tan claro, ya que debemos considerar que el Código Civil fue redactado por Andrés Bello, y resulta bastante plausible suponer que sus ideas jurídicas hayan quedado plasmadas en él. Así, si consideramos a las ideas de Bello, obtenemos que éste si consideraba a la aplicación de las normas posteriores como criterios de preterición y no como forma de derogación equivalente a la derogación expresa, afirmando que; “Si hai oposición entre dos o más leyes, he aquí las reglas jenerales que pueden guiarnos: (...) 4ª Lo más reciente prevalece: 5ª Lo particular prevalece sobre lo general.”⁷⁵

Así, no resulta irrazonable interpretar a la derogación tácita como criterio de aplicabilidad y no como forma de derogación con los mismos efectos de la derogación expresa. Evitando de ese modo que sea el poder judicial el que termine derogando leyes, y también los posibles conflictos de interpretación acerca de que normas deben ser derogadas y cuáles no.

5.4.2. Posición Institucional de los Jueces.

Entender a la derogación tácita, no como una forma de derogación, sino que como un criterio de aplicabilidad de normas, encuentra también asidero en el sistema

⁷⁵BELLO, Andrés. “Principios de Derecho de Jentes”. Citado en BASCUÑÁN, Antonio. Óp. Cit. p. 239.

institucional liberal, diseñado hace más de doscientos años y se sienta sobre bases que obstan a entender a la derogación tácita como equivalente a la expresa.

El punto es el siguiente, la norma del Art. 52 del Código Civil, establece que hay derogación tácita cuando una norma entre en conflicto con otra, es decir, cuando se regula una misma materia de modos discordantes. Ante esto, solo una de las normas puede ser aplicada a la solución del caso, siendo preferida la norma dictada con posterioridad. Ahora bien, cuándo hay o no, una contradicción entre normas, es una cuestión de interpretación, no resulta claro cuándo las normas nuevas son incompatibles con las normas antiguas, además, atendiendo a las circunstancias del caso las normas pueden o no ser incompatibles, por ejemplo, si se dicta un protocolo que obligue a realizar transfusiones de sangre en ciertos casos, quedarían derogadas las normas que permitían no hacerlo, sin embargo, puede que no siempre sea así, pues si se presenta un testigo de Jehová, debe realizarse una labor interpretativa para saber si la nueva normativa se impone por sobre la antigua, trabajo argumentativo que, incluso podría ir más allá de los protocolos de salud, extendiéndose a consideraciones constitucionales y referidas a los derechos fundamentales, por poner solo un ejemplo.

Considerando esta complejidad interpretativa surgida de la derogación tácita, realizaremos un examen de las posiciones institucionales de los jueces y el parlamento. En la formulación clásica de la separación de poderes, ambos órganos tienen funciones claramente determinadas, así afirma Montesquieu: “Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar leyes, el de ejecutar resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos particulares.”⁷⁶ De este modo, uno de los pilares del sistema liberal de gobierno, radica en que los poderes de dictar las leyes y de aplicarlas a conflictos particulares, son distintos, cumpliendo con fines diversos.

⁷⁶ Montesquieu. “El Espíritu de las Leyes” Editorial Ercilla S.A., Santiago, 1988. p. 54.

Ahora, mientras solo los tribunales pueden anular sentencias, de la forma y con las regulaciones pertinentes, por su parte solo el legislador puede decidir, cuando resulta conveniente que una norma salga del sistema y sea reemplazada por otra.

En su labor jurisdiccional, solo a los jueces les corresponde decidir cuáles son las normas, que en un caso concreto, corresponde aplicar. El poder para obligar a toda la sociedad, mediante norma generales, en la teoría liberal, solo puede descansar en el legislador, esto por ser, en teoría, el legítimo representante del pueblo, quien en definitiva, a través del parlamento, estaría ejerciendo la soberanía. Si no se cumple con estas bases, entonces todo el sistema argumentativo liberal, en el que se apoya la completa institucionalidad del Estado moderno cae, ya que el legislador no es el único con capacidad de obligar a toda la sociedad, por lo tanto, el principio de representación popular, además de ser inaplicable en la práctica⁷⁷, pierde su sustento teórico y la legitimidad de las instituciones del Estado desaparece.

Por ello es que, al momento de realizar el razonamiento jurídico, para determinar que normas están o no en contradicción con la norma nueva, los jueces deben estar en posición de obligar solo a quienes están, en ese momento, sometidos a su jurisdicción, pues la facultad de obligar, en general, a toda la sociedad, debe pertenecer al legislador, quien es, precisamente, elegido para realizar esa labor, mientras que los jueces son elegidos para solucionar solo conflictos particulares.

5.4.3. Posibilidad de Indeterminaciones Lógicas.

⁷⁷ Consideramos que, el supuesto de que el Parlamento representa al pueblo o que el Presidente lo hace es, en la práctica, ilusorio, pues las distorsiones de representación y la falta de identificación de los intereses sociales y parlamentarios, resultan inevitables. Del mismo modo, el Presidente solo resulta representativo de un sector de la sociedad, sin importar el método de elección, pues es imposible que una persona represente más de una visión de sociedad.

Los razonamientos anteriores se ven reforzados cuando ocurre el supuesto de una indeterminación lógica producida por una derogación, lo que solo sucede cuando hay normas que entran en contradicción y no se ha señalado, por el legislador, cuál debe derogarse, o sea, cuando estamos ante un caso de derogación tácita. Cuando esto ocurre, estamos en presencia de un problema que requiere razonamientos extrajurídicos para su resolución. Si aceptáramos la posibilidad de derogar tácitamente normas, con el mismo efecto de la derogación orgánica, estaríamos aceptando que los jueces pueden decidir, en base a cualquier tipo de criterios, sobre el destino final de una norma, y, esa, es una labor que corresponde al legislador, quien, por lo menos es electo, y el principio de la democracia exige que, sobre las normas generales, decidan órganos democráticamente generados.

Pero debemos explicar en qué consiste una indeterminación lógica. Se plantea teóricamente, por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin⁷⁸, que el sistema jurídico se conforma de normas formuladas (es decir, normas positivas), y de normas derivadas de las anteriores, o sea, consecuencias necesarias de las normas formuladas, ambas constituyen un sistema jurídico, el que, por supuesto está sometido a cambios. Cuando una nueva norma formulada deroga una norma derivada, como esta es consecuencia necesaria de una norma formulada, entonces ésta última debe entenderse derogada también. Hasta aquí no hay problemas, estos surgen cuando la norma derivada, no es consecuencia de solo una norma formulada, sino que de dos o más normas formuladas que se conjugan, sin que sea posible extraer la consecuencia de las normas individualmente consideradas, cuando la nueva norma formulada, deroga a la norma derivada, es decir a la consecuencia de la conjunción de dos o más normas, en este caso, si todas las normas anteriores perviven, se seguirá produciendo la consecuencia

⁷⁸Nos basamos en el siguiente texto de los autores; ALCHOURRÓN, Carlos. BULIGYN, Eugenio. "Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales", Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002.

que la nueva norma busca evitar, razón por la cual debe derogarse, al menos una de las normas formuladas, el problema es decidir cuál de ellas.

Así, por ejemplo, si una norma obliga a ir los parques los domingos, para que todos los habitantes tengan una vida sana, y otra norma obliga a quienes salgan los domingos, a hacerlo en automóvil, para aumentar la demanda de petróleo y reactivar la economía. Resulta una consecuencia clara de este conjunto normativo, la obligación de las personas de comprarse un automóvil, pues si no lo hacen no podrán salir al parque los domingos. La consecuencia no deriva de la primera norma, pues esta no obliga a ir al parque en auto, ni tampoco de la segunda, pues esta no obliga a salir los domingos, pudiendo, en el resto de la semana, utilizarse cualquier medio de transporte. Pero, si conjugamos ambas normas, tenemos la obligación de tener automóvil, pues si no se tiene, necesariamente se violará una norma; o se respeta la primera, y se va al parque sin automóvil, lo que viola la segunda norma; o se respeta la segunda, absteniéndose de salir sin automóvil de la casa el día domingo, violándose la primera norma, que obliga a salir al parque los domingos.

Ahora bien, si se dictara otra norma que estableciera la prohibición de comprar automóviles a toda la sociedad, pues contaminan demasiado, esta iría en contra de la consecuencia que consignamos, pero, resultaría necesario, además, derogar una de las dos normas formuladas, pues su existencia conjunta obliga a las personas a adquirir automóviles. ¿Cuál de las normas debe derogarse?

El caso es igual a un caso de derogación tácita, pues una norma entra en contradicción con otras, y no se establece, expresamente por el legislador, cuál de las normas debe ser derogada. Además, aquí no hay criterios lógicos para decidir el asunto, ya que ninguna de las dos, por sí sola, obliga a las personas a comprar

automóviles, o sea, que ninguna de las dos normas entra en conflicto con la nueva, sino que la conjunción de ambas, es la que resulta conflictiva..

Resulta evidente que el legislador, ante este problema, sopesaría, si le interesa más que las personas vayan a los parques o consuman gasolina, considerando la contaminación, el tráfico, la salud de la población, la industria automotriz nacional, las importaciones, etc. Puesto que ese es su trabajo, evaluar las circunstancias y legislar. Pero, ese no es un razonamiento válido para un juez, pues su posición institucional lo obliga solo a considerar al derecho (no debe limitarse a la ley, pero si limitarse al derecho), si hiciera la labor del legislador excedería por mucho su labor.

Por ello, ante un caso de contradicción de normas o de indeterminaciones lógicas, lo conveniente es que el juez evalúe las circunstancias de su caso concreto, decidiendo en base al mérito de este, pero sin que se le asignen funciones que exceden sus posibilidades, tales como decidir que normas deben considerarse parte y cuáles no deben considerarse parte del sistema jurídico, conservando la diferenciación entre las labores legislativas y jurisdiccionales.

Creemos que los argumentos dados tienen el suficiente peso para mostrar como una alternativa conveniente, el considerar a la derogación tácita como una forma de selección de normas, y no como un equivalente a la derogación expresa. Esto resulta importante para nuestro trabajo, pues, dado este razonamiento, podemos dibujar con más claridad los contornos del término derogación, y considerar si encuentra espacio dentro de la institución del Tribunal Constitucional.

5.5. Conclusiones en torno a la Derogación.

Estudiado con cierto detenimiento el tema de la derogación, podemos establecer algunas conclusiones. En primer lugar, la derogación, en general, debe entenderse como una forma de poner término a la vigencia de una norma, la que debe, en todo caso, realizarse por medio de otra norma, generalmente del mismo grado, pero siendo posible el caso de que una norma quede derogada por una de rango superior.

Luego, podemos decir que, estamos en presencia de una cuestión netamente normativa, es un proceso que se da entre normas que, expresamente, terminan con la vigencia de otras, debiendo ser estas últimas determinadas o, a lo menos determinables. Por ello es que excluimos los casos de derogación tácita, pues estos son casos de criterios de aplicabilidad más que derogación. En el caso de la desuetudo, sostenemos, que la pérdida de vigencia de una norma, dada por su no aplicación durante un largo periodo, no es, propiamente, derogación. Esto no implica menospreciar a la desuetudo, significa, simplemente, afirmar que constituye un fenómeno diverso de la derogación, otra forma en que las normas pierden su vigencia, coincidiendo, en cierto modo, con los planteamientos que realiza Kelsen con posterioridad a 1960.

Resumiendo, hablamos de derogación, cuando una norma establece que otra u otras, quedarán sin vigencia, inmediatamente o en el futuro o, incluso, en un momento indeterminado. Esta es una operación entre normas, basada en criterios de conveniencia, ya que se decide, deliberadamente, sacar a una norma del ordenamiento jurídico, lo que se hace por criterios de conveniencia, ajenos a un razonamiento puramente lógico jurídico.

6. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En esta parte de nuestro trabajo, hemos decidido dedicar un capítulo especial a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, con el objeto de observar en la práctica, como toma vida la atribución que estamos investigando. Para ello, hemos seleccionado cuatro fallos que han sido dictados por el tribunal. Además está señalar que en todos los casos, se ha cumplido con el requisito de que, previo a la declaración de inconstitucionalidad, haya existido a lo menos una declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, referida a un caso concreto.

6.1 La Inconstitucionalidad del art. 116 del Código Tributario.

A continuación, nos referiremos a uno de los casos más bullados de sentencias declaratorias de inconstitucionalidad que haya pronunciado el Tribunal Constitucional, respecto de la sentencia dictada el 26 de marzo del año 2007, en un proceso iniciado de oficio, para examinar la eventual Inconstitucionalidad del art. 116 del Código Tributario. Al efecto, dicho artículo (en la actualidad “derogado”), señala: “El Director Regional podrá autorizar a funcionarios del Servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando “por orden del Director Regional”. En relación y concordancia con dicha norma, el artículo 6º, letra “b”, N° 7, del Código Tributario señala que: “corresponde a los Directores Regionales en la jurisdicción de su territorio: “Autorizar a otros funcionarios para resolver determinadas materias, aun las de su exclusiva competencia, o para hacer uso de las facultades que le confiere el Estatuto Orgánico del Servicio, actuando por “orden del Director Regional”. Por otra parte, el artículo 20 del D.F.L. N° 7, de 1980, Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, precisa, a su turno que: “Los Directores Regionales podrán, de acuerdo con las normas impartidas por el Director, autorizar a funcionarios de su dependencia para resolver

determinadas materias o para hacer uso de alguna de sus atribuciones, actuando “por orden del Director Regional”.

Todo lo anterior significa que, tal como lo señala el considerando décimo segundo del fallo en análisis: “en el ámbito de la competencia absoluta, el legislador orgánico estableció como tribunal tributario de única o primera instancia al Director Regional de Impuestos Internos. En este contexto, la autorización que confiere dicho órgano, en virtud del cuestionado artículo 116 del Código Tributario, en su calidad de juez tributario, a funcionarios de su dependencia, implica una delegación de la referida competencia jurisdiccional”.

Ahora bien, el punto de este asunto radica en que, al ser el Director Regional del Servicio de impuestos Internos Juez Tributario de Primera Instancia, se constituye como un tribunal especial, en los términos del artículo 5°, inc. 4° del Código Orgánico de Tribunales, en cuanto ejerce jurisdicción.⁷⁹

Posteriormente, señala el fallo en comento, en su considerando vigésimo primero: “...la jurisdicción... constituye un atributo de la soberanía y, en tal calidad, es indelegable por parte de las autoridades a quienes la Constitución o la ley la han confiado”. En el mismo sentido, el artículo 76, inciso primero, de la Constitución indica que: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de

⁷⁹La jurisdicción debe entenderse como: “Aquel poder-deber del Estado, radicado exclusivamente en los tribunales de justicia, para que, actuando como un órgano imparcial y por medio de un debido proceso, legalmente tramitado, resuelvan con eficacia de cosa juzgada y eventual posibilidad de ejecución, los conflictos de intereses, jurídicamente relevante que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la república. Maturana Miquel, Cristian. Apuntes de Derecho Procesal, Facultad de derecho, Universidad de Chile, 2009.

hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.”

En este orden de cosas, y tal como lo señala el fallo que estudiamos, dentro del concepto de causas “civiles”, también deben entenderse incluidas las contiendas “contencioso- administrativas”, como lo son, por ejemplo, las reclamaciones tributarias que sean conocidas por autoridades que ejerzan jurisdicción. De esta forma, y a mayor abundamiento, concluye el fallo señalando que: “el artículo 116 del Código Tributario vulnera el artículo 5º de la Constitución Política, al facultar al Director Regional del Servicio de Impuestos Internos para delegar la facultad jurisdiccional que le ha confiado el legislador, en el artículo 115 del mismo Código, y que se traduce en el ejercicio de la potestad de conocer y fallar las reclamaciones tributarias que deduzcan los contribuyentes”.

Así las cosas, continúa el fallo, señalando que el artículo 116 del Código tributario, no solo vulnera el art. 76 de la Constitución, sino que además pugna con el inc. 1º del art. 7º de la Constitución, el cual señala que: “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.”

En conclusión, la dictación de una resolución exenta a través de 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 y por ende, procede declarar la inconstitucionalidad de dicho precepto, por no ajustarse a las normas constitucionales ya aludidas.

6.1.1. Análisis del Voto Minoritario

El voto de minoría en este fallo, fue realizado por los Sres. Correa y Fernández Fredes, quienes estaban por declarar que el art. 116 del Código Tributario no es inconstitucional. Para fallar aquello, dichos Magistrados se basaron, entre otros, en las siguientes consideraciones:

Si bien estos dos jueces están de acuerdo con la sentencia pronunciada, en el sentido que resulta contrario a la Constitución que quien ha sido instituido como juez por la ley, se vea facultado a delegar esa función de juzgar en un funcionario público determinado. Sin embargo, a juicio de ellos, el Director regional del Servicio de Impuestos Internos, no sería un tribunal propiamente tal, por lo tanto al no estar ejerciendo una función jurisdiccional, mal podría vulnerar la Constitución al delegar sus facultades, en los términos del art. 115 y 116 del Código Tributario. En este sentido, se señala en el considerando segundo del fallo de minoría: "...analizada la función que el artículo 116 autoriza a delegar, debe concluirse que ella carece de los atributos básicos de la función jurisdiccional, pues en el reclamo tributario que se debe resolver no hay controversia entre partes sometida a la decisión de un tercero, ni esta controversia debe, en estricto rigor jurídico, resolverse conforme a derecho y, por último, las reglas de procedimiento tienen características que difieren de aquellas que regulan los procesos judiciales".

De esta forma, el motivo por el cual a juicio del voto de minoría, la facultad del artículo 116 que autoriza a delegar facultades, no tiene naturaleza jurisdiccional, sería el siguiente: lisa y llana aplicación del aforismo jurídico "en derecho las cosas son lo que son y no lo que se dice de ellas". En este sentido, si bien todos los términos del Código tributario, e incluso la página web del Servicio de Impuestos Internos, emplean términos que aparentan ser propios de un tribunal que ejerce jurisdicción

través de sentencias, lo cierto es que, al no existir una contienda entre partes sometida a la decisión de un tercero, no se estaría ejerciendo jurisdicción propiamente tal, sino que, actos meramente administrativos. En otras palabras, las funciones que se delegan, no son jurisdiccionales, sino que las propias de un reclamo administrativo.

En relación al fundamento del voto de minoría, nos parece oportuno acotar que, lo que ocurre en la práctica, efectivamente es un enfrentamiento entre dos partes. Sin embargo, ocurre la situación de que una de esas partes, también es juez. El Servicio de Impuestos Internos es juez y parte, y en dicha calidad, ejerce la jurisdicción jurisdiccional. Dicha situación, se verá aliviada en el futuro, con la entrada en vigencia de los tribunales tributarios independientes.

6.2. La Inconstitucionalidad de los “Abogados de Turno”

En este apartado, nos referiremos a la sentencia dictada con fecha 29 de julio el año 2009, iniciada a petición del abogado y Presidente del Colegio de Abogados de Chile A.G., señor Enrique Barros Bourie, en virtud de cuyo requerimiento se solicita declare la inconstitucionalidad del texto íntegro del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales. En subsidio de lo anterior, solicita el requirente se declare la inconstitucionalidad del inciso primero del mismo artículo y, en subsidio de esto último, se declare inconstitucional la expresión “gratuitamente”, contenida en la misma norma legal.

En su parte pertinente, la norma aludida y presuntamente inconstitucional, señala lo siguiente: “... 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 (de pobreza). Con todo, cuando las necesidades lo requieran, y el número de abogados en ejercicio lo permita, la Corte de Apelaciones respectiva podrá disponer que los jueces de letras designen dos o más abogados en cada turno, estableciendo la forma en que se deban distribuir las causas entre los abogados designados”.

En este sentido, fundamenta su petición el requirente, en que la norma impugnada, vulneraría los preceptos constitucionales relativos a la igualdad ante la ley, la igualdad ante las cargas públicas, así como también el derecho a la libertad de trabajo, todas ellas garantías reconocidas en el artículo 19 de la Constitución Política de la República.

En cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad, señala el requirente: “que la norma del turno deja a los abogados afectados por él en una situación que califica de desigual y desmejorada si se compara con otras personas que están sometidas a cargas públicas diversas, como el servicio militar o el servicio que presta un vocal de mesa en los procesos electorarios.”

Respecto a derecho a la Libertad de Trabajo y a su presunta vulneración, se señala: “el trabajo (en términos constitucionales) constituye una actividad económica desde el momento que implica la prestación de un servicio físico o intelectual a cambio de una remuneración (artículo 7º del Código del Trabajo)” y de ello se derivaría el vínculo que existiría entre la garantía en comento y la que reconoce el numeral 21º del mismo artículo 19 de la Constitución, esto es, la libertad para desarrollar actividades económicas...y que nadie puede ser forzado a ejecutarla. En contra de tales garantías, se alza el turno de los abogados que constituiría la práctica forzada de un trabajo y una actividad que no es retribuida ni por el beneficiario ni por el Estado.”

Finalmente, en cuanto a la garantía de la igualdad ante las cargas públicas, expresa el requirente: “el turno sería una de las cargas más intensas que es posible imponer a una persona dentro de nuestro ordenamiento jurídico y, por ello, sería justificable que para regularla, al igual que como ocurre con los tributos, se exija al legislador el máximo grado de densidad normativa posible. En concreto, en esta materia, la ley debiera especificar no sólo el hecho que constituye la carga o los obligados, sino también el procedimiento, de manera que el juez que deba ejecutar el mandato legal disponga de un mínimo de discrecionalidad en su aplicación.”.

En cuanto a la vista misma del recurso, una primera objeción que se hace a modo de excepción por parte de un escrito “Téngase Presente”, presentado por 35 diputados, es que el Tribunal Constitucional sería incompetente para conocer de las dos peticiones principales del requirente, esto es: que declare la inconstitucionalidad del texto íntegro del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales y que, en subsidio de lo anterior, se declare la inconstitucionalidad del inciso primero del mismo artículo. Esto debido a que, lo que se declaró inconstitucional en los tres recursos de inaplicabilidad previos a la presentación de la acción de inconstitucionalidad, fue solamente la palabra “gratuidad”. Sin embargo, a juicio del requirente, el art. 595 del C.O.T. representa una sola norma indivisible en sí misma, por lo cual el Tribunal sería competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de todo el artículo. Resolviendo este incidente, falló el tribunal Constitucional que se rechazaría la petición de inconstitucionalidad de la totalidad del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, como también la de todo su inciso primero, circunscribiéndose su decisión al término “gratuidad”.

Posteriormente, y previo repaso histórico de la institución de los abogados de “pobres” o de “Turno”, el tribunal comienza a ver el fondo del asunto, comenzado por

determinar si la expresión “Gratuidad”, vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, contenida en el art. 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

A este respecto, considera el tribunal Constitucional que, para resolver la controversia planteada, es menester, en primer lugar, analizar la configuración jurídica constitucional del derecho a la igualdad ante la ley, la que se encuentra amparada en el artículo 19, inciso 2º, de la Constitución Política de la República, conforme al cual se asegura a todas las personas: “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. Señala el Tribunal en su considerando cuadragésimo cuarto que esta “igualdad”: “No se trata de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone por tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición”. Así, según este criterio, y en los mismo términos expresados por el fallo en análisis: “se podría suponer que no se contravendría en abstracto la Carta Fundamental, desde el momento en que quienes se encuentran en la misma situación serían todos los abogados a quienes se les puede imponer (eventualmente y bajo ciertos supuestos) la carga personal de defender gratuitamente a los pobres. No obstante y por el contrario, 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, vinculadas a bienes jurídicos tan o más relevantes como son la salud, la vivienda y la educación, respectivamente. Esto último ha llevado incluso a un autor a sostener que “si todas las profesiones tuvieran la carga pública de ejercer la profesión a favor de los sectores de escasos recursos por cierto plazo y en forma gratuita, dicha carga estaría igualmente repartida y no podría alegarse que es arbitraria e ilegal, no podría objetarse su constitucionalidad”.

Ahora bien, en el considerando quincuagésimo sexto, continúa su razonamiento el tribunal, en el sentido de expresar que: “si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador”; para luego, en su considerando quincuagésimo séptimo agregar que: “Que, en el caso de autos, el fin que justifica la norma es la satisfacción adecuada del derecho de acceso a la justicia que toda persona tiene, la que debe ser atendida por el legislador, quien debe prever los mecanismos que den cumplimiento efectivo a dicho derecho esencial, incluido excepcionalmente el turno de los abogados...”.

En definitiva, para que la diferenciación sea inconstitucional desde el punto de vista de la igualdad, se requiere que los resultados de dicha diferenciación sean especialmente gravosos y desmedidos. De esta forma, el fallo del tribunal Constitucional va acumulando razones para concluir que la gratuidad no se justifica como un medio necesario para alcanzar el fin de garantizar el derecho contenido en el art. 19 N° 3 de la Constitución Política de la República. Así, y ya dando luces sobre la parte resolutive de la sentencia, señala el considerando sexagésimo quinto: “Que, como puede apreciarse, 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 irremediabilmente 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.”

A continuación, nos corresponde revisar el razonamiento que ha empleado el Tribunal Constitucional, respecto a si la palabra “gratuidad” es inconstitucional, a la luz de la garantía de la “igualdad ante las cargas públicas”.

A este respecto, el fallo en estudio, en su considerando septuagésimo, en relación a las cargas personales, expresa lo siguiente: “de acuerdo a la doctrina administrativa, los servicios o cargas personales deben tener como características fundamentales: a) el ser impuestas y reglamentadas por una ley; b) su carácter temporal; c) su igual aplicación a las personas; d) irredimibles por dinero; e) intransferibles y, por último, f) debe tratarse de un servicio cierto y determinado”. Posteriormente, el fallo considera que con respecto a la institución impugnada, se cumplirían los requisitos señalados en las letras a); b); c); e) y f), por lo que solo restaría examinar si se cumple con la letra “d” Irredimible por dinero. Así respecto a esto, se señala en el considerando septuagésimo quinto: “Que, en efecto, la licitud de los fines perseguidos por el legislador no justifica ni puede permitir el empleo de medios gravosos y desproporcionados, que impongan una afectación al patrimonio de los abogados convocados al turno, todos los cuales tienen ciertamente el derecho a una justa retribución por su servicio profesional”.

A mayor abundamiento, señala el fallo, que incluso por ser vocal de mesa o por realizar el servicio militar se percibe una remuneración. Por esta razón, se considera que la institución de la “gratuidad” de los abogados de turno, es inconstitucional, a la luz del derecho a la igualdad ante las cargas públicas.

Finalmente, solo nos queda determinar si la norma cuestionada, es inconstitucional en relación a la garantía de la libertad de trabajo.

En este sentido, se sostiene por parte del requirente que, la eventual infracción se produciría a consecuencia de que la norma impediría los abogados afectados por el turno del derecho a desarrollar de manera libre un trabajo y a obtener una retribución por dicho servicio, con lo se estaría transformando esta carga en una verdadera práctica forzada de un trabajo.

En cuanto a este punto, el Tribunal Constitucional también acoge a alegación de Inconstitucionalidad, tal como lo expresa en su considerando nonagésimo, donde señala: “Que, en este caso, el trabajo lícito se produce como consecuencia de la imposición de una carga legal, la que sin embargo no resulta compatible con nuestro sistema constitucional si no va acompañada de una justa compensación pecuniaria, tal como lo ordena perentoriamente el artículo 19, N° 16º, de la Constitución Política de la República”.

De esta forma, podemos apreciar claramente que el tribunal Constitucional acoge los tres argumentos esgrimidos por el requirente, tendientes a declarar la inconstitucionalidad del término “gratuidad”, contenido en el art. 595 del C.O.T.

6.3 La Inconstitucionalidad de inciso Primero del art. 171 del Código Sanitario.

En este apartado, nos referiremos a la sentencia dictada con fecha 25 de mayo del año 2009, pronunciada de oficio por parte del Tribunal Constitucional, en uso de las facultades conferidas por el art. 93 de la Constitución Política de la República.

Para situarnos en contexto, partamos por indicar que la mencionada norma señalaba que, de las sanciones que aplicara el Servicio Nacional de Salud, en uso de sus atribuciones legales, se podrá reclamar ante el juez civil. Sin embargo, el mismo artículo, le ordena al juez civil que: “Para dar curso a ellos (a los reclamos) se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa”. Es decir, se permite reclamar de las sanciones aplicada por el Servicio Nacional de Salud, pero para que estas reclamaciones sean conocidas por la justicia ordinaria, se exige haber pagado el 100 % de la multa impuesta. Dicha obligación, sin lugar a dudas que de entrada llama la atención, puesto que no es muy frecuente encontrar en nuestra legislación, este tipo de “barreras” que de alguna manera entran la entrada a juicio y hacer dificultoso el acceso al sistema de justicia, por parte de los justiciables.

Respecto del traslado que se les dio a los diversos organismos públicos facultados para emitir su opinión en este tipo de procedimientos, con fecha 26 de marzo del mismo año 2009, la señora Directora del Instituto de Salud Pública, en representación del mismo organismo, le solicitó al Tribunal Constitucional que no declarara inconstitucional el inc. 1º del art. 171 del Código Sanitario, en base a los siguientes fundamentos:

a) Parte señalando que, si bien por una parte la norma presuntamente inconstitucional efectivamente representa una limitación a la garantía contenida en los Nº 1 y Nº 5 del art. 19 de la Constitución Política de la República, donde se garantizan respectivamente: “La igual protección de la ley ante el ejercicio de sus derechos y el derecho a un justo y racional procedimiento”, esta limitación estaría justificada por la “presunción de legalidad” de la que goza todo acto administrativo, en este caso, la sentencia que se dicte en un sumario sanitario que imponga la sanción de multa a los infractores de una determinada norma legal.

b) En segundo lugar, y en un argumento analógico realmente carente de peso jurídico, señala la señora Directora del Instituto de Salud Pública que, en nuestra legislación existen varias otras normas que señalan una exigencia similar a la de la norma presuntamente inconstitucional. A modo ejemplar, cita los siguientes artículos: el 165 del Código Tributario; los art. 28 y 30 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros y; el inc. 3 del art. 474 del Código del Trabajo.

c) Finalmente, se argumenta en base a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, respecto del proceso rol: N° 546-2006 sobre el art. 30 de la Ley Orgánica de la Superintendencia de Valores y Seguros, cuyo fallo, en su considerando sexto, señala lo siguiente: "...si bien es cierto que, en una primera impresión, el establecimiento de una exigencia que puede interpretarse como barrera de acceso a la justicia...no lo es menos que, atendida la diversidad de situaciones que se presentan en la vida moderna y a la multiplicidad de fórmulas que el legislador utiliza, no es posible estimar como constitucional o inconstitucional en sí misma esta regla, debiendo ponderarse, en cada caso..."

Asimismo, el Consejo de Defensa del Estado, con fecha 6 de abril del año 2009, presenta al Tribunal un escrito con observaciones, todas ellas tendientes a convencer a los magistrados que, la exigencia del art. 171 del Código Sanitario, no es exagerada o irracional como se podría pensar, y que por lo tanto, no procede declararla inconstitucional. Para señalar aquello, argumentan lo siguiente:

a) En primer lugar, hacen presente al tribunal que, a juicio del Consejo de Defensa del Estado, la imposición que se exige en este artículo no sería inconstitucional, y más allá de vulnerar la garantía contenida en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, representa una herramienta que permite inhibir a los sancionados por la vía administrativa, de recurrir la justicia ordinaria con fines puramente dilatorios. Asimismo, hace presente que si el reclamo del administrado, finalmente es acogido por parte del Juez Civil, el

dinero de la multa le será devuelto. Esto último, a nuestro juicio, estaba totalmente de más en la presentación realizada por el Consejo de Defensa del Estado, puesto que de no ser devuelto el dinero, nos encontraríamos en presencia de una evidente situación de enriquecimiento sin causa.

b) Posteriormente, el Consejo de Defensa del Estado, hace presente que jurisprudencia no ha sido uniforme en resolver casos similares. Sin embargo, a nuestro juicio, los representantes del Fisco no reparan en la claridad del inciso segundo del artículo 3º del Código Civil, que consagra el denominado principio del “efecto relativo de las sentencias”, según el cual: “las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”. Todo esto por cierto, es sin perjuicio del innegable valor doctrinario que posee la jurisprudencia como fuente indirecta de la creación del derecho.

c) Finalmente, el Consejo de Defensa del Estado señala que, en los casos particulares de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que se han conocido por parte del Tribunal, el criterio que tuvo el tribunal fue la capacidad económica del administrado en relación a sus circunstancias específicas. Por lo tanto, no existiría ningún fundamento para declarar la norma inconstitucional para la totalidad de la población.

Luego, con fecha 7 de abril del año 2009, el tribunal ordena traer los autos en relación. Respecto de la parte considerativa de la sentencia en comento, hemos seleccionado los siguientes pasajes, como los más desequilibrantes a la hora de tomar una decisión:

a) En primer lugar, en su considerando quinto, el tribunal fija el asunto que será objeto de su decisión final, señalando que este será el determinar si es o no

inconstitucional la aplicación en esta materia, del aforismo “*Solvete et repete*” o dicho de otro modo: “Paga, soluciona, para poder repetir”.

b) Más adelante en el fallo, el tribunal deja clara la cuál será su postura final, esto es la de declarar inconstitucional el precepto en cuestión, señalando en su considerando noveno lo siguiente: “La identificación entre objeto reclamado y *condictio sine qua non* para la admisibilidad del reclamo, lleva, en los hechos, a que el acto administrativo por el cual se cursa la multa sea inimpugnable, en términos que no obstante poder formalmente reclamarse en contra del mismo, éste produce todos sus efectos, y aun en el caso de una ilegalidad flagrante, evidente y manifiesta, el administrado debe soportarla sin que la ley establezca mecanismo alguno que suspenda el cumplimiento de la sanción y a la vez habilite a reclamar de la misma”. En otras palabras, por muy evidente que fuese la ilegalidad del acto reclamado, el daño al administrado ya se habrá producido.

C) A continuación, el tribunal entra a razonar acerca si la limitación de los derechos fundamentales, que se entiende dar en este caso, se encuentra dentro de los márgenes tolerados por la Constitución Política de la República. A este respecto los magistrados, citando jurisprudencia del mismo tribunal (causa rol: N° 43-1987): entienden que, estamos frente a una limitación al ejercicio de los derechos: “(cuando se los) somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”

d) Luego, en el considerando decimotercero del fallo en estudio, y refiriéndose a la alegación efectuada por la señora Directora del Instituto de Salud pública, respecto de que la norma revisada inhibía a los administrados de efectuar reclamos con fines puramente dilatorios, señala el fallo que si bien el fin perseguido es lícito, la norma en cuestión, no constituye el medio eficaz para alcanzar ese fin. Para ello, se señalan tres fundamentos:

1) Primero, porque el mismo Código Sanitario, señala en su art. 172, que las resoluciones dictadas por la autoridad administrativa, causan ejecutoria, es

decir, se pueden cumplir, no obstante la existencia de recursos pendientes en su contra.

2) Porque no inhibe la litigación frívola. Ya que, tal como señala el tribunal: “El sancionado con capacidad de pago tendrá la misma tentación de litigación frívola si posteriormente puede recuperar el dinero pagado que si puede evitar el pago”

3) A mayor, abundamiento, el tribunal señala que el derecho procesal, ya cuenta en sí mismo con mecanismos tendientes a evitar las actuaciones de carácter puramente dilatorias, y que dichos mecanismos sí son idóneos respecto del fin a alcanzar.

e) Respecto del argumento de la “presunción de legalidad” del acto administrativo, el tribunal se refiere a él en su considerando decimocuarto, descartando su procedencia de plano, en los siguientes términos: “Este Tribunal no encuentra el eslabón lógico necesario de la justificación del requisito que impone el inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario para el ejercicio de la acción de reclamo, pues la eficacia y el imperio de las resoluciones administrativas dicen relación con su cumplimiento y no con las barreras que se establezcan para reclamar de ellas”

Es de esta manera, como el Tribunal Constitucional finalmente llega a una convicción suficientemente respaldada por todos los elementos de juicio ya reseñados y que en definitiva, le permiten alcanzar el quórum suficiente para declarar derogado el inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario, por vulnerar este, los N° 1 y N° 5 del art. 19 de la Constitución Política de la República, donde se garantizan respectivamente: “La igual protección de la ley ante el ejercicio de sus derechos y el derecho a un justo y racional procedimiento”.

6.3.1 Análisis de la Prevención Contenida en el Voto de Mayoría y del Voto de Minoría.

La prevención en el voto de mayoría, fue realizada por el Sr. Enrique Navarro Beltrán, quien, a grandes rasgos, manifestaba encontrarse de acuerdo con el fallo en cuanto a la lógica subyacente que se utilizó respecto del principio “*Solve et repete*”, y respecto de la inadecuación de la norma respecto del fin de alcanzar un efecto disuasivo. En este sentido, y respecto de los argumentos para rechazar la aplicación del “*Solve et repete*”, menciona este ministro la jurisprudencia y doctrina que existe en otras legislaciones, tanto de América como de Europa.

Posteriormente, y respecto del porqué rechazar el argumento del supuesto “efecto disuasivo” de la norma inconstitucional, el ministro Navarro hace ver un dato claro respecto de lo ineficaz de dicho fin, en los siguientes términos: “preguntado en estrados acerca del porcentaje de reclamos presentados en el último año, el representante del Instituto de Salud Pública señaló que éste superaba el cincuenta por ciento de los actos que impusieron multas, lo que da cuenta de la ineffectividad del mecanismo de consignación”

En último lugar, se refiere el ministro preveniente acerca del argumento de que existen otras imposiciones similares en nuestra legislación, como por ejemplo en materia laboral. Ante esto, sostiene el señor Navarro que dicha situaciones no son asimilables ya que, lo que ocurría en el caso del art. 474 del antiguo Código del Trabajo, era que se exigía una consignación, pero el monto de esta solo podía ascender a un tercio de la multa, con lo cual, se aprecia desde ya una considerable diferencia con el caso sub lite.

El voto de minoría, fue realizado por los Sres. Don Juan Colombo Campbell y Don Francisco Fernández Fredes, quienes estuvieron por no dar lugar a la inconstitucionalidad, en atención a la siguiente consideración:

Señalan que, para que tenga lugar la declaratoria de inconstitucionalidad, se requiere que: “el precepto legal reprochado no admita interpretación que lo haga conciliable con la normativa constitucional”. Es así que, en base a esta premisa, los ministros Colombo y Fernández consideran que la norma impugnada no es una barrera exagerada e irracional que impida el acceso al sistema de justicia, debido a que sus efectos inconstitucionales se pueden anular o soslayar, por aplicación del inciso final del art. 3 la Ley N° 19.880, sobre Bases Generales de los Procedimientos Administrativos, el cual señala lo siguiente: “Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y de exigibilidad frente a sus destinatarios desde su entrada en vigencia...salvo que mediere una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del proceso impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional. De esta forma, los ministros, a través de una interpretación sistémica de la legislación, consideran que la limitación del derecho en este caso no es absoluta o irracional como lo señala el voto de mayoría.

6.4 Inconstitucionalidad de las “Tablas de Factores”

Para finalizar este capítulo de nuestro trabajo, analizaremos el siguiente fallo, de más de doscientas páginas, en virtud del cual el Tribunal Constitucional, actuando de oficio, procedió a declarar inconstitucional los números 1, 2, 3, 4 del inc. 3° del artículo 38 ter de la Ley N°18.933. Dicha sentencia fue dictada con fecha 6 de agosto del presente, y fue publicada en el Diario Oficial el día 9 de agosto.

Partamos por señalar qué dice la norma impugnada: Art. 38 ter de la ley N° 18.933: “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 instrucciones 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. En todo caso, la tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá autorización previa de la Superintendencia; dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla. Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las Instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización...”

Además, para efectos metodológicos, debemos saber cuál es la definición del término “tabla de factor”. Esta se encuentra en la letra n) del artículo 2º de la Ley Nº 18.933, actual artículo 170 del texto refundido de dicha legislación (D.F.L. Nº 1, de Salud, de 2005). Se entiende por tabla de factor: “aquella tabla elaborada por la Institución de Salud Previsional cuyos factores muestran la relación de precios del plan de salud para cada grupo de personas, según edad, sexo y condición de cotizante o carga, con respecto a un grupo de referencia definido por la Superintendencia, en

instrucciones de general aplicación, el cual asumirá el valor unitario. Esta tabla representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida, el que es conocido y aceptado por el afiliado o beneficiario al momento de suscribir el contrato o incorporarse a él, según corresponda, y que no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan”

Por lo tanto, debemos entender como el fundamento para declarar inconstitucional este artículo, el que el aumento que sufre el precio de los contratos de salud, atendidas las tablas de factores en la medida que varía la vulnerabilidad de las personas, según su edad y sexo, configuraría una discriminación arbitraria e inadecuada que vulnera los numerales 2º, 9º y 18º del art. 19 de la Constitución Política de la República, esto es, el derecho a la igualdad, el derecho a la protección de la salud y, el derecho a la seguridad social, respectivamente.

Respecto del traslado que se le dio al Presidente de la República, al Senado y a la Cámara de Diputados, para emitir su opinión sobre este asunto, con fecha 20 de mayo del año 2010, el Presidente de la República efectúa una presentación, en donde a grandes rasgos, hace presente lo siguiente:

a) Respecto del rol que cumplen las tablas de factores en el sistema privado de salud, señala el Jefe de Estado que: “los planes de salud son, en definitiva, contratos de seguros frente a determinados riesgos, la prima dependerá del monto cubierto por la probabilidad de incurrir en el riesgo asegurado. Luego, dicha situación requiere contar con mecanismos de ajustes de precios que permitan hacer viable un sistema que no cuenta con subvenciones estatales y/o con mecanismos de ajustes de riesgos de salud”. Se agrega que “ante la evidencia estadística de diferencias de gasto en salud por sexo y edad, la tabla de factores consagrada en nuestra legislación recoge dichas variables, respondiendo a una lógica sanitaria de base objetiva, cuyos

elementos configuradores resultan, en consecuencia, razonables”. Agrega en la presentación además, que la norma impugnada, esto es el artículo 38 ter de la Ley N°18.933: “no cuantifica la variación del factor entre cada grupo, sino que sienta las bases para la determinación de cada tramo etario”

b) Acerca de la eventual vulneración por parte de la norma presuntamente inconstitucional respecto del derecho a la igualdad, hace presente el Presidente de la República que: “que para ajustarse a la Constitución las diferencias de trato deben ser establecidas con parámetros incuestionables, es decir, razonables y justificados” Agrega también, que la igualdad como tal no se debe entender como un asunto absoluto, ya que siempre es necesario ponderar, así en palabras del mismo Presidente de la República: “el respeto a la igualdad ha sido complementado con la protección de las denominadas igualdades esenciales, de donde resulta inconstitucional tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales”

c) En cuanto a la eventual vulneración del derecho a la protección de la salud, contenido en el N° 9 del art. 19 de la Constitución Política de la República. El Presidente de la República, junto con recordar el rol de subsidiariedad que cumple el Estado en materia de prestaciones de salud, hace presente que la constitución no ha establecido un sistema único de salud y que por ende, las personas son libres para optar por el sistema público o privado. En definitiva, acaba señalando el Jefe de estado que: “...si se estableciera que una persona no debe pagar un mayor precio por el plan que le ofrece el sistema privado de salud o por todo aquello que no cubre el Plan Auge, implicaría irrumpir en un tema que excede la seguridad social y se ubica en un ámbito contractual propio de cada cual”. Básicamente por esta motivaciones, el ejecutivo solicita al Tribunal Constitucional que no declare inconstitucional el artículo 38 ter de la Ley N°18.933.

Posteriormente, y en audiencias públicas que tuvieron lugar los días 25 y 26 de mayo del año 2010, el Tribunal Constitucional procedió a observar las exposiciones escritas y orales de diversas organizaciones e instituciones involucradas directa o indirectamente en el asunto a resolver.

En primer lugar, Intervinieron en esta etapa: IsapreConsalud, IsapreBanmédica, IsapreBanmédica, la Asociación de Isapres, Isapre Cruz Blanca quienes, como era de esperarse, abogaron por que el Tribunal Constitucional no declarara la inconstitucionalidad. Para ello, expusieron al tribunal las siguientes consideraciones:

- a) En primer lugar, reiteran la estructura del sistema de prestaciones de salud en nuestro país, donde existe la opción de ingresar al sistema público o bien, optar por el sistema privado. Desde esta premisa, sostienen las Isapres que, al momento del afiliado voluntariamente contratar con el sistema privado, lo que hace es someterse a los términos de tal convención, con lo cual, no se estaría atentando de modo alguno contra las normas de la Constitución Política de la República.
- b) Asimismo se hace presente que la norma en cuestión no es inconstitucional, en el sentido de que la edad y el sexo como factores de riesgo, si bien son discriminatorios, no representan una discriminación arbitraria, toda vez que sería “razonable” en este caso hacer la diferenciación.
- c) Se señala también que el actual sistema no deja en la indefensión al afiliado, puesto que, en relación al caso de cotizantes “cautivos”, la ley contempla medios para impugnar las alzas que pudieren ser desmedidas en los

precios de los contratos de salud, esto, por la vía del arbitraje ante la Superintendencia de Salud.

Por su parte, y abogando por la procedencia de la declaratoria de inconstitucionalidad, expusieron: don Javier Fuenzalida Asmussem, en representación de la sociedad “Javier Fuenzalida y Cía.”; un grupo de once diputados del Partido Socialista; el representante de la empresa “Infolex Ltda.”; la representante de la corporación “Humanas”, los representantes de la sociedad de geriatría y gerontología de Chile y, finalmente, un grupo de profesores de derecho constitucional. Dentro de las ideas fuerza de estos intervinientes, hemos decidido rescatar las siguientes:

a) En primer lugar, se resalta el carácter presuntamente monopólico que tendría el manejo del sistema de planes de salud, por parte de las Isapres. En este sentido, se indica por parte de la empresa Javier Fuenzalida y Cía que “el precio de los contratos de salud se fija unilateralmente por la respectiva Isapre, y que éste es conocido sólo el primer año de vigencia del acuerdo de voluntades suscrito”. Por lo tanto, a partir de un año hacia adelante, no se estaría cumpliendo con el requisito básico y esencial de este tipo de contratos, el cual es la determinación del precio de la cosa o servicio prestado.

b) También se resalta el hecho que, por efecto de una variable involuntaria para los afiliados al sistema de salud, como lo son la edad y el sexo, se permita el incremento de los planes de salud, representaría a todas luces, una discriminación arbitraria desde el punto de vista constitucional.

c) Rescatable resulta por cierto, la opinión emitida por la sociedad de geriatría y gerontología de Chile, según quienes, el criterio de la edad es erróneo al momento de establecer los precios de los planes de salud, ya que, en sus

propias palabras: “la edad no es relevante en esta materia, sino que lo que importa es el estado de salud de la persona, pues se puede tener 40 años de edad y un corazón de una persona de 60”. Misma opinión sostienen el grupo de profesores de derecho constitucional, según quienes: “la norma legal de que se trata admitiría un trato discriminatorio no previsto por la Constitución, ya que invocando tal disposición las Isapres han procedido a crear una categorización por grupos de personas beneficiarias de los planes de salud que ellas ofrecen, fundada en una presunción de riesgo que no necesariamente está justificada”.

6.4.1 Razonamiento del Tribunal Constitucional.

Lo primero que merece ser mencionado, es el análisis que efectúa el fallo en su considerando septuagésimo cuarto, en donde muestra como en nuestra legislación, en relación a la materia que estamos analizando, históricamente se había prohibido de manera expresa el uso de la edad y el sexo como factores determinantes del precio de los planes de salud. Sin, embargo, ya sabemos que la norma impugnada, permitía el uso de ambos como criterios de fijación de precios.

Parte advirtiendo el Tribunal Constitucional, en su considerando centésimo cuadragésimo segundo que, atendida a la naturaleza abstracta del razonamiento a realizar, los criterios que intentará identificar serán los de racionabilidad, proporcionalidad y el de necesidad. Buscando determinar si el medio empleado para alcanzar determinado fin, presuntamente lícito, constituye una diferencia arbitraria y por tanto, merecedora de una declaración de inconstitucionalidad.

Posteriormente, en su considerando centésimo cuadragésimo cuarto, los ministros del tribunal, anticipan cuál será su opinión (la afirmativa por declarar la

inconstitucionalidad), en los siguientes términos: “este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social...”

Más adelante, los ministros dan a conocer su parecer, respecto a porqué los contratos de los afiliados a las Isapres, no pueden ser mirados desde el punto de vista meramente privado del derecho de seguros puesto que, en los propios términos del fallo: “...no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado. Así, las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público”

Respecto del derecho a la seguridad social, el Tribunal Constitucional lo entiende vulnerado en los mismos aspectos que el derecho a la protección de la salud. En palabras del propio tribunal: “...no estableciéndose en la fijación de la relación máxima entre el más alto y el más bajo de los factores de cada tabla que surge del número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, ninguna precisión ni regla especial para las personas que se encuentran en situación de obtener las prestaciones de seguridad social, se vulnera su propósito esencial: La Seguridad social tiene su razón de ser en que los administrados están sujetos a contingencias sociales. La necesidad de proteger de estas contingencias al ser humano y a los que de él dependen emana de su derecho a la existencia; de la obligación de conservar su vida y hacerlo en un nivel digno y acorde con su condición de tal”.

6.4.2. De las prevenciones y de los votos de minoría.

La primera prevención, efectuada por el ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, dice relación únicamente con que las normas declaradas inconstitucionales, contienen una regulación “incompleta e imprecisa” de las reglas que permiten establecer, mediante las tablas de factores, los precios de los planes de salud y que, es debido a ese vicio que se producen las consecuencias inconstitucionales que ya hemos examinado.

Posteriormente, viene la prevención efectuada por los ministros Vodánovic y Fernández, quienes estimaban que procedía declarar la inconstitucionalidad de todo el art. 38 ter de la ley N° 18.933, y no solamente de los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933. De este modo, consideran los prevencionistas que: “...las normas del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 que permiten incrementar los precios base de los contratos de salud por la vía de aplicarles factores de riesgo independientes de la voluntad de los sujetos asegurados (como son el sexo y la edad), más aun si se considera que esos precios base están expresados usualmente en unidades indexadas, que se reajustan automáticamente conforme se incrementa el Índice de Precios al Consumidor, vulneran ostensiblemente las garantías constitucionales consagradas en los numerales 2°, 9° y 18° del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental y, por ello, el vicio de inconstitucionalidad afecta al mencionado artículo en toda su extensión”.

A continuación, revisaremos los pasajes a nuestro juicio más relevantes contenidos en el primer voto de minoría, que fuere realizado por la Ministra doña Marisol Peña Torres:

a) En una primera idea, señala la señora ministra que, para que proceda la declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional debe actuar de manera

restrictiva, atendido a la denominada “presunción de constitucionalidad de los actos administrativos”. Además, y en esta misma línea, señala el magistrado que solo habrá lugar a la declaración de inconstitucionalidad cuando el conflicto entre la norma impugnada y la carta fundamental sea tan evidente que no admita posibilidad alguna de que la norma pueda conciliarse con la constitución. En segundo lugar, se señala por parte del voto de minoría que, otro de los parámetros que han de tenerse en cuenta es que el Tribunal Constitucional debe abstenerse de producir con sus decisiones efectos más nocivos que si la norma inconstitucional hubiese seguido vigente. Esto último, a juicio de este ministro, es precisamente lo que no ocurre con criterio utilizado por el voto de mayoría.

b) Posteriormente, el voto de minoría se refiere a los casos concretos en donde el inc. 3 de la ley 18.933, fue declarado “inaplicable”. En este sentido, se señala que en todos esos casos, las personas requirentes eran individuos que sobrepasaban los 60 años de edad y que además eran cotizantes “cautivos” y que por lo tanto, se encontraban en situaciones de vulnerabilidad “objetivas”.

c) Más adelante, se examinan los porcentajes y rangos que aplican las Isapres en las tablas de factores, quedando de manifiesto (a juicio del voto minoritario) que no obstante las deferencias, lo que se genera es una situación de “bastante inestabilidad”. Es más, incluso señala que: “en determinados tramos, el factor correspondiente a la edad del afiliado o de sus cargas tiende a mantenerse en el tiempo o, incluso, a bajar.

d) Finalmente y argumentando por qué a su juicio, derogar los cuatro primeros números del inc. 3º del art. 38 ter de la ley N° 18.933 resultaría en los hechos, más dañino que no hacerlo, se señala que subsistiría el problema que cómo se determinarán a futuro la estructura de las tablas de factores. Así según la ministro, dicha situación se solucionaría a través de la aplicación del resto de los artículos de la ley N° 18.933 que no fueron derogados y en virtud de los cuales se llegaría a la conclusión de que a futuro, las Isapres y las Superintendencias gozarán de una mayor libertad para fijar las tablas de factores. Por lo tanto, todo quedaría al arbitrio de dichas

instituciones, con lo cual el riesgo de abusos y mayores arbitrariedades permanecería latente. En definitiva, y tal como lo sostiene el voto de minoría: “Dicha incertidumbre no se compadece con el deber que se asigna al Estado de proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”.

Finalmente, revisaremos los pasajes esenciales contenidos en el segundo voto de minoría, que fuere realizado por el Ministro don Enrique Navarro Beltrán:

Parte señalando este voto de minoría que, para tomar una decisión adecuada sobre el fondo de la cuestión de inconstitucionalidad de determinada norma, es preciso atenerse a los fundamentos que fueron utilizados para declarar la inaplicabilidad de la misma norma, puesto que los unos dependen directamente de los otros. En este sentido, señala este ministro que lo que hay que analizar: “...son los vicios, razones constitucionales y fundamentos en virtud de los cuales se declaró previamente la inaplicabilidad por esta Magistratura”. Más adelante en la sentencia, el ministro Navarro concluye que en los cuatro casos específicos, efectivamente se vulneraban las garantías de los incisos 2º, 9º y 18º de la Constitución Política de la república.

Ahora bien, nosotros debemos preguntarnos, si este es el parecer del Ministro Navarro, ¿porque entonces votó en contra de la inconstitucionalidad?, la respuesta a esto se encuentra en que este ministro considera que, en ninguno de los cuatro casos específicos en donde se declaró la inaplicabilidad, el precepto legal “resultaba decisivo” para la resolución del caso, ya que, el tan mencionado inc. 3º del art. 38 ter de la ley N° 18.933, entró en vigencia el año 2005, en circunstancias que los contratos por los que reclaman los cuatro afiliados cuyas inaplicabilidades motivan la presente sentencia,

fueron celebrados con anterioridad. Por lo tanto, dichos contratos no se vería afectados por estas normas inconstitucionales.

Cómo otro elemento, queda mencionar que este disidente también considera que las inaplicabilidades que motivaron el presente fallo debieron, atendida a la naturaleza misma de sus pretensiones, ser conocidas por las Cortes de Apelaciones y Suprema, a través del recurso de protección.

Por último, concluye el ministro Navarro, efectuando un llamado al legislador, en los siguientes términos: “en suma, la normativa dictada el año 2005 importó acotar sustancialmente el margen de discrecionalidad en materia de tablas de factores; sin embargo, resulta evidente que las miles de acciones de protección acogidas desde el año 2005 en las Cortes de Apelaciones del país y las acciones de inaplicabilidad que motivan este proceso de inconstitucionalidad dan cuenta de una situación compleja de la que deben hacerse cargo los poderes colegisladores”.

6.5. De las presentaciones posteriores a la declaratoria de Inconstitucionalidad.

Para concluir el presente capítulo, en este apartado nos referiremos a lo que ocurre con los nuevos recursos de inaplicabilidad que pueden, y de hecho se presentan en la práctica, respecto de preceptos que ya han sido declarados inconstitucionales por parte del Tribunal Constitucional, ya que si bien el precepto se “entiende derogado”, ya hemos señalado a lo largo de nuestro trabajo que esta declaración no producirá efecto retroactivo, por lo que surge la duda respecto de qué ocurre con los recursos de inaplicabilidad que se presentan a consecuencia de hechos acaecidos con anterioridad a la publicación de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad. Para efectos netamente metodológicos, subdividiremos el presente apartado en dos, tratando en primer lugar lo que ha ocurrido en relación al art.

116 del Código Tributario, y, en segundo lugar, todo lo referente al art. 38 ter de la denominada “ley de Isapres” ya que, tal como lo podremos apreciar, el tratamiento que han recibido ambos casos, por parte del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, no ha sido el mismo.

6.5.1. Sobre el art. 116 del Código Tributario.

Respecto de lo que ha ocurrido en relación al art. 116 del Código Tributario, el cual fuere declarado inconstitucional por sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, con fecha 26 de marzo del año 2007, y publicada el día 29 del mismo mes, partamos por señalar que en esta materia, el Tribunal Constitucional ha tenido una especie de contienda de criterios en relación a la Corte Suprema, ya que desde un comienzo, y en especial a principios del año 2008, se consideraban por parte del Tribunal Constitucional, improcedentes todos los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentados en base a este artículo. En este sentido, el argumento utilizado por el Tribunal Constitucional era bastante sencillo puesto que, al encontrarse dicha norma derogada, no se podía hablar de un “precepto legal” en los términos del artículo 93 de la Constitución Política de la República. De esta forma, el tribunal consideraba improcedente la inaplicabilidad porque no se cumplía con dos de los requisitos para impetrar dicha acción, estos eran: que el precepto resultare decisivo en el asunto sometido a su consideración (no puede resultar decisivo un precepto inexistente) y además, la exigencia de un fundamento plausible en la presentación del escrito. En este orden de cosas, se señala por parte del Tribunal Constitucional, en el considerando décimo sexto, de una sentencia dictada con fecha 24 de enero del año 2008⁸⁰, lo siguiente: “...que esta Magistratura, en ejercicio de la competencia específica que le asigna el requerimiento, debe precisar que en la época en que se efectuó la delegación el artículo 116 del Código Tributario sí tenía plena eficacia de ley y careciendo de ella ahora, no le corresponde a este Tribunal Constitucional declarar

⁸⁰Sentencia del Tribunal Constitucional. Causa Rol: 960-2008.

su inaplicabilidad retroactiva...”. Para posteriormente señalar: “...que en mérito de lo considerado precedentemente este Tribunal decidirá que carece de facultades para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal que no tiene existencia constitucional y que, además y a mayor abundamiento, como su principal consecuencia, ya no puede tener efecto alguno en la decisión del fondo de la materia en litis...”.

Pues bien, y al ver los contribuyentes ya agotada esta sede, y ante la aparente imposibilidad por parte de ellos de reclamar por la aplicación del art. 116 del Código Tributario a sus respectivos procesos, por el hecho de haberse iniciado estos en una fecha anterior a la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional, surge la voz de la Excelentísima Corte Suprema, la cual, a través de la aplicación de los artículos 83 inciso 1° y 84 inciso final del Código de Procedimiento Civil, ha procedido a “remediar” de alguna manera esta aparente desigual aplicación de la ley, declarando la nulidad de todo lo obrado en dichos procesos, ordenando retrotraer todos los autos, a la etapa en que el Juez Tributario (el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, y no un funcionario de dicho Servicio) se deba pronunciar sobre el reclamo interpuesto en tiempo y forma por parte de los contribuyentes. Para explicar las motivaciones de la Corte, hemos decidido utilizar solo uno de los centenares de fallos que existen al respecto. Dicha sentencia es la rol: 4796-2006, y que fue dictada con fecha 27 de agosto del año 2008 por la Corte Suprema.

A grandes rasgos, dicha decisión se fundamenta en que, si bien por una parte las actuaciones del Juez Tributario se desarrollaron mientras el art. 116 del Código Tributario permanecía vigente, no por eso le es imposible al Tribunal Constitucional, aplicar una especie de “inaplicabilidad retroactiva” dado que, dicha actitud es perfectamente factible en otras materias, como por ejemplo en el caso del art. 22 de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes en donde, un precepto derogado sí puede resultar aplicable a un proceso en curso. Por otro lado, y entrando al fundamento mismo del fallo en comento, señala este en su considerando decimoséptimo, que: “la derogación del artículo 116 del Código Tributario por la sentencia de inconstitucionalidad produce efectos sobre los juicios pendientes porque dada su

naturaleza procesal, la norma conserva permanente su aplicación, pues se mantiene vigente dicha delegación durante todo el juicio, no cesa ni siquiera al ser recurrida la sentencia definitiva dictada por el juez tributario, ya que en virtud del efecto suspensivo que envuelve la apelación contra una sentencia definitiva queda suspendida su competencia y, por tanto, la delegación continúa existiendo, y en el momento en que quede ejecutoriado el fallo recobrará en plenitud su competencia a fin de velar por el pago de los impuestos...la sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional al poseer los efectos de una ley derogatoria produce entonces efectos en todas las causas que se encuentran pendientes, toda vez que la norma del artículo 116 del Código Tributario es una norma de carácter procesal caracterizada por su aplicación permanente en el juicio. Por tanto, los efectos de una ley derogatoria prevalecen sobre la disposición procesal anterior desde el momento en que comienza a regir, como se desprende del artículo 24 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes". Por otro lado, y dejando en evidencia una aparente contradicción en el criterio que fuere seguido por parte del Tribunal Constitucional, se señala en el considerando décimo cuarto del fallo en comento que: "Sostener lo contrario, esto es que la norma se encuentra vigente para los procesos pendientes y que éstos no se ven afectados por la sentencia del Tribunal Constitucional que la derogó, significa en primer lugar una contradicción en que habría incurrido el propio Tribunal Constitucional al no aceptar conocer de los recursos de inaplicabilidad, en su fallo de 24 de enero de 2008, por haber sido derogada la norma; y, por otra parte, significa que los innumerables recursos de inaplicabilidad acogidos, primero por la Corte Suprema y después por el Tribunal Constitucional, habrían sido indebidamente acogidos, ya que la norma no podía ser aplicada en los respectivos procesos, pues ello ya habría ocurrido con anterioridad, lo que no resulta razonable y no guarda relación con lo obrado por ambos tribunales...".

Ahora bien, y en relación a lo que ocurre respecto de las causas ya terminadas, señala la Corte Suprema, en el considerando decimoctavo del mismo fallo que: "...por otra parte, la decisión acerca de los efectos en el tiempo de una ley en este caso, de una sentencia, es de competencia de los jueces del fondo; y es cierto que la

derogación de la norma en referencia no puede regir en cuanto a las causas afinadas, porque en ellas hay sentencia firme, con efecto de cosa juzgada, y por ello importaría la afectación de derechos adquiridos. Sin embargo, distinta es la situación respecto de las causas pendientes, en las que no hay sentencia firme y, por ende, no hay una situación consolidada protegida por la cosa juzgada ni derechos adquiridos con relación a ella. En este último caso no se da efecto retroactivo al fallo del Tribunal Constitucional cuando se lo aplica a dichas causas pendientes, porque no se afecta ningún derecho adquirido sino sólo meras expectativas.”.

Además, se hace presente por parte de la Corte Suprema que, dar una interpretación distinta a la que ella hace acerca de la materia en comento, implicaría una desigual aplicación de la ley para las personas, cosa que se debe intentar evitar. Lo anterior lo indica la Corte, en el considerando vigésimo del fallo que citamos, y lo hace en los siguientes términos: “...resolver de otro modo (es decir rechazando la solicitud de inaplicabilidad) importaría una desigual aplicación de la ley dependiendo de la época en que acontecieron las actuaciones del juez tributario, pues para el futuro el citado artículo 116 es inconstitucional y se encuentra derogado, por lo que no se podría recurrir a él en casos similares al de autos que se presenten en lo sucesivo; mientras que para aquellas situaciones ocurridas con anterioridad a su derogación y aún no resueltas debería entenderse que dicho precepto se encuentra vigente y por lo mismo podría ser utilizado para decidir las...”.

Finalmente, y ante el vicio evidente que se extrae de la falta de legitimación en el ejercicio de la jurisdicción por parte del “juez” tributario, respecto del caso que venimos comentando y, por aplicación del art. 83 N° 1 y 84 del Código de Procedimiento Civil, se procedió por parte de la Corte Suprema a declarar la nulidad de todo lo obrado en autos. De esta manera, hoy en día podemos apreciar cómo es que se ha encontrado una vía para evitar una injusta aplicación de la ley, por parte de la Corte Suprema, en relación al artículo 116 del Código Tributario.

6.5.2. Sobre el art. 38 ter de la “Ley de Isapres”.

A diferencia de lo que ocurrió con el art. 116 del Código Tributario, en el caso de los números 1, 2, 3, 4 del inc. 3º del artículo 38 ter de la Ley N°18.933, el Tribunal Constitucional ha pasado a considerar perfectamente posible la interposición de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de un precepto legal derogado. Todo esto, fundándose básicamente en que, lo que exige la Constitución para la procedencia de la inaplicabilidad, no es que la norma se encuentre “vigente”, sino que simplemente sea “aplicable” al caso concreto. Es más, incluso se señala por parte del Tribunal Constitucional, que con esto se apreciaría que el propio constituyente ha previsto (con la redacción del art. 93 N°6 de la C.P.R.) la posibilidad de que se produzca una ultra actividad de normas que han sido derogadas.

Ahora, y más allá de lo anteriormente señalado, nos parece interesante destacar que los abogados de las personas que han visto como aumentan los precios de sus planes de salud, produciendo efectos eventualmente inconstitucionales, no solamente han recurrido de inaplicabilidad para ante el tribunal Constitucional, sino que también han llegado a la última instancia en la tramitación de sus respectivos recursos de protección, los cuales, han venido mostrando buenos resultados, a través de sendas sentencias revocatorias emitidas por la Corte Suprema⁸¹.

Para analizar este asunto, y al igual que en el apartado anterior, hemos decidido utilizar solo uno de los centenares de fallos que existen en esta materia y que han sido dictados por el Tribunal Constitucional. Dicha sentencia es la rol 1552 del año 2010 y que fuere dictada con fecha 28 de octubre del mismo año.

⁸¹Causas rol: 8837/2010, del 28 de enero de 2011; rol: 601-2011, del 28 de enero de 2011; rol: 566-2011 del 17 de febrero de 2011.

Respecto de dicha sentencia, y antes de ver cuáles han sido los fundamentos de los que ha echado mano el Tribunal Constitucional para estimar procedente la inaplicabilidad de un precepto legal derogado, hemos decidido mencionar el argumento utilizado por la Isapre para solicitar a su vez, que el recurso sea rechazado. En este sentido, se señala por parte de la Isapre recurrida que: “el artículo 38 ter no se aplica a las tablas de factores contenidas en contratos de salud vigentes con anterioridad al 1° de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 20.015 y en que comenzó a regir dicho precepto impugnado...”. Es decir, si bien se acepta que el art. 38 ter está derogado, se entiende por parte de la Isapre que igual no le es aplicable a un contrato suscrito con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 20.015, con lo cual, malamente se podría declarar inaplicable, un precepto que en la práctica “no se aplicó”.

A continuación, veremos algunos de los pasajes que consideramos más relevantes en relación a este y otros fallos, en cuanto acogen la inaplicabilidad, para posteriormente concluir el presente apartado, mencionando los fundamentos que ha tenido uno de los Ministros del Tribunal Constitucional, para votar por rechazar la inaplicabilidad.

En primer lugar, se hace presente por parte del tribunal la existencia del art. 22 de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes, según el cual: “...en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración...”. Es decir, que en base a este artículo se podría argumentar que, a pesar de haberse derogado una norma, esta puede seguir existiendo en el contexto de determinada relación contractual, en cuyo momento, aún estaba vigente la norma. Sin embargo, el propio tribunal se encarga de desechar esta posibilidad en el considerando noveno del fallo que estamos comentando, y lo hace en los siguientes términos: “...forzoso resulta concluir que si una ley, por contravenir la Carta Fundamental, es excluida del ordenamiento jurídico, quedando, en consecuencia, invalidada, no puede subsistir tampoco en razón de una estipulación contractual, puesto que ella estaría afectada hacia el futuro del mismo vicio que motivó la declaración de inconstitucionalidad;

Ahora bien, en cuanto a los fundamentos de otras sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional sobre la misma materia, para proceder a declarar inaplicable el art. 38 ter, a pesar de encontrarse este derogado, estos son variados: Por un lado se resalta que las Isapres actuarían arbitrariamente al revisar los precios de los planes de salud de sus afiliados sin una justificación razonable, afectando directamente su derecho a la propiedad consagrado en la Constitución, ya que el aumento del precio de los planes implica una disminución efectiva del patrimonio de los recurrentes. Por otra parte, y más relacionado con nuestro tema de estudio, se señala por parte de algunos recurrentes que, aun habiendo contratado el plan de salud antes de que se publicara la sentencia que declara la inconstitucionalidad del art. 38 ter de la “Ley de Isapres”, el aumento del precio del plan, les fue notificado después del 9 de agosto del año 2010 (fecha de la publicación) por lo que el actuar de la Isapre, sería evidentemente ilegal. Finalmente, se hace presente por parte del tribunal, que si bien es cierto que las declaraciones de inconstitucionalidad no deben tener efecto retroactivo, no es menos cierto que cuando una persona contrata un plan de salud con una Isapre, no estamos en presencia de un simple seguro de salud que se pueda regir plenamente por las disposiciones del derecho privado, sino que por el contrario, estamos hablando de un derecho constitucionalmente garantizado, en donde entramos de lleno en el ámbito del derecho público. En definitiva, las modificaciones al marco regulatorio de los contratos, en la medida que dichas modificaciones sean de orden público, producen efectos “*in actum*” y son aplicables, tanto a los contratos pasados como a los futuros.

Finalmente, solo nos queda mencionar, y siempre sobre el fallo que venimos comentando, la naturaleza del voto de la Ministra doña Marisol Peña Torres, quien estuvo por rechazar la inaplicabilidad. En primer lugar, hace presente la Ministra que, en la oportunidad que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el inciso tercero del art. 38 ter de la ley de Isapres, no lo hizo en su totalidad, sino que solo en cuanto a sus numerales 1°, 2°, 3° y 4°. En este sentido, según la Ministra, lo que cabe preguntarse es si el resto de los incisos y numerales que no fueron derogados, pueden eventualmente recibir aplicación en la gestión pendiente que se encuentra ante la Corte de Apelaciones respectiva. De esta forma, señala la Ministra, en el considerando

octavo de su voto de minoría que: "...puede inferirse que el alza en el precio del plan de salud del requirente... se debe a la aplicación de la tabla de factores de riesgo incorporada al contrato de salud suscrito entre el requirente y la Isapre (plan suscrito en el año 2001)". Por lo tanto, si bien se han derogado los numerales 1°, 2°, 3° y 4° del art. 38 ter de la ley de Isapres, y dicha derogación se efectuó con posterioridad a la suscripción del contrato de salud entre las partes: "la tabla de factores no está ni puede estar regida por el precepto cuya inaplicabilidad para el caso concreto se solicita."

A mayor abundamiento, agrega esta Ministra que: "...en consecuencia, resulta evidente que el precepto legal impugnado en la especie no tendrá incidencia en la resolución del asunto *sub lite*, toda vez que no es legislación aplicable al contrato de salud que vincula actualmente al actor y a la Isapre requerida. Ello, en la medida que el referido contrato es anterior al año 2005 y que no se ha aceptado un plan alternativo ni tampoco se ha contratado un plan de salud distinto por el requirente, según consta del mérito de autos..."

7. Conclusiones Finales.

Luego de haber investigado de manera seria y exhaustiva, las diversas aristas que envuelven el tema objeto de nuestro estudio, es el sentimiento de este autor, considerar categóricamente demostrada, la hipótesis que dio vida a la presente memoria; esto es, haber podido probar que el legislador en el artículo N° 94 de la Constitución Política de La República, específicamente, la parte donde señala que los preceptos que el tribunal Constitucional declare “Inconstitucionales”, se entenderán “derogados”, ha cometido (ya sea de manera voluntaria o no) un evidente error de técnica legislativa, dado que, a lo largo de las páginas precedentes, han quedado meridianamente claros una par de aspectos, los cuales paso a mencionar:

En primer lugar, el término “derogación”, como tal, posee un correlato que es la promulgación. Así, en este sencillo orden de cosas, queda ya claro que, el único órgano que puede “derogar normas”, es el mismo que “las crea”, es decir, el parlamento o, a lo sumo, el Presidente de la República en su calidad de colegislador.

Luego, si el Tribunal Constitucional, en tanto no es legislador, no puede “derogar” normas, entonces ¿Qué es lo que ocurre con esas normas que han sido alcanzadas por los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad emanada de las sentencias del Tribunal Constitucional? A nuestro juicio, lo que ocurre con esas normas es evidentemente una anulación de dicha norma, por encontrarse en contradicción con normas de superior jerarquía. Todo esto, según la concepción Kelseniana de sistema jurídico.

Ahora bien, si lo que ocurre es una anulación (y dejando de lado la impropiedad en los términos por parte del legislador); ¿Por qué razón estas sentencias que anulan normas que nunca debieron existir por pugnar con preceptos de rango superior, no producen efectos retroactivos (como opera normalmente toda anulación) y solo rigen a futuro?, o dicho de otra forma; ¿Por qué los ciudadanos debemos seguir soportando los efectos de una norma que ha sido declarado inválida y que jamás debió existir? A nuestro juicio, esto es por motivos de pura conveniencia práctica y certeza jurídica. Así, dándole efectos irretroactivos a las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad emitidas por el tribunal Constitucional, se evita tener que estar permanentemente revisando contratos, reviviendo procesos judiciales fenecidos, y en otras palabras, tocando situaciones jurídicas ya consolidadas en el pasado, a pesar de haberse consolidado bajo el amparo de una norma que jamás debió existir.

En fin, y para redondear, lo que se produce con las sentencias del Tribunal Constitucional, nos lleva a la misma situación que tantas veces hallamos en doctrina para encasillar una situación compleja. Y, tal como en otros casos, hemos optado por tomar una postura intermedia, afirmando que, el efecto que producen las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad dictadas por el Tribunal Constitucional, es una “Invalidación Sui Generis o ad-hoc”. Respecto de esto último, en nuestro deber señalar que existen opiniones contrarias a la nuestra (en cuanto a la hipótesis central de nuestro trabajo respecto a que la Constitución adolecería de un grave error de técnica legislativa al decir “derogado” en vez de “anulado”), ya que según algunos, la antinomia entre nulidad y derogación, solo sería propia del derecho sustantivo. Es más, incluso algunos consideran que aquí ni siquiera estamos ante una “anulación sui generis”, sino que se trataría de una “derogación sui generis”, que debe diferenciarse de la derogación efectuada por el legislador, toda vez que esta última, obedece solo a razones de mérito, mientras que la “derogación sui generis” que lleva a cabo el Tribunal Constitucional, solo respondería a la verificación de un vicio constitucional de

orden público. En fin, nuestro humilde deseo es que cada persona que acceda a esta memoria se forme su propia opinión, como debe ser.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- 1- AGUILO, Josep. "Sobre la Derogación", Distribuciones Fontamara S.A. México D.F. 1995.
- 2- ALCHOURRÓN, Carlos. BULIGYN, Eugenio. "Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales", Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002
- 3- AROSTICA MALDONADO, Iván. "La Intangibilidad de los Actos Administrativos Favorables, Como Límite a la Revocación e Invalidación de Oficio", texto que forma parte del libro: "Ley N° 18.880 Sobre Procedimientos Administrativos (Conferencias)". U. Santo Tomás, año 2003
- 4- BASCUÑAN RODRIGUEZ, Antonio. "Sobre la Distinción entre Derogación Expresa y Derogación Tácita", en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, 2000. Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social.
- 5- CARRILLO, Marc. "Las Funciones del Tribunal Constitucional: El Modelo Europeo y el Caso Chileno" en Cuadernos de Análisis Jurídicos, n° 41, año 1999, Universidad Diego Portales.
- 6- CARRILLO, Marc. "Una Nueva Fase en la Constitucionalización de los Derechos en la V República". En "Cuadernos de derecho público" del Instituto Nacional de Administración Pública de España. 2009.
- 7- CEA EGAÑA, José Luis. "El Tribunal Constitucional y el Control de las Leyes" en "Escritos de Justicia Constitucional" Tribunal Constitucional, Santiago, 2007.
- 8- Código Civil Chileno, actualizado al mes de febrero del año 2011.
- 9- Constitución Política de la República de Chile, actualizada al mes de enero del año 2010.
- 10-DIAZ DE VALDEZBALBONTIN, Rodrigo: "Improcedencia de la Acción de Nulidad de Derecho Público Respecto de Actos Jurisdiccionales". Texto extraído de Internet.
- 11-GOMEZ, Gastón. "La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional" en "Reforma Constitucional" Francisco Zúñiga (coordinador), Editorial LexisNexis, Santiago, 2005
- 12-FAVOREAU, Louis. "Los Tribunales Constitucionales" Editorial Ariel S.A. Tercera Edición, Barcelona, 1993.

- 13-Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- 14-Jurisprudencia de la Corte Suprema.
- 15-KELSEN, Hans. "Teoría Pura del Derecho", Trad. Roberto Vernengo. Edición, UNAM, México, 1982.
- 16-MATURANA MIQUEL, Cristian. Apuntes de Derecho Procesal, Facultad de derecho, Universidad de Chile, 2009.
- 17-MONTESQUIEU. "El Espíritu de las Leyes" Editorial Ercilla S.A., Santiago, 1988.
- 18-NAVARRO BELTRÁN, Enrique: "El Tribunal Constitucional y Las Reformas Constitucionales de 2005". Texto incluido en el vol. 68, del año 2006 de la Revista de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile"
- 19-NAVARRO BELTRÁN, Enrique"Notas sobre acción de inconstitucionalidad y efecto derogatorio de las leyes".
- 20-NOGUEIRA ALCALA, Humberto. "Las Competencias de los Tribunales Constitucionales de América del Sur". En Revista Ius et Praxis, año 2002, nº2. Universidad de Talca.
- 21-NOGUEIRA ALCALA, Humberto. "El Control Reparador de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales en la Sentencia del Tribunal Constitucional Sobre la Ley Adecuatoria de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional de 2009". Texto que aparece en el libro: "Temas de Derecho Procesal Constitucional", 2010.
- 22-NOGUEIRA ALCALA, Humberto. "El Control Represivo Concreto y Abstracto de Inconstitucionalidad", en "Reforma Constitucional" Francisco Zúñiga (coordinador), Editorial LexisNexis, Santiago, 2005.
- 23- Ley N° 18.880, Sobre Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.
- 24-Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.
- 25-"Reformas Constitucionales del año 2005". Primera Edición, Mayo de 2006. Editado por el Congreso Nacional.
- 26-RIOS ALVAREZ, Lautaro. "El Nuevo Tribunal Constitucional", en "Reforma Constitucional" Francisco Zúñiga (coordinador), Editorial LexisNexis, Santiago, 2005.

- 27-RIOS ALVAREZ, Lautaro. "La jurisdicción Constitucional en Chile", en Gaceta Jurídica, nº 322, Abril, año 2007.
- 28-Sentencia de la Sala Segunda de 23 de Octubre de 1951, en, SCHABEL, Jürgen. "Cincuenta años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán", Traducción de Marcela Anzola Gil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003.
- 29-SILVA CIMMA, Enrique. "El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)". Segunda Edición, 2008.
- 30-SQUELLA, Agustín. "Introducción al Derecho", Editorial Jurídica de Chile.
- 31-SUAREZ, Francisco. "Tratado de las Leyes y del Dios Legislador" Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967. Versión en español de José Ramón Eguillor.
- 32-VALENZUELA SOMARRIBA, Eugenio. "El Tribunal Constitucional de Chile y la Reforma que se Analiza en el Congreso Nacional". 2001.

INFORMACIÓN EXTRAIDA DE INTERNET:

- 1- <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/consejo-constitucional/el-consejo-constitucional.25785.html>.
- 2- http://www.corteconstitucional.gov.ec/images/stories/Constitucion_politica.pdf
- 3- http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_5_1_hm/accion_de%20Inap_5_1-2007.pdf.
- 4- <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias/IMPROCEDENCIA%20DE%20LA%20ACCION%20DE%20NULIDAD%20DE%20DERECHO%20PUBLICO%20RESPECTO%20DE%20ACTOS%20JURISDICCIONALES.p>

