

INTRODUCCIÓN.

La presente tesis tiene como objetivo realizar un análisis sobre la nueva acción o reclamo de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, introducida en la Carta Fundamental por la Ley N.º 20.050, promulgada el 17 de septiembre de 2005, que en lo pertinente, modificó al anteriormente conocido como “recurso de inaplicabilidad”, de competencia de la Corte Suprema de Justicia, establecido en el texto original de la Constitución Política de 1980, reformándolo fundamentalmente en cuanto al órgano al que se le otorga el conocimiento y resolución de esta acción, que ha pasado a ser de competencia privativa del Tribunal Constitucional.

Para explicar la naturaleza de la acción de inaplicabilidad, primeramente efectuaremos ciertas consideraciones acerca de la existencia en nuestro país de un sistema positivo, y de la vigencia en él, de los principios de constitucionalismo clásico que sustentan la concepción del estado de derecho, particularmente, del principio de supremacía constitucional.

En el análisis de los “mecanismos” que la Ley Suprema otorga al ordenamiento jurídico para resguardar la supremacía constitucional, apreciaremos cómo la reforma constitucional mencionada anteriormente afectó al diseño de estos “mecanismos” o “controles”, cuyo óptimo funcionamiento es a la vez un requisito del estado de derecho.

La acción o recurso de inaplicabilidad tiene una gran importancia, al menos teórica, en nuestro sistema positivo. Dentro de los controles de supremacía constitucional, podemos decir que este “mecanismo” es el que en mayor medida puede ser utilizado por los integrantes de la comunidad nacional, individualmente considerados incluso, frente a los eventuales abusos del Poder Legislativo. En esa medida, es bastante “democrático” y

accesible, a diferencia de los demás mecanismos de control, que son ejercidos solamente por órganos del propio Estado, de forma muy alejada al ciudadano corriente. Esta acción cobra mucho mayor importancia hoy, en momentos en que nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto experimenta notables cambios.

Dentro de los controles de supremacía constitucional, profundizaremos en el control de constitucionalidad de las leyes. Además, como el reclamo de inaplicabilidad ha mantenido su carácter esencial de control jurisdiccional de constitucionalidad, en cuanto a la posibilidad de declarar inaplicable, dentro de una gestión judicial, un precepto decisorio litis que en el fondo es contrario a la Ley Suprema, realizaremos una aproximación doctrinaria y jurisprudencial de este tipo de reclamos o recursos en nuestra historia jurídica, para luego estudiar esta acción constitucional reformada por el nuevo artículo 93 n.º 6 de la Constitución Política de la República, y las demás modificaciones que en materia de Justicia constitucional introdujo la ley señalada.

Para Finalizar, examinaremos el que modo en que el Juez constitucional ha ejercido sus nuevas facultades en estos primeros meses, desde que la reforma de la ley 20.050, en lo pertinente, ha entrado en plena vigencia. También revisaremos los problemas que en este período se han suscitado en la aplicación efectiva de tales prerrogativas, fundamentalmente debido al retraso en la promulgación de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, situación que paradójicamente ha generado en los hechos una “cuestión de constitucionalidad”, similar a las que se trató de erradicar de nuestro ordenamiento positivo con las modificaciones a la Carta Fundamental, pero que lamentablemente ha sido reiterada, quizás por descoordinación entre la acción de los poderes del Estado, o por la brevedad de los plazos otorgados al Congreso para legislar en la materia.

CAPÍTULO PRIMERO

Breves consideraciones sobre el sistema jurídico chileno, el estado de derecho, los principios del constitucionalismo y la supremacía constitucional.

1. Del sistema jurídico chileno.

La Constitución Política de la República de 1980, declara, a través de sus preceptos -principalmente en los capítulos primero y tercero- la existencia en el país, como ordenamiento jurídico, de un Estado constitucional democrático; establece asimismo un concepto de la sociedad política de tipo personalista, y una idea del Estado de carácter instrumental y servicialista, en el cual el aparato u organización estatal se encuentra al servicio de la persona humana, y está obligado, en la ejecución de sus actos, a propender al bien común de todos los integrantes de la comunidad nacional. Del mismo modo, impone al Estado el deber fundamental de respetar y promover el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

El profesor Humberto Nogueira Alcalá, señala por ejemplo, en su artículo “Los Derechos Esenciales o Humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina y Jurisprudencia¹”, que “*La Constitución*

¹ Nogueira Alcalá, Humberto: “Los Derechos Esenciales o Humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina y Jurisprudencia”. Ius et Praxis. Universidad de Talca. Talca. Chile. Año 9, n° 1. 2003, pág. 404. En el mismo artículo señala: “*Los derechos esenciales o fundamentales constituyen preceptos directamente vinculantes y aplicables que configuran y dan forma y de modo esencial al Estado, siendo este un Estado instrumental al servicio de la dignidad y de los derechos de la persona humana y del bien común*”. 2.3.: “*El Estado Constitucional Democrático implica que todo el Estado y sus diferentes organismos e instituciones se constituyen en función*

chilena vigente, con las modificaciones que se le han introducido desde 1989 hasta el presente, podemos sostener que instituye una concepción e idea de derecho de una sociedad política de tipo personalista, que organizada en un régimen político democrático, asegura, garantiza y promueve los derechos esenciales de la persona humana o los derechos humanos, todo ello de acuerdo con los artículos 1 inciso 1º; 5 inciso segundo y 19 de la Carta Fundamental”.

No hay duda alguna a su vez, que en nuestro país existe, instaurado por la Ley Suprema, un sistema jurídico basado en el principio de la supremacía constitucional. Como dice el profesor Emilio Pfeffer, en su artículo “la Supremacía Constitucional y su control: El caso chileno²”: *“La Constitución es precisamente, esa norma fundamental, la norma suprema que otorga base y unidad a todo el sistema jurídico. Es en ella donde se encuentran los derechos humanos (individuales y sociales); la creación, forma competencia y limitación de los órganos del gobierno. Es decir, la Constitución contiene los principios esenciales del orden jurídico”.*

Éste sistema positivo, unitario, pleno, jerarquizado, coherente, y dinámico, se encuentra conformado por reglas de derecho de distinta jerarquía, entre las cuales siempre ha de existir una relación de correspondencia y armonía, y de subordinación por parte de las de menor jerarquía a las de mayor rango, particularmente a favor de las normas constitucionales, cuestión que constituye uno de los más importantes aspectos del principio de la supremacía constitucional, tema a tratar en el siguiente numeral.

de la dignidad de la persona, el pleno desarrollo de sus derechos fundamentales y el bien común, además de una adecuada distribución de la potestad estatal en órganos y funciones diferenciados que actúan dentro de sus competencias”.

² Pfeffer Urquiaga, Emilio: “La supremacía Constitucional y su control: el caso Chileno”. Artículo publicado en “La revista de derecho”, Facultad de derecho de la Universidad central, año V, 1990, pág. 137.

Entre la jerarquía de los preceptos legales que conforman el sistema jurídico, podemos distinguir, básicamente, tres grandes órdenes normativos, conformado por las normas constitucionales, las normas legales, y las normas reglamentarias. Ilustrativa resulta la división del ordenamiento jurídico que el profesor Enrique Evans de la Cuadra, realiza en su obra “Los derechos Constitucionales³”, en la cual explica que: *“Por su naturaleza, la Constitución es la norma positiva de mayor autoridad. Ello supone la existencia del siguiente orden jerárquico de las reglas de derecho: 1º la Constitución. 2º Las leyes y los tratados internacionales promulgados y publicados en el país; 3º Los decretos con fuerza de ley; 4º Los reglamentos emanados del Presidente de la República para hacer cumplir las leyes; 5º Los decretos supremos, y 6º Los actos y resoluciones de las autoridades políticas y administrativas.*

Desde un punto de vista valórico, la Constitución Política de 1980, se inspira principalmente en la filosofía liberal, el humanismo cristiano, y la tradición del constitucionalismo, motivo por el cual el reconocimiento y la protección de los derechos humanos y la obligación del Estado de propender al bien común, son las normas fundamentales sobre las cuales se desarrolla la protección de los bienes jurídicos que la Ley Suprema señala. Partiendo de la base de la libertad y la igualdad en dignidad y derechos de la persona humana, nuestro ordenamiento reconoce a los individuos de la especie, por el sólo hecho de serlo, una serie de “derechos humanos”, por medio de las garantías constitucionales. Estas distintas categorías de derechos esenciales han sido abundantemente sistematizados por los autores nacionales⁴, como verdaderos “catálogos” de derechos

³Evans de la Cuadra, Enrique: “Los derechos constitucionales”, Editorial Jurídica de Chile, tomo 2, año 1999, pág. 444-445.

⁴ Por ejemplo el profesor Humberto Nogueira Alcalá señala, en el libro “Derecho Constitucional” (sección redactada por él) que: *“La Constitución Chilena determina los valores que busca desarrollar y los principios*

humanos. Por último, se dice que los derechos esenciales no son creados por el ordenamiento jurídico, sino que son anteriores a éste; arrancan de la naturaleza humana, y de la dignidad de las personas; el ordenamiento jurídico entonces, sólo se limita a reconocerlos.

Como hemos mencionado, en cuanto a su concepción doctrinaria, nuestra Carta Fundamental se encuentra fuertemente influenciada por el constitucionalismo clásico,

jurídicos a través de los cuales busca concretarlos. La Constitución no es un tablero de ajedrez antes del inicio de la partida, en el que existen todas las posibles jugadas por hacer, no es un texto puramente instrumental e indiferente desde el punto de vista doctrinal. La Constitución chilena ya ha hecho algunas jugadas en el tablero, que son los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. Estos valores están en el artículo 1º de la Constitución y son: La dignidad de la persona humana, la libertad y la igualdad". Nogueira Alcalá, Humberto; Verdugo Marinkovic, Mario; Pfeffer Urquiaga, Emilio: "derecho constitucional". Editorial Jurídica de Chile, Abril de 2002, tomo 1, pág. 110. En la misma obra, dichos profesores señalan que: "Numerosas son las clasificaciones de los derechos y garantías que podrían formularse en lo que atañe a la forma en que deberían agruparse los derechos. Hubo consenso en la comisión en que todas las clasificaciones existentes resultaban insatisfactorias y que lo más aconsejable era partir, por orden jerárquico, con el derecho a la vida, las libertades y las igualdades" (sesión nº 84) obra citada, tomo 2, pág. 196). // Por su parte, Los profesores Ana María García Barzelatto y Mario Verdugo Marinkovic, en su obra "Manual de derecho Político", refiriéndose al Derecho y las libertades fundamentales, en el contexto del estudio del Estado de Derecho, señalan: "Cualquiera que sea la concepción doctrinaria que se tenga acerca de los derechos fundamentales (modelo iusnaturalista, modelo positivista o modelo dualista), el fin último del Estado de Derecho no es otro que el proporcionarles a ellos debida protección. Refiriéndose a la concepción de estos derechos en las formulaciones del liberalismo, escribe Combillas, "Los derechos fundamentales, concebidos como límites al Estado y, por tanto como protección del individuo frente a las intervenciones arbitrarias de aquél, constituyó uno de los elementos con los cuales la burguesía quiso imponer su filosofía política al Estado,. Estos derechos considerados como inalienables, y anteriores al Estado, conforman una suerte de barrera fortificada frente a las eventuales arbitrariedades del poder. La libertad, la propiedad y la seguridad del individuo son las ideas básicas en torno a las cuales tales derechos se construyen. Como se estudiará al seguir la evolución del constitucionalismo, el catálogo de los derechos fundamentales que fue complementado posteriormente con la incorporación de los derechos de contenido económico social, lo que constituye, por lo demás, uno de los aportes más relevantes del llamado neoconstitucionalismo". García Barzelatto, Ana María; Verdugo Marinkovic, Mario: "Manual de Derecho Político", tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición, Año 1998, pág 251. // El profesor Enrique Evans de la Cuadra también se ha referido al tema, en los siguientes términos: "Se han dado numerosas clasificaciones de los derechos humanos y de las garantías que ha consagrado el constitucionalismo de nuestro país. Citaremos algunas: Para Jorge Iván Hübner existen derechos de la personalidad en sí misma y en su proyección cultural, social y cívica. En esta aspecto, habría derechos en el orden espiritual e intelectual, como derecho a la búsqueda de la verdad, el derecho a la educación. En el orden familiar estarían los derechos de contraer matrimonio y de fundar una familia; en el orden laboral, el derecho del trabajador a ser tratado como persona, y en el orden societario y cívico, el derecho a participar de una manera efectiva en la gestión de las instituciones de que cada persona forme parte, y en un plano más amplio, en la vida pública de la comunidad. Alejandro Silva Bascuñán, refiriéndose a la Constitución de 1925, dice: "Las diversas garantías constitucionales pueden ser objeto de variadas clasificaciones, de acuerdo con los modos de expresión usados. Unas son de igualdad y otras de libertad... Para Evans, la clasificación de los derechos constitucionales se debe efectuar en: derechos de la personalidad, derechos del pensamiento libre, derechos de la seguridad jurídica, derechos del desarrollo en el medio social, y derechos del patrimonio. Evans de la Cuadra, obra citada, tomo 1, págs.29-32.

adoptando, en diversos preceptos del ordenamiento positivo, los principios que le son propios. Estos principios se encuentran sistematizados por el profesor Mario Verdugo Marinkovic, en su artículo “Los principios del constitucionalismo clásico en los ordenamientos fundamentales de Chile⁵”, en el que señala: *“los principios del constitucionalismo clásico –constitucionalismo moderno o simplemente constitucionalismo- pueden resumirse en el siguiente enunciado: a) se concibe al Estado como limitado por normas jurídicas, el imperio de la legalidad elimina el poder arbitrario; b) se recoge la teoría política del pueblo o de la nación como titular de la soberanía, lo que da origen al mecanismo de la representación; c) se organizan las autoridades públicas en ordenes separados e independientes (el dogma de la división de poderes); se incorporan una tabla de derechos individuales, garantizándose su ejercicio; e) los gobernantes son responsables ante la colectividad de los actos de su gestión política y administrativa; f) se estima que las bases de la organización del poder estatal (parte orgánica) y las garantías a los derechos individuales (parte dogmática) deben constar en un documento escrito, solemne, con carácter de superrey y producto del poder constituyente”*. En una enunciación más breve, pero a nuestro parecer más contundente, debido a la extensión otorgada al principio de supremacía constitucional, La profesora Ana María García Barzelatto, junto al mismo profesor Verdugo, en su “Manual de derecho político⁶”, se pregunta *¿Cuáles son estos principios fundamentales que postula el constitucionalismo clásico? En forma sucinta se pueden enunciar los siguientes: 1) Supremacía de la Constitución; 2) Derechos fundamentales y sus garantías; 3) Separación de funciones, y 4) Titularidad del poder*

⁵ Verdugo Marinkovic, Mario: “Los principios del Constitucionalismo clásico en los ordenamientos fundamentales de Chile”. Artículo publicado en Revista de Derecho Público. Universidad de Chile, n.º 19-20 año 1976.

⁶ García Barzelatto, Ana María; Verdugo Marinkovic, Mario: “Manual de Derecho Político”. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, obra citada, pág. 251.

constituyente en el pueblo o en la nación. Si bien ambos enunciados no coinciden exactamente, consideramos que el principio de la supremacía constitucional es omnicompreensivo con respecto a alguno de los principios que el profesor Verdugo señala.

2. *El Estado de Derecho*

Cuando hablamos de los principios del constitucionalismo, subyace inmediatamente la idea del Estado de Derecho, que aparece íntimamente ligada a aquellos, en el sentido de que el cumplimiento efectivo de los mismos, provoca la posibilidad de existencia de ése Estado (algunos autores nacionales, sin embargo, han establecido diferencias entre los requisitos del Estado de Derecho y aquellos principios).

De ese modo, sólo cuando la supremacía constitucional se impone en los actos del aparato estatal, cuando se respetan y protegen los derechos fundamentales, y las garantías establecidas para su cumplimiento, cuando existe división, diferenciación, especialización y equilibrio de funciones por parte de los órganos del Estado, y la Constitución ha sido establecida por voluntad popular, podemos hablar de que existe un Estado de Derecho.

Para los profesores García Barzelatto y Verdugo⁷, *“desde un punto de vista lógico-formal el Estado de Derecho es aquel funcionando a través de un ordenamiento jurídico. En esta forma –anota Sampay-, toda organización política soberana, desde el clan al Estado, con la cualidad de unidad suprema de decisión y eficiencia para asegurar la certeza del sentido y de la ejecución del derecho, no puede ser otra cosa que Estado de Derecho. Desde el plano histórico-político, la locución Estado de Derecho tiene un*

⁷ García Barzelatto, Ana María; Verdugo Marinkovic, Mario. Obra citada. pág 251.

alcance específico; comprende el núcleo de las ideas individualistas y democráticas que a lo largo del siglo XIX y en el primer cuarto del siglo XX se realizaron en el Estado liberal... Desde un punto de vista teórico-doctrinario, el Estado de Derecho implica entonces la adopción de una serie de técnicas que vinculan el poder público al derecho y la libertad al orden jurídico que la define y la ampara. La actividad gubernamental se ajusta a las leyes”. Los mismos profesores citan a Lucas Verdú: “Cuando un Estado configura jurídicamente la organización y ejercicio del poder político, de manera que los individuos y sus grupos están protegidos por la existencia previa de normas e instituciones jurídicas, garantizadores de sus derechos y libertades; cuando la actividad estatal se somete a normas e instituciones jurídicas, sin más excepciones que las exigidas por el interés general, entonces nos encontramos ante un Estado de Derecho”.

Para el profesor Evans⁸, *“Existe Estado de derecho cuando las potestades públicas ejercen su acción dentro del ámbito que les señala el ordenamiento constitucional sin que ninguna de ellas interfiera o entorpezca ilegítimamente en las funciones de las otras, y cuando los derechos de las personas tienen asegurado su ejercicio y cautelada su vigencia real por un Poder Judicial dotado de autonomía para resolver y hacer cumplir lo sentenciado”.*

Finalmente, para el profesor Nogueira⁹, *“El conjunto de principios analizados, supremacía constitucional, imperio de la ley, distribución del poder estatal en titulares que desarrollan funciones diferenciadas, responsabilidad de las diferentes magistraturas, nulidad de los actos que emanen de órganos no competentes y con las formalidades legales, constituyen aspectos básicos de del denominado Estado formal de Derecho, cuyos orígenes se remontan a mediados del siglo XX en Alemania. Sin embargo, la concepción*

⁸ Evans de la Cuadra, Enrique. Obra citada, pág.441.

⁹Nogueira Alcalá, Humberto; Verdugo Marinkovic, Mario; Pfeffer Urquiaga, Emilio: “derecho constitucional”.obra citada. Tomo 1. Pág. 137.

del Estado de Derecho que sostiene y desarrolla nuestra Constitución, es la de un Estado substantivo o material de Derecho, ya que a través de sus artículos 1º y 5º afirma que los principios jurídicos tienen como fundamento la dignidad de la persona humana y sus derechos, los que deben ser respetados y promovidos por todos los órganos del Estado”.

Como podemos apreciar, el Estado de Derecho es consecuencia del cumplimiento de los principios del Constitucionalismo, y constituye una especie de ideal, de objetivo del sistema constitucional chileno. Podemos decir que tales principios son la medida del Estado de Derecho, el que sólo puede existir en las Constituciones de tipo normativas, en la tipología de Karl Loewenstein.

En seguida, entonces, analizaremos particularmente, dentro de nuestro tema principal, el principio de la supremacía constitucional.

3. El principio de supremacía constitucional.

La supremacía constitucional puede ser definida fundamentalmente desde dos puntos de vista. Así por ejemplo, en un aspecto formal, la supremacía significa la subordinación de toda la jerarquía de las normas que constituyen el ordenamiento jurídico, a la Constitución Política de la República, es decir, una sujeción universal, tanto de fondo o doctrinaria, como de forma; de observancia en su proceso de formación, de los procedimientos establecidos en la Ley Suprema.

Desde un punto de vista material, podemos señalar que la supremacía constitucional consiste en la plena observancia de los preceptos que la Carta Fundamental establece, por parte de los operadores del sistema positivo, en el ejercicio de sus funciones,

los que actuarán previa investidura regular, en los actos legislativos, políticos, o administrativos que ejecuten, conforme a la Constitución.

Para ambos conceptos de supremacía, existen distintos mecanismos de control, que se encuentran establecidos fundamentalmente en la propia Constitución Política.

Podemos afirmar que existe plena supremacía constitucional, cuando efectivamente convergen los aspectos formales y materiales antedichas, lo que constituye una concepción de fines, muy similar a las que mencionamos sobre el Estado de Derecho, evidentemente eso sí, más acotada, sólo respecto a éste principio del constitucionalismo.

Los profesores Verdugo y García Barzelatto¹⁰, refiriéndose a la supremacía de la Constitución y su tutela, explican que: *“Esto significa que en el orden jurídico establecido por la Constitución, las normas tienen distinto valor y jerarquía; la Constitución misma, las leyes ordinarias, los decretos, etc., de donde nacen una graduación y el principio que se denomina “supremacía de la Constitución.” La Constitución establece un orden jurídico-político, de donde brota la autoridad del Estado dentro del marco que la misma determina; comprende y abarca toda la vida jurídica del Estado. Por ello: “la sola existencia de una Constitución basta para afirmar que el Estado de Derecho, creado por ella, excluye todo el derecho que no nazca de ella, explícita o implícitamente, porque ninguna manifestación de voluntad colectiva o personal, de autoridad o de libertad, es apta para crear un derecho que, de una u otra manera, no tenga origen en la voluntad constituyente, expresada mediante la Constitución (citando a Sánchez Viamonte, “significado del constitucionalismo”)... Por la otra vía, la Constitución determina el contenido a través de su fin. La unificación del jurídico, concretada por la primera vía, carece de sentido si no se le da un contenido concreto y material. “A la jerarquía formal se*

¹⁰ García Barzelatto, Ana María; Verdugo Marinkovic, Mario. Obra citada. pág 251-252.

suma una jerarquía material de fines y valores que determinan la definición, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico; esto es que realizan la unidad estática y dinámica sobre la base de la Constitución” (citando a Sánchez Agesta, “Lecciones de derecho Político”).

El profesor Evans de la Cuadra¹¹, refiriéndose a los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República, reconocería esta doble naturaleza, y su relación con el Estado de Derecho, cuando señala que: *“Establecido que los preceptos de los artículos 6º y 7º de la Constitución de 1980 tienen por objeto asegurar la vigencia del Estado de Derecho, y que ello, en su esencia, implica Poderes Públicos independientes, el sometimiento de gobernantes y gobernados a una institucionalidad jurídica y la supremacía jerárquica de la Constitución, corresponde analizar como protege el texto constitucional ese proyecto... Teóricamente, y conforme a este ordenamiento jerárquico, los decretos, los reglamentos y las resoluciones de cualquier órgano de autoridad no pueden contener nada contrario a los decretos con fuerza de ley, a los tratados y a las leyes y éstos no pueden infringir la Constitución. El orden jerárquico, primera base de la supremacía Constitucional, limita, por consiguiente, el ámbito del contenido de las normas de derecho, al someter a las de inferior valor a la superioridad de las de mayor jerarquía y, en último término, a todas ellas en la Constitución. Luego, ningún acto administrativo, el instituto de menor jerarquía, puede infringir los reglamentos, bajo sanción, como veremos, de nulidad. Hay una segunda base jurídica de la supremacía constitucional: es el principio de que en Derecho Público las autoridades sólo pueden ejecutar aquellos actos que la Constitución y las leyes expresamente les autorizan. Este principio limita la acción de los gobernantes y los somete, esencialmente, al imperio de la Constitución”.*

¹¹ Evans de la Cuadra, Enrique. Obra citada, pág.444-445.

El profesor Nogueira¹², se refiere a la supremacía constitucional en los siguientes términos: *“La Constitución es la norma superior del ordenamiento jurídico, la norma que regula la producción normativa y las fuentes del Derecho. La Constitución en su artículo 6º, inciso 1º, afirma que “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”. Se afirma así el principio de la supremacía constitucional, la plenitud normativa de la Constitución, su aplicación inmediata y el carácter imperativo de su contenido”*.

El profesor Pfeffer, tratando el mismo tema¹³, propone que: *“El Derecho no sólo es un conjunto de normas sino un sistema. En el Derecho no pueden existir dos normas contradictorias; por eso la ley posterior deroga a la anterior, la norma inferior no puede contradecir a la de jerarquía superior. Con ello se consigue la armonía esencial a todo Derecho. Hay en el además una jerarquía, en virtud de la cual cada norma vale por su referencia a otra norma; y el conjunto está referido a una norma fundamental. De esta suerte, la norma constitucional se distingue de la ordinaria por que es superior, por que está protegida en forma especial, y por su contenido”*.

Como apreciamos, la supremacía constitucional es un principio fundamental del constitucionalismo, a la vez que un requisito esencial del Estado de Derecho, tanto en su aspecto formal, como material. Como señala el profesor argentino Néstor Pedro Sagüés¹⁴, *“Poco vale el principio de supremacía constitucional, si no se planifica un aparato de control de esa supremacía; esto es, una magistratura constitucional, que opere como órgano de control, y procesos constitucionales, mediante los cuales pueda efectivizarse*

¹² Nogueira Alcalá, Humberto; Verdugo Marinkovic, Mario; Pfeffer Urquiaga, Emilio: “derecho constitucional”.obra citada. Tomo 1. Pág. 131.

¹³ Pfeffer Urquiaga, Emilio: “La supremacía constitucional y su control: el caso Chileno”. Obra citada. pág. 137.

¹⁴ Sagüés, Néstor Pedro: “Elementos de Derecho Constitucional”, Edición Marzo 1993, tomo 1, Editorial Astrea, pág. 145.

realmente la superioridad de la Constitución, cuando es infringida por normas y actos de los poderes constituidos. La importancia de este tema ha hecho nacer una nueva disciplina, el derecho procesal constitucional, que precisamente se ocupa de la magistratura constitucional y de los preceptos constitucionales”.

A fin de proteger el principio de supremacía constitucional, entonces, el ordenamiento jurídico debe otorgarse un sistema que contenga mecanismos de control de constitucionalidad. Diversos sistemas y mecanismos se han conocido en el mundo, algunos de los cuales señalaremos y pasaremos a estudiar a continuación.

4. El control de supremacía constitucionalidad en el derecho comparado.

Como está dicho, en los ordenamientos jurídicos existen diferentes sistemas de control de constitucionalidad que la doctrina distingue en base a diversos criterios; interesante resulta al respecto la clasificación que el profesor Néstor Pedro Sagüés ha realizado, en la que los divide esquemáticamente, y que seguiremos en la materia¹⁵:

- a. En función de la admisión del control: los clasifica en sistemas “positivos” (completos e incompletos; expresos o implícitos) y “negativos”. Es positivo cuando el ordenamiento jurídico contempla mecanismos de control constitucional. Negativo cuando no existe tal posibilidad. Explica¹⁶ que *“El sistema positivo es el que auspicia el control de constitucionalidad, y que está configurado hoy día por el*

¹⁵ Sagüés, Néstor Pedro: “Elementos de Derecho Constitucional”, obra citada, pág. 147.

¹⁶ Sagüés, Néstor Pedro: “Derecho Procesal Constitucional: Recurso Extraordinario”, Tomo 1, Editorial Astrea, segunda edición, 1989, pág. 40.

grueso de los Estados, que de una manera u otra han programado algún mecanismo al respecto. Si el régimen admitido satisface los cinco recaudos que se han detallado, es decir, la existencia de una Constitución rígida, un órgano de control separado o autónomo de los órganos controlados, facultades decisorias del órgano control, derecho de los particulares a impugna las normas inconstitucionales, y sometimiento de todo el aparato normativo a ese control, el sistema es completo o pleno. En cambio, si hay supremacía constitucional y órgano de control, pero falta alguno o algunos de los demás recaudos puntualizados, el sistema positivo es incompleto. Casi todos los países tienen un régimen de este último tipo. El sistema positivo de control de constitucionalidad es constitucionalmente expreso cuando la Ley Suprema lo programa de tal forma, es decir, explícitamente (casos de Italia, Perú, Gracia, etc.); o implícito, si la Constitución no lo menciona, pero surge tácita o indirectamente de ella (Estados Unidos, Argentina). En cuanto al “sistema negativo” (que a nuestro entender no constituye un “sistema de controles”, debido a que simplemente éste no existe), nos dice el mismo profesor que: “Ciertos países han sido o son sumamente avaros en la planificación de sistemas de control de constitucionalidad. Por ejemplo, Inglaterra, debido a la libertad del Parlamento, para modificar por el mismo trámite cualquier ley, así como la carencia de facultades judiciales para reputar inconstitucional una norma; o las leyes fundamentales del Estado de la Ciudad del Vaticano, que otorgan al Sumo Pontífice “la plenitud de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial”, tornan casi imposible programar una acción de inconstitucionalidad contra las normas sancionadas por el Papa”.

b. En función de los órganos de control: b1) de acuerdo a su dependencia institucional, los clasifica en control judicial (o con fisonomía judicial), y no judicial (parlamentario, ejecutivo, electoral, sui generis), y en nacionales e internacionales; b2) de acuerdo a su composición, en letrados, legos y mixtos; y b3) de acuerdo a la duración del órgano, se dividen en permanentes, y ad-hoc. La clasificación según la función del órgano, es la que reporta mayor interés a este trabajo, pues las reformas constitucionales de Septiembre de 2005, en lo pertinente, dicen relación con la dependencia de tipo institucional, como “Poder del Estado”, del órgano llamado a ejercerlo. Según esto (b1), Sagüés¹⁷ clasifica el control en tipo judicial, y no judicial. Explica que: *“La doctrina usualmente distingue los regímenes de control de constitucionalidad, en razón del órgano control en “políticos” y “judiciales” (o “jurisdiccionales”), ubicando entre los segundos a aquellos que se insertan en el Poder Judicial, y entre los primeros a los situados en otras áreas del Poder. Sin embargo, tal criterio resulta incorrecto. Si un órgano jurisdiccional puede vigilar la constitucionalidad de las normas, está desarrollando una notoria actividad “política” (en el sentido de tarea de gobierno, de poder moderador o poder control de los demás poderes). En resumen, las cortes judiciales o los entes jurisdiccionales que actúan como órganos de control constitucional son, también, órganos “políticos”. En síntesis, la rotulación de un órgano como “político”, en oposición a otro “jurisdiccional”, es harto controvertible. Todos estos organismos asumen funciones políticas. Como podemos apreciar, la clasificación de acuerdo al órgano llamado a ejercer el control no es completamente pacífica, sin embargo, sí*

¹⁷ Sagüés, Néstor Pedro: “Derecho Procesal Constitucional: Recurso Extraordinario”, Tomo 1, obra citada, pág. 41 y 42.

existe unanimidad en la forma en que se puede ejercer el control “jurisdiccional” de supremacía constitucional, el que puede ser fundamentalmente de tres tipos: el “control difuso” o “desconcentrado”; el “control concentrado”, o “judicial especializado”, y el “control mixto”. Con respecto a esta subclasificación, es sabido que el “control judicial difuso” o “desconcentrado”, es el primero que se desarrolla en el mundo, elaborada por la doctrina del constitucionalismo de los Estados Unidos, a partir del conocido fallo “*Marbury v/s Madison*”, del que huelgan mayores comentarios; por ello también se le denomina “sistema estadounidense”. Además ya que el Juez ordinario está llamado a aplicarlo, se le denomina “control de justicia no especializada”, en contraposición al modelo “concentrado”, “austríaco-germánico” o “kelseniano”, que opta por un Juez especializado. Aparte de esta característica, el modelo difuso se distingue por ser un control de carácter represivo, cuyo procedimiento generalmente tiene tramitación incidental, y cuyos efectos, en cuanto a los sujetos, es meramente inter partes, efecto que en los ordenamientos jurídicos de tradición anglosajona se ve morigerado, por el sistema del precedente existente en el common law. El profesor Sagüés¹⁸, comenta que: “*El control judicial, en sentido estricto (es decir por órganos situados en el ámbito del Poder Judicial), de la constitucionalidad de las normas, deriva modernamente del derecho constitucional estadounidense... El célebre fallo dictado por la Corte Suprema de los E.E.U.U: en la causa “Marbury vs. Madison” (1803) afirmó tal tesisura: “si una ley resulta contraria a la Constitución, o hubiere conflicto entre la norma legal y la constitucional que obligue a desestimar una u otra, compete a la*

¹⁸ Sagüés, Néstor Pedro: “Derecho Procesal Constitucional: Recurso Extraordinario”, Tomo 1, obra citada, pág. 44-46.

Corte determinar cuál es el derecho aplicable, ya que éste constituye la esencia de la función jurisdiccional”. Así asumió la judicatura una tarea delicada, importante y vital para el Estado moderno, como es la de invalidar (en el caso concreto) una prescripción legal opuesta a la Constitución, y eso sin que ninguna norma constitucional expresamente lo indicase. Además el sistema estadounidense es difuso, desconcentrado o descentralizado, en el sentido que corresponde a cualquier juez (sin distinción de grados) realizar tal control. El régimen de E.E.U.U. de control de constitucionalidad deja, pues, tal tarea en manos de todos los tribunales judiciales comunes, sin crear una judicatura constitucional especializada en el “fuero constitucional”. La Argentina, como se sabe, sigue ese esquema... La constitución de Irlanda de 1937 admitió expresamente el control judicial de constitucionalidad de normas, con la variante del control preventivo... En Europa el tipo de control judicial fue aceptado también por la célebre Constitución de Weimar, la Constitución rumana de 1923 (art 123, bien que reservándolo a la Corte de Casación), los regímenes jurídicos noruego y dinamarqués, y la Constitución suiza (art.113, incs1-3 y 3, aunque ciñendo la tarea de control al Superior Tribunal Federal y en cuanto a la legislación cantonal).

Podríamos decir que el sistema de control existente en Chile, durante la vigencia de la Constitución Política de 1925, hasta el pleno funcionamiento del Tribunal Constitucional establecido por la Constitución Política de 1980, puede ser mejor asimilado al “sistema norteamericano”, principalmente en cuanto al órgano jurisdiccional llamado a ejercerlo, esto es, el Juez ordinario que forma parte del Poder Judicial. El profesor Nogueira¹⁹, nos dijo en su momento que: “La

¹⁹ Nogueira Alcalá, Humberto: “La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional: Del doble

Constitución mantiene un sistema de control de constitucionalidad jurisdiccional de doble control concentrado, del mismo modo en que había concluido, en la crisis de 1973, la Constitución reformada de 1925”.

Por otra parte el control “concentrado”, “especializado”, “de fuero constitucional”, o “sistema austríaco-kelseniano”, se atribuye principalmente al eximio jurista vienés Hans Kelsen, y consiste fundamentalmente en el establecimiento de un órgano jurisdiccional único y especializado, que tiene a su cargo el control de supremacía constitucional, generalmente denominado “Tribunal Constitucional”. El mismo Sagüés²⁰, comenta que: *“Programado especialmente por Kelsen, se lo llama sistema austríaco por haberse implementado en la Constitución de tal país, en 1920 (también en la de Checoslovaquia, de ese mismo año). Propone un régimen concentrado de revisión de constitucionalidad, es decir, centralizado en un “Tribunal Constitucional” que opera como órgano extrapoder. El control de Kelsen parte de stos supuestos: a) No hay control efectivo de constitucionalidad si el órgano de control no está habilitado para fallar con efectos generales (erga omnes) y hasta para derogar a la norma inconstitucional. b) Eso importa un enorme poder político-institucional, que no puede confiarse al Poder Judicial clásico, sino a un cuerpo intermedio, situado a mitad de camino entre el viejo Poder Judicial y el Parlamento; dicho órgano debe integrarse con magistrados designados con participación del Poder Legislativo y por períodos limitados, a fin de guardar cierta correspondencia ideológica con los cambios políticos operados*

control concentrado de constitucionalidad a la concentración del control en el Tribunal Constitucional” Ius et Praxis. Universidad de Talca. Talca. Chile. Año 8, n.º1. 2002. pág. 337.

²⁰ Sagüés, Néstor Pedro: “Elementos de Derecho Constitucional”, obra citada, pág. 148 y 149.

en la sociedad y proyectados al parlamento. c) El control de constitucionalidad exige un cuerpo especializado, a fin de garantizar una mayor capacitación entre sus miembros y una suerte de mentalidad constitucionalista al dictar sus sentencias. Los jueces del Poder Judicial, por ende, no deben decidir cuestiones de constitucionalidad, que deben remitir al tribunal o corte constitucional... La propuesta de Kelsen ha logrado enorme predicamento, países como Austria, Italia, España, Portugal, Alemania (aunque ubica al Tribunal Constitucional como órgano del Poder Judicial), han seguido tal plan. Entre los países del este, Checoslovaquia y Yugoslavia lo implementaron desde años atrás. Algunas acciones han concentrado el control de constitucional en un órgano del poder judicial. Así, en la Corte Suprema de Justicia (Uruguay), o en una sala de la Corte Suprema (Costa Rica), llamada Sala Constitucional". Explicando el fundamento de la existencia de éste tipo de control, y su grado de conveniencia, el mismo profesor²¹ señala que: "De todas maneras, los argumentos dados para justificar esta tendencia estriban en razones técnicas (esto es, las ventajas propias de toda especialización: mejor entrenamiento y profundización) como políticas (formación de una "mentalidad" constitucional específica en esos órganos; estructuración de ellos en una situación intermedia ante la justicia común y el Parlamento, ya que por lo común sus magistrados se nombran por períodos y no vitaliciamente, a fin de que acompañen las evoluciones sociales). Los adversarios a esta tesis argumentan a su turno que tales tribunales pueden resultar demasiado politizados o partidizados, precisamente por su mayor conexión con los otros poderes, y la estabilidad con

²¹ Sagüés, Néstor Pedro: "Derecho Procesal Constitucional: Recurso Extraordinario", Tomo 1, obra citada, pág. 48 y 49.

frecuencia transitoria de sus miembros. Alegan también que la partición del viejo Poder Judicial en dos cuerpos (la judicatura constitucional y la ordinaria) debilita forzosamente a tal rama del Estado, de por sí la menos fuerte. Conviene aclarar que cuando estos tribunales constitucionales (como vulgarmente se los llama) se sitúan fuera del Poder Judicial, se perfilan como órganos extra-poder (una suerte de “cuarto poder” del Estado), y que cuando quedan dentro del Poder Judicial bicéfalo, con dos cabezas: la antigua Corte o Tribunal Supremo, y el Tribunal Constitucional. Los eventuales conflictos de competencias o poderes entre ambos se dilucidan, generalmente, dando prioridad a lo que resuelva el tribunal constitucional especializado, como intérprete final de la Constitución. Este tipo de control, que se viene imponiendo en el constitucionalismo contemporáneo, es el que por las reformas constitucionales de Septiembre de 2005, se ha pretendido instaurar en nuestro país.

Finalmente, como tercer tipo de control jurisdiccional de constitucionalidad, existe el sistema de “control mixto”, en el que encontramos elementos comunes de los controles “difuso” y “concentrado” ya mencionados; siguiendo nuevamente a Sagüés²²: *“a menudo los sistemas “estadounidenses” (control de constitucionalidad judicial, realizado por la justicia común) y “austríaco” (control de jurisdiccional por una magistratura especializada en lo constitucional) tienden a entrelazarse, generando sistemas complejos, o mixtos”.. “La fórmula de armonización puede ser la siguiente: todo juez puede conocer en litigios de constitucionalidad (régimen estadounidense), tomando decisiones con*

²² Sagüés, Néstor Pedro: “Derecho Procesal Constitucional: Recurso Extraordinario”, Tomo 1, obra citada, pág. 49.

valor para el caso concreto; pero ciertas acciones, que pueden promover sólo determinados sujetos (p.ej., el Presidente de la República o el Fiscal General), se diligencian exclusivamente en el Tribunal Constitucional; y la sentencia de éste tiene efectos “erga omnes”. En otros casos el Tribunal Constitucional conoce en grado de apelación en temas de constitucionalidad decididos por la justicia ordinaria en casos concretos, aunque entienda en primera instancia en acciones generales de inconstitucionalidad, y en otros supuestos (p.ej., art, 272, Const. De Guatemala, respecto a la Corte de Constitucionalidad²³). En nuestro país, conocimos este sistema “mixto” durante la vigencia de la Constitución de 1925, entre 1970 y 1973. Estando vigente la Carta Fundamental de 1980, tuvimos un sistema “complejo” desde el pleno funcionamiento del Tribunal Constitucional, hasta la entrada en vigencia las reformas constitucionales de Septiembre de 2005, introducidas por la ley 20.050, en lo tocante al Tribunal Constitucional, esto es, desde el mes de marzo del 2006.

La clasificación de Sagüés se complementa, con las siguientes categorías, sobre algunas de las cuales haremos referencia más adelante, cuando estudiemos las características de la cuestión de inaplicabilidad.

- c. En función del procedimiento de control, distingue entre: c1) de acuerdo al momento en que se ejerce, en preventivo, reparador, o mixto; c2) según el modo de articularlo, en control como acción o como excepción; c3) de acuerdo a la forma de tramitarlo, en condicionado o incondicionado, y c4) de acuerdo al legitimado activo, en restringido, amplio o amplísimo.

²³ Sagüés, Néstor Pedro: “Elementos de Derecho Constitucional”, obra citada, pág. 149.

- d. En función del radio de acción del control, los clasifica en: d1) control de cobertura total o control de cobertura parcial, y d2) de acuerdo a la naturaleza del acto controlado, en control de actos, o de omisiones.
- e. Finalmente. En función del efecto del control, distingue entre el tipo no decisorio y el decisorio, subclasificando éste último en control para el caso concreto, control erga omnes, y control intermedio.

5. *Los mecanismos de control de la supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico chileno.*

En nuestro ordenamiento jurídico se establece un sistema complejo de controles de constitucionalidad, que puede ser clasificado en primer término, de acuerdo a la naturaleza del órgano que está llamado a ejercerlo; así se distingue entonces, entre: a) El control político; b) el control administrativo, y c) el control jurisdiccional.

También podemos distinguir los controles de supremacía constitucional de acuerdo al tipo de acto que se controla, considerando la naturaleza del órgano sobre el cual se ejerce el control. De ese modo, los controles se clasificarían en: a) control de constitucionalidad de la ley; b) control de los actos políticos y administrativos, y c) control jurisdiccional.

El profesor Evans de la Cuadra²⁴, los clasifica de la siguiente forma: “...*La Constitución de 1980, buscando robustecer el Estado de Derecho y la consiguiente cautela de los derechos de las personas, se preocupó de modo muy preferente de ampliar los mecanismos de control de la supremacía constitucional y de la juridicidad de las normas*

²⁴ Evans de la Cuadra, Enrique. Obra citada, pág.445-446.

de derecho. Esos mecanismos pueden ser de tres categorías: a) políticos; b) Jurídicos o preventivos, y C) jurisdiccionales, preventivos o represivos. Los mecanismos políticos están constituidos por las funciones de fiscalización y por la tramitación de acusaciones contra diversas autoridades, atribuciones que corresponden al Congreso... Los mecanismos jurídicos o preventivos son, esencialmente, los sistemas de control de la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y el control de la regularidad jurídica de las resoluciones de otros organismos estatales, y los ejerce, en general, la Contraloría General de la República... finalmente, existen los mecanismos de control jurisdiccional, algunos preventivos, como los que ejerce en ciertos casos el Tribunal Constitucional, y otros represivos, que ejerce el Poder Judicial...”

El profesor Pfeffer²⁵, a su vez, postula que: *“El estudio de la Constitución de 1980, de las decisiones judiciales y de la práctica política, lleva a la conclusión de que en Chile se ha elaborado un vasto y complejo sistema de protección de la supremacía constitucional. Dentro de este sistema, pueden distinguirse tres niveles de control de constitucionalidad: a) el de los actos del poder Legislativo; b) el de los actos administrativos, y c) el de los actos de Gobierno (políticos). Refiriéndose al control de los actos administrativos y políticos, expresa que: “La Contraloría General de la República, el Tribunal Constitucional, y los Tribunales Ordinarios de Justicia, tienen principalmente responsabilidad en el control de la constitucionalidad de los decretos y resoluciones emanados del órgano ejecutivo”.*

Más allá del célebre trámite de “toma de razón”, por parte de la Contraloría General de la República; los actos de los órganos del Estado, están además controlados

²⁵ Pfeffer Urquiaga, Emilio: “La supremacía Constitucional y su control: el caso Chileno”. Obra citada. Pág. 139-140 .

constitucionalmente, por lo dispuesto por los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, que sanciona con nulidad de derecho público, a los actos ejecutados al margen de las atribuciones expresamente concedidas por la Ley Suprema. Además de éstos, pueden mencionarse una serie de mecanismos de control constitucional de distinta naturaleza, entre ellos: la rigidez constitucional; el veto presidencial por inconstitucionalidad; el juicio político; la investidura regular previa del órgano, para la validez de sus actos; los recursos constitucionales de amparo y protección, y la garantía constitucional de que las leyes que regulen o complementen los derechos constitucionales, no podrán afectar los derechos en su esencia, entre otros.

En cuanto a los actos del Poder Legislativo, se encuentra el control de constitucionalidad de las leyes, o de los preceptos legales, el que pasaremos a estudiar brevemente a continuación.

6. Control de Constitucionalidad de las leyes en Chile.

El control de constitucionalidad de las leyes es el gran instrumento con que cuenta el ordenamiento jurídico para asegurar la supremacía constitucional formal, y en consecuencia, es la medida de la validez y vigencia del sistema positivo. Sabemos que este control puede manifestarse tanto en lo relativo a los procedimientos por los cuales la norma ha sido promulgada como tal, y entonces hablamos de un control en la forma, como también puede manifestarse en la sujeción en cuanto al contenido de las mismas, y entonces nos referimos al control de fondo.

Los profesores García Barzelatto y Verdugo²⁶, a propósito de este tipo de control, explican que: *“Bajo esta locución se engloba a diversos mecanismos ideados a través del tiempo para salvaguardar la supremacía constitucional frente a posibles vulneraciones emanadas por parte del órgano legislativo”*.

En cuanto al órgano llamado a ejercer el control de supremacía constitucional, el control de las leyes se clasifica en político, jurisdiccional, y mixto. El control político es el que ejerce el propio órgano legislativo, en forma preventiva, en el proceso de formación de la ley, el cual puede ser ejercido por la propia asamblea legislativa o un órgano diferente. Esta última es una hipótesis de control mixto.

Los mismos profesores, definen el control político, en los siguientes términos: *“En este caso es el órgano legislativo el que tiene a su cargo un verdadero autocontrol de su actividad normativa. Su fundamento doctrinario radica en que, “Siendo las cámaras legislativas la representación más acabada del pueblo, son ellas las que tienen mayor autoridad, para ejercer la función de control”*

El control jurisdiccional, según el profesor Pfeffer²⁷, *“Es aquel entregado a los Tribunales y, en particular, a los superiores, parece, en principio, la solución más óptima y consecuente, pues ¿cuál órgano puede ofrecer mayor competencia técnica, independencia e imparcialidad que el jurisdiccional?”*

El mismo profesor señala, en cuanto al control mixto, que: *“A fin de obviar los inconvenientes de los controles políticos y los jurisdiccionales, en algunos textos constitucionales se opta por crear un órgano mixto de control. Se trata de los comúnmente denominados “tribunales constitucionales”. El carácter mixto, se deriva de la*

²⁶ García Barzelatto, Ana María; Verdugo Marinkovic, Mario. Obra citada. pág 259.

²⁷ Pfeffer Urquiaga, Emilio: “La supremacía Constitucional y su control: el caso Chileno”. Obra citada. Pág 138-139.

composición de éste órgano jurisdiccional. Se procura que su integración refleje los criterios técnicos jurídicos por un lado, y políticos por otro, aspectos ambos que están presentasen este tipo de conflictos de orden constitucional”.

El control jurisdiccional de las leyes, que es el tema dentro del cual se enmarca nuestro trabajo principal, es un control que puede ser preventivo, o represivo, dependiendo del tipo de mecanismo que se utilice. El órgano llamado a conocer de éste es, por lo general en las constituciones modernas, un Tribunal Constitucional, distinto e independientes de los Tribunales ordinarios de Justicia; si bien en algunos ordenamientos, como lo fue el nuestro hasta antes de la reforma de septiembre de 2005, los Tribunales Superiores de Justicia, tienen algunas atribuciones en esta parte de la Justicia Constitucional.

El diseño original de la Constitución Política de 1980, establecía básicamente dos mecanismos para ejercer el control de constitucionalidad de toda norma en que se manifestara la potestad legislativa. El primero de ellos a priori, obligatorio para las leyes orgánicas constitucionales y las leyes interpretativas de la Constitución, que se pronunciaba en cuanto a la forma en que se había generado, y también al contenido de la respectiva norma, una vez que quedara completamente tramitada en el Congreso Nacional, antes de su promulgación, a cargo del Tribunal Constitucional. El segundo control de supremacía era de potestad de la Corte Suprema de Justicia, se ejercía con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma, era eventual, y estaba sometido a la condición expresa de considerarse inconstitucional una norma “decisoria litis” en alguna gestión de que estuviese conociendo un Tribunal de la República; a diferencia del primero, se pronunciaba solamente sobre el fondo de la misma, y no se extendía a un control del procedimiento de formación de la ley. Era el denominado recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, que en virtud de las reformas

introducidas a la ley suprema por la ley n.º 20.050, ha pasado a ser de competencia del Tribunal Constitucional, adoptándose con esto un sistema de controles de supremacía de constitucionalidad de las leyes concentrado, a cargo de un órgano único que puede resolver de una cuestión de constitucionalidad. Antes de entrar al análisis de la reforma constitucional en esta materia, revisaremos la acción o recurso de inaplicabilidad en la historia constitucional chilena.

CAPÍTULO SEGUNDO.

De la acción o recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad a lo largo de la historia jurídica chilena.

1. Aproximación histórica.

La legislación patria contempla la acción o recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, con las características esenciales que le son propias, solamente desde la Constitución Política de la República de 1925. Con anterioridad a la entrada en vigencia de ésta última, sólo existía un control político del propio parlamento sobre la constitucionalidad de la ley, estimando la Corte Suprema, durante ese período, que los Tribunales de Justicia carecían de facultades para declarar la inconstitucionalidad de una norma²⁸, y sólo se reconoció, posteriormente a la época en que se había aprobado el Código Civil, que podían resolver un conflicto de contenido si ellos se suscitaban entre normas de distinta jerarquía, prefiriendo la aplicación de los preceptos contenidos en la Constitución de 1833 a la de otra norma de menor rango legal, sin pronunciarse sobre su constitucionalidad. La misma Corte Suprema²⁹, dirigiéndose a las Cortes de apelaciones del país, por medio de la circular del 2 de Enero de 1867, establece que “*Las autoridades*

²⁸ En ese sentido, la profesora Luz Bulnes estima que: “*En general. Las Constituciones del siglo XIX consagraron el llamado control legislativo de la ley, de tal manera que solamente el legislador podía interpretar y fijar el alcance de la norma constitucional... Del artículo n.º 164 de la Constitución de 1833 se desprende que este tipo de control fue el que imperó en nuestro país bajo la vigencia de dicho texto político. La disposición indicada decía: “Sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de algunos de sus artículos”.* Bulnes Aldunate, Luz: “*El recurso de inaplicabilidad y la reforma constitucional*”. Artículo publicado en la revista “*Actualidad jurídica*”, n.º12, Julio 2005, página 29.

²⁹ Marcos Silva Bascuñan, “*La Constitución ante los Tribunales*”, apartado de la Revista Chilena, nº 75, 84 y 86, de 1926-1927. Citado por Silva Bascuñan, Alejandro. “*Tratado de Derecho Constitucional*”. Tomo VIII. Editorial Jurídica de Chile, año 2000. Página 164.

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

El distinguido profesor Silva Bascuñan³⁰, nos explica que la Corte Suprema, en dictamen que evacuó por una consulta del Gobierno con fecha 27 de Junio de 1848, dejó establecido que no existía en el ordenamiento jurídico nacional la facultad de declarar inconstitucional una ley, y por este medio, hacerla ineficaz restándoles efectos; el máximo tribunal dejó sentado además, en tal respuesta, que la voluntad del legislador, en el sentido de declarar una ley como constitucional, es suficiente para que ésta sea aplicable. La respuesta de la Corte Suprema fue dada en los términos que siguen: *“El Tribunal observará que ninguna magistratura goza de la prerrogativa de declarar la inconstitucionalidad de las leyes promulgadas después del Código Fundamental y de quitarles por este medio sus efectos y fuerza obligatoria. Ese poder, que por naturaleza sería superior al legislador mismo, puesto que implicaría anular sus resoluciones, no existe en magistratura alguna, según nuestro sistema constitucional. El juicio supremo del legislador, de que la ley que dicta no es opuesta a la Constitución, disipa toda duda en el particular y no permite retardos o demoras en el cumplimiento de sus disposiciones”*(cit. Por Roldán, págs. 518 y 519).

Es pertinente señalar, que en nuestro ordenamiento jurídico, tanto las Cortes de Apelaciones como los tribunales inferiores, nunca poseyeron atribuciones para declarar la

³⁰ Silva Bascuñan, Alejandro. . “Tratado de Derecho Constitucional”. Tomo VIII. Editorial Jurídica de Chile, año 2000. Tomo VIII Página 163.

inaplicabilidad de una ley o precepto legal, y que incluso en el diseño original de la Carta Fundamental de 1980, carecen de legitimación activa para solicitar la declaración de inaplicabilidad a la Corte Suprema, que pudo resolver de la acción o recurso solamente a petición de parte, o de oficio, en los juicios o gestiones que estuviesen sometidas a su conocimiento.

Como ha sido dicho, la Carta Fundamental de 1925 fue la primera en establecer este mecanismo de control en nuestro país. Ella preceptuaba en su artículo 86, inciso 2°: *“La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación”*.

La acción de inaplicabilidad introducida posteriormente por la Constitución de 1980, es prácticamente idéntica al de su antecesora, ya que mantiene invariables muchas de sus características. Incluso algunos de los elementos esenciales del diseño de inaplicabilidad del constituyente de 1980, se mantienen en la reforma de dicha acción, introducida por la ley n.º 20.050, que luego estudiaremos.

Entre las anotadas características comunes del control jurisdiccional de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en las Constituciones Políticas de 1925 y 1980, encontramos las siguientes: a) es un control represivo, correctivo o reparatorio, en el sentido de reestablecer el imperio del derecho y la supremacía constitucional violada por un precepto válidamente promulgado pero contrario a la Ley Suprema, aplicable a un caso concreto, b) es un control exclusivamente de contenido o de fondo, por cuanto no toca al juez, conociendo de la inaplicabilidad, extenderse a los procedimientos de formación de la

ley, c) era un control de competencia privativa de la Corte Suprema de Justicia³¹, d) para su procedencia es indispensable que exista un juicio o gestión seguida ante un tribunal de la República, e) es necesario además que el precepto reclamado sea “decisorio litis”, esto es que pudiese tener aplicación directa en lo dispositivo de la sentencia, f) es un control eventual³². La Corte Suprema de justicia no estaba obligada a efectuarlo, pero sí podía realizarlo de oficio en cualquier materia que conociera. Lo más común era que resolviera sobre estas materias a petición de parte, sea que el asunto estuviese sometido previamente a su conocimiento, o que se solicitara la declaración propiamente por la vía de recurso, conociendo de la gestión un tribunal inferior, y g) en cuanto a sus efectos, la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en estos casos era de aplicación únicamente singular. En absoluta armonía y correspondencia con el efecto relativo de las sentencias judiciales, tal declaración sólo se aplicaba al caso particular, y no nunca podía llegar a tener efecto general o derogatorio. El efecto particular en cada caso entonces, era que ese precepto estimado inconstitucional no sería aplicado en la resolución definitiva de las pretensiones de fondo de las partes, solamente en el juicio en que la cuestión de inaplicabilidad se ventilara, acogido que fuese el reclamo, sin afectar en ningún caso la vigencia de la norma declarada inconstitucional al caso concreto.

³¹ “La declaración de inaplicabilidad puede formularse únicamente por la Corte Suprema; tal exclusividad implica prohibición consiguiente de expedirla cualquiera otra autoridad del Estado bajo sanción de nulidad del acto que la infringere...” Silva Bascuñan, Alejandro. op. Cit. Tomo VIII Pág 168.

³² En ése sentido: “Tanto de las actas como de la disposición aprobada en definitiva, se infiere que la Corte Suprema puede declarar la inaplicabilidad de un precepto legal en tres situaciones bien diferenciadas, a saber: 1) de oficio, en las materias que esté conociendo; 2) a petición de parte, cuando el asunto ya esté sometido a su conocimiento, y 3) si se le solicita por la vía del recurso, para que se deje de aplicar un precepto legal en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal. En esta situación, estaremos en presencia del recurso de inaplicabilidad propiamente tal” (Héctor Nogueira, Mario Verdugo M., Emilio Pfeffer U., “Derecho constitucional”, T.II, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile. pág. 249).

En cuanto a las diferencias entre los mal llamados recursos de inaplicabilidad consagrados en la Constitución Política de 1925, con respecto a la Carta fundamental de 1980, podemos mencionar fundamentalmente que la primera no contemplaba la posibilidad de suspender la tramitación del procedimiento “principal” al que daba lugar el reclamo de inaplicabilidad intentado, como sí lo permitía la segunda. En segundo término, sabemos que la Ley Suprema de 1980 amplió la competencia de la Corte Suprema, en cuanto a que la Constitución de 1925 permitía intentar esta acción siempre que hubiese un juicio pendiente ante un tribunal de la República, en cambio, en aquella se requería sólo que se tratase de una gestión, cualquiera que ella fuese, sin restringirla a un litigio. Además, según algunos autores, sólo con la Constitución de 1980 se habría otorgado a la Corte Suprema la facultad de actuar de oficio en el conocimiento y declaración de la inaplicabilidad de un precepto legal.

Finalmente, la reforma introducida a la Ley Suprema por la ley n.º 20.050, de 2005, mantiene a grandes rasgos la fisonomía de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, pero modifica sustancialmente el órgano encargado de su conocimiento y resolución, la legitimación activa para ejercer válidamente el reclamo, y los efectos de la sentencia que lo acoge, materias que serán examinadas con mayor profundidad más adelante.

2. Concepto del constituyente originario de 1980 sobre el recurso de inaplicabilidad de competencia de la Corte Suprema. Discusión en la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (C.E.N.C.), proyecto afinado del Consejo de Estado y texto definitivo aprobado.

Es sabido entre los autores nacionales, que la discusión previa que realizó la Comisión de Estudios para la nueva Constitución Política de 1980, es el esfuerzo más abundante y significativo que se haya hecho en la historia jurídica patria, en cuanto a doctrina constitucional, a los motivos e intenciones del constituyente, y el espíritu de la Carta fundamental y desde luego, nos es de gran utilidad en el análisis particular³³.

En ella, hasta bastante avanzada la discusión del artículo que consagraba la acción de inaplicabilidad en el proyecto de Nueva Constitución de la Comisión Ortúzar, se contemplaba que si un precepto legal era declarado inconstitucional por tres veces consecutivas, dicha declaración produciría efectos generales o derogatorios, siendo en definitiva, jurídica, y a la intención de que se fuera formando una jurisprudencia de la Corte Suprema cada vez más sólida y uniforme³⁴.

³³“En la Comisión de Estudio el tema fue extensamente debatido. La discusión giró en torno a los siguientes aspectos: a) efectos de la declaración de inaplicabilidad; b) sustitución de la expresión “juicio pendiente” por “gestión pendiente”; c) facultad de la Corte Suprema para ordenar la suspensión de la gestión; d) si la declaración de inaplicabilidad podría formularla la Corte Suprema, en sala o como tribunal pleno, entre otros aspectos.” Mario Verdugo, Emilio Pfeffer, Humberto Nogueira, ob.cit. tomo II, pág.248.// Estima al respecto la profesora Luz Bulnes que: “En la comisión de Estudios de la Nueva Constitución la materia fue arduamente debatida, especialmente en lo que se refiere a los efectos de la declaración de inaplicabilidad. Se planteó derechamente la posibilidad de que después de tres fallos consecutivos en el mismo sentido se pudiera acoger la derogación de la norma declarada inconstitucional, tesis que no acogió el Consejo de Estado. Los argumentos que se dieron en esta oportunidad se refirieron fundamentalmente a que los efectos particulares atentaban contra la seguridad y certeza jurídicas y además que iban en contra del principio de igualdad ante la ley”. Bulnes Aldunate, Luz. ob. cit. , página 31 .

³⁴En ése sentido, a propósito de la discusión de las facultades del Tribunal Constitucional, y de los problemas que suscitaría que no pudiese ejercer un control después de la entrada en vigencia de la ley, en relación a los efectos particulares de la declaración de inaplicabilidad por la Corte Suprema: “*Quienes sostuvieron que*

Sin embargo, el texto final del artículo sometido a la aprobación del Consejo de Estado se alejó de ello³⁵, y mantuvo sin variación el efecto relativo de la sentencia que acogiera el recurso, declaración de efectos absolutamente “inter partes”, sin posibilidad alguna de ser aplicada “erga omnes”. Este artículo no fue modificado posteriormente ni por el mencionado Consejo, ni por la Junta de Gobierno³⁶.

En definitiva el artículo 80 de la Constitución Política de 1980, en su texto original preceptuaba: *“La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento.”* Es decir mantuvo casi inalterado el antiguo artículo 86 inciso segundo de la Constitución de 1925,

debía limitarse la atribución del tribunal a las cuestiones de constitucionalidad surgidas hasta antes de la promulgación, consideraron que aquellos que se sintieran afectados con su posterior vigencia, podrían recurrir a la Corte Suprema, a través del recurso de inaplicabilidad. Al contrario, se dijo que si el Tribunal tenía por objeto hacer prevalecer la supremacía de la Constitución, debería autorizársele para que actuara, durante su gestación, y también, luego, mientras ella esté en vigencia. Pues podría suceder que se dictara una ley que adoleciera de inconstitucionalidad de fondo, y que durante su tramitación, ni el Presidente de la República, ni los Parlamentarios lo hubieran hecho presente. En tal situación, los ciudadanos estarían afectados, incluso, en algunas garantías constitucionales. No es lógico pretender que se exija a cada ciudadano, es decir, a los diez o doce millones de habitantes del país, que recurran, cada uno de inaplicabilidad, ante la Corte Suprema. Y se agregaba que “considera razonable y justificado que un tribunal encargado de velar por la supremacía constitucional pueda declarar inconstitucional con efecto general un precepto”. (sesión n° 359, pág. 23432) citado por Mario Verdugo, Emilio Pfeffer, Humberto Nogueira, ob. cit., tomo II, pág.287).

³⁵ *“No obstante que en un principio la Comisión había aceptado la tesis de que la Corte Suprema pudiese declarar la inconstitucionalidad de la ley con efectos generales, por sus indudables ventajas prácticas, en definitiva acordó inclinarse por entregar esta facultad al Tribunal Constitucional en los casos y condiciones que en seguida se hará referencia, a fin de evitar posibles conflictos entre los órganos legislativos y la Corte Suprema, que probablemente podrían producirse si ésta pudiese declarar la virtual derogación de un precepto legal”*(intervención de Jaime Guzmán E). –A sugerencia del señor Guzmán, se agrega el adjetivo “particulares” a la frase de la letra i) del acápite sobre ideas precisas de este párrafo que dice “...podrá declarar inaplicable para estos casos particulares...”. Actas oficiales de la C.E.N.C., sesión 409ª, celebrada en Jueves 10 de Agosto de 1978, páginas 3.308 y 3.309.

³⁶*El texto propuesto por la comisión Ortúzar no fue alterado en el Consejo de Estado, ni por el gobierno al someterlo a consulta plebiscitaria”. Silva Bascuñan, Alejandro. Op. Cit., tomo VIII, página 167.*

modificándolo sólo en las ya anotadas, ampliación de competencia, posibilidad de suspensión del procedimiento, e impulso de oficio por parte de la Corte Suprema.

3. Ámbito de aplicación del recurso. El problema de la legislación irregular. Derogación tácita e inconstitucionalidad sobrevenida. Casos frecuentes de normas impugnadas.

Crítica a la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Como hemos señalado anteriormente, el ámbito de aplicación del control de constitucionalidad por inaplicabilidad es, a partir de la Constitución Política de la República de 1980, cualquier gestión³⁷ que se siga ante cualquier tribunal patrio, cualquiera sea la naturaleza del asunto, y la jerarquía del tribunal. En la referida gestión, debe estimar una de las partes, que un precepto legal³⁸ (noción evidentemente más amplia que la de ley)

³⁷ “Uno de los cambios importantes que introduce en esta materia el texto de 1980 consiste en que, mientras el de 1925 empleaba el vocablo “juicio”, ahora se usa el de “gestión”; aquel término conducía a la necesidad de precisar qué se entendía y desde cuando existía y se mantenía el juicio. La jurisprudencia que en un comienzo entendió que juicio había desde la contestación de la demanda o desde la rebeldía en la respuesta, más adelante fue concluyendo que bastaba para considerarlo tal desde que se notificara la respectiva acción”. Alejandro Silva Bascuñan, ob. cit., pág. 188. // “...cualquier gestión judicial resulta entonces idónea para la interposición del recurso de inaplicabilidad. Por ejemplo una queja, o un recurso de queja, o de amparo o protección, o cualquier gestión de carácter voluntario.” Mario Verdugo, Emilio Pfeffer, Humberto Nogueira, ob.cit., pág. 251.

³⁸ “Precepto legal es, desde luego, específicamente, sin duda. La ley, o sea, todo el cuerpo jurídico tramitado de acuerdo con las reglas de los artículos 62 y siguientes, que a su vez puede ser de distinta especie, como lo contemplan tales normas... No tiene, pues, tal carácter cualquier precepto que se aplique o pretenda aplicarse como ley (Corte Suprema, 6 de diciembre de 1950, R.D.J., tomo 47, sec. 1ª, pág. 537)...Las resoluciones de la autoridad ejecutiva emanadas de los órganos políticos o administrativos, con cualquiera denominación que se les dé, no revisten, pues, carácter de precepto legal: decretos, reglamentos, resoluciones, instrucciones, ordenanzas, circulares, acuerdos, etc.” Alejandro Silva Bascuñan. Op. Cit., página 179-180.// Para los profesores Nogueira, Verdugo y Pfeffer: “En suma, bajo el concepto “precepto legal” se comprenden: 1) las leyes, en sus diversas especies (leyes orgánicas constitucionales, de quórum informado y ordinarias); 2) los decretos con fuerza de ley; 3) los decretos leyes, y 4) los tratados internacionales. Por lo tanto, se excluyen los reglamentos, decretos e instrucciones que emanan de la potestad reglamentaria del Presidente de la República”. Mario Verdugo, Emilio Pfeffer, Humberto Nogueira, ob. cit. Página 252. // Según la profesora Luz Bulnes: ““Por precepto legal debía entenderse toda norma tramitada como ley o en que se hubiera ejercido la función legislativa, como es el caso de los decretos leyes, de los tratados y de los decretos con fuerza de ley”. Bulnes Aldunate, Luz. ob. cit., página 31.

que tiene el carácter de “decisorio litis” -esto es de ser susceptible de resolver el caso concreto y decidir el fondo de la cuestión sometida a conocimiento de la respectiva magistratura- es abiertamente contrario a la Constitución, y en consecuencia, no debe ser aplicado. El análisis en que se plantea la colisión de textos es exclusivamente de contenido, de fondo o doctrinario, por tanto no se extiende a la forma o proceso de formación del precepto legal. Como falló la propia Corte Suprema³⁹: *“El recurso de inaplicabilidad es de carácter meramente doctrinario, supuesto que no otorga al tribunal a quién compete su conocimiento más atribución que la de resolver, por el simple examen de los términos de una ley, si ella es o no contraria al texto del Estatuto Constitucional; es decir el fallo que se dicta en el recurso no resuelve ninguna de las cuestiones que son materia de la controversia judicial en que él incide, y debe limitarse únicamente a decidir si la ley objetada de inconstitucionalidad puede o no considerarse vigente para tal efecto”*.

Tanto la Carta Fundamental de 1925, como la de 1980, fueron bastante amplias en señalar como causal la contrariedad del precepto con la Constitución sin restricciones ni límites de ninguna clase. Por lo tanto muchas cuestiones relevantes debieron ser resueltas por la propia Corte Suprema a fin de dilucidar su ámbito de aplicación. Estas son parte de la criticada jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia, que fue delimitando o autolimitando⁴⁰ la protección debida a la supremacía constitucional, con criterios muchas veces erráticos, que en poco aportaron a su utilidad teórica. Esta materia ha sido tratada por

³⁹ R.D.J: , t. 52, C:S:, 15-12-1995, II, 1°, 399s. // En el mismo sentido: *“Se ha dicho que el recurso de inaplicabilidad es de carácter abstracto y doctrinario, de suerte que la Corte Suprema que conoce de él, no puede entrar al estudio de los hechos en razón de que la constitucionalidad es una cuestión de derecho, sólo le corresponde decidir por el simple análisis comparativo de la ley impugnada y del precepto constitucional que se encuentra contrariado”*. Nogueira-Verdugo- Pfeffer, op. Citada, Tomo II pág. 255 .

⁴⁰ *“Un estudio de la Jurisprudencia de esta institución tanto bajo la Constitución de 1925 como en la Carta de 1980 nos permite concluir que en general la Corte Suprema ha tenido una tendencia a autolimitarse en sus atribuciones, lo que ha impedido que se ejerza un control efectivo de la constitucionalidad de la ley vigente”*. Bulnes Aldunate, Luz. ob. cit. , página 32.

muchos autores, resultando particularmente interesante el aporte del profesor Fernando Saenger, quien ha efectuado un extensivo trabajo sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema en el período 1925-2003, centrándose en el período 1980-2003.

Dentro de tales cuestiones relevantes en la aplicación del recurso, encontramos en primer término la de determinar su extensión sobre el tipo de norma a la cual se controla (la amplitud del concepto “precepto legal”) y si esta comprende a la legislación irregular dictada por gobiernos de facto en distintas etapas de nuestra historia⁴¹. Es decir, si era posible reclamar de la inaplicabilidad de un decreto ley -lo que ya “a priori” aparece como poco razonable, toda vez que en principio podemos estimar que no son preceptos legales- tanto por no cumplir con los requisitos que la Constitución establece en su formación, cuanto por la doctrina de la nulidad de derecho público que afecta todos los actos de quienes se atribuyen mas facultades o derechos de los que la Constitución Política –desde la Carta de 1925 en el artículo 4º, y en los artículos 6º y 7º de la Carta Magna de 1980- expresamente les ha conferido⁴². En su época esto provocó una álgida controversia, debido

⁴¹ “Uno de los problemas más graves, complicados e importantes, que la Corte Suprema tuvo que resolver desde un primer instante con la nueva Constitución, fue el tema de los decretos leyes, dictados a contar de Septiembre de 1924. Fueron varios cientos. En diferentes y distintas materias. Sin duda que más delicado era aún el tema, considerando que el señor Alessandri, al volver a gobernar el país en Marzo de 1925, lo hizo sin parlamento. Que la comisión de reforma fue designada por decretos supremos, sin elecciones populares. En definitiva, la C.P. de 1925 es obra de decretos leyes y decretos supremos. En la historia constitucional del país ello es de la mayor relevancia, considerando que nuevamente durante 1932, otra vez tuvimos gobierno de hecho, dictándose nuevamente cientos de decretos leyes. Los sucesos ocurridos el 11 de Septiembre de 1973, significa hasta la restauración democrática de 1990, miles de decretos leyes o “leyes” sin la intervención de un parlamento. Toda esta legislación irregular está inserta en las estructuras legales y constitucionales del país. La C. P. de 1980 es obra también, de decretos leyes. Saenger, Fernando: “Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2003”. Artículo publicado en “Estudios constitucionales”, revista del Centro de estudios constitucionales, n.º 1, año 1, 2003. pág. 412 y 413.

⁴² El profesor Saenger al respecto señala que: “Conocido el tenor de los preceptos citados –artículo 4º y 23º de la Carta fundamental de 1925, referidos a la nulidad de derecho público- era lógico concluir y deducir que la Corte Suprema negaría toda validez a la institución de los decretos leyes. No era necesario realizar grandes razonamientos jurídicos y lógicos para llegar a esa razonable conclusión. Más, parece que la fuerza de los hechos pudo más que el razonamiento intelectual. Así lo demuestra la historia inmediata posterior. . . Quedó así, consagrada en la historia constitucional del país, el valor jurídico de los decretos leyes, los que por ironía de nuestro sistema, son perfectamente constitucionales. O sea la razón de la sin razón”. Saenger, Fernando: “Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2003”. Obra citada, pág. 413.

a que la Suprema Corte reconoció siempre la validez de esta legislación irregular⁴³, siendo por ello duramente criticada⁴⁴, e incluso acusada constitucionalmente⁴⁵, acusación que fue rechazada⁴⁶ en el parlamento por 65 votos en contra y 41 a favor en la sesión del 28 de

⁴³ “Ya el 19 de Agosto de 1925, resolviendo un recurso de queja -motivado por la no aplicación de un decreto ley por una Corte de Apelaciones- la Corte Suprema reconoció explícitamente los decretos leyes. Señalando: “Dada la situación excepcional y transitoria porque atravesó el país después de los pronunciamientos militares de 5 de Septiembre de 1924 y 23 de Enero de 1925, corresponde acatar sin restricciones la fuerza y eficacia de los decretos leyes (Revista de derecho y jurisprudencia, tomo 23, 2ª parte, sección 1ª, páginas 488 Y 489. año 1926). En el mismo sentido se pronuncia el 11 de Octubre de 1933, un fallo que rechaza un recurso de inaplicabilidad interpuesto contra un decreto ley en materia tributaria: “Los decretos leyes de gobiernos de hecho en que se aumentan las contribuciones establecidas en leyes anteriores y atacados por haber sido dictados sin sujeción a los preceptos constitucionales han sido reconocidos con fuerza obligatoria en todos los países en que se han impuesto tales gobiernos; y en el nuestro, el propio poder legislativo así lo ha declarado implícitamente al dictar leyes derogatorias de algunos decretos leyes, dejando en vigor a los demás, al negarse a prestar su aprobación a proyectos de ley encaminados a dejar sin efectos otros, y al reformar decretos leyes por medio de otras leyes” (Revista de derecho y jurisprudencia, tomo 31, 2ª parte, sección 1ª, página 85. año 1934). Confirmando ya de manera absoluta el mismo criterio, al 16 de Noviembre de 1933, resuelve: “Para declarar la inaplicabilidad de un decreto ley debe procederse como si se tratase de preceptos legales generales generados constitucionalmente”(Revista de derecho y jurisprudencia, tomo 31, 2ª parte, sección 1ª, página 123. año 1934). Fallos citados por Saenger, op.cit. pág. 414.

⁴⁴ El profesor Luis Claro Solar expuso magistralmente la principal objeción que en doctrina sufren los decretos leyes, en los siguientes términos: “No pueden tener el carácter y fuerza obligatoria de leyes, las órdenes o disposiciones impuestas por personas que sin otro título que el de la fuerza y la audacia, se arrogaron facultades que nadie les había concedido, que no han debido ni podido tener sino la vida efímera de la misma usurpación de poderes, y que en el hecho han debido desaparecer junto con la situación de violencia que les dio origen”. Claro Solar, Luis. Los decretos leyes y el recurso de inaplicabilidad que establece el artículo 86 de la Constitución Política. Artículo publicado en revista de derecho y jurisprudencia, tomo 31, 1934, 1ª parte. Página 13.

⁴⁵ La defensa de la Corte Suprema sobre este capítulo de la acusación señala en lo pertinente, que “Es fuerza darse a la razón: si toda la estructura jurídica, económica, financiera, política y administrativa del Estado, si toda la legislación social que ha satisfecho las ansias de justicia de las clases populares reposa hoy día sobre la base de los decretos leyes, ratificados en gran parte de una manera directa o indirecta por el Poder legislativo, es vano intento pretender de los actuales ministros de la Corte Suprema quieran afrontar la responsabilidad de sumir al país en el caos que significaría el desconocimiento de esa legislación, sobre la cual descansan instituciones como el Banco Central, los bancos comerciales e hipotecarios, las cajas de previsión, etc”. Boletín Cámara de diputados, sesión ordinaria 19ª, Martes 27 de junio de 1933. pág. 942.

⁴⁶ No menos interesante es la opinión del profesor Estévez, quién en la sesión que se discutió la acusación planteó que: “No tengo para que decir, señor Presidente, que dentro de mi humilde opinión, estos decretos leyes son absoluta y francamente inconstitucionales... dentro de nuestra Constitución, no hay más que la ley, que es el resultado del concurso de la voluntad soberana del Congreso y del Presidente de la República... en mi humilde criterio todos estos decretos leyes son absolutamente inconstitucionales; pero desgraciadamente señor Presidente, esos decretos leyes subsisten, estos decretos leyes viven, y ni el Congreso ni el Presidente de la República han tenido la autoridad suficiente para destruir estos decretos leyes y evitar que se cumplan, ¿hay derecho para exigir que la Corte Suprema de justicia haya sido la única que hubiera negado a estos decretos leyes su eficacia, cuando los ministros hoy acusados y que llegaron al tribunal el año 1927, se encontraron ya con resoluciones expedidas por los Tribunales de justicia, en 1924 y 25, en que se reconocía la eficacia y validez de estos decretos leyes?... Procedamos entonces con valentía, y o derogamos todos estos decretos leyes o sancionémoslos por verdaderas leyes aquellos que sean necesarios, convenientes para el país”. citado por Saenger, op.cit. pág 417.

Junio de 1933, resolviendo con ello la discusión definitivamente, “solucionando” el problema acerca de la constitucionalidad de la legislación de facto en nuestro país.

Dentro de la misma perspectiva, pero con un matiz distinto -debido a su sanción por autoridades que la propia Constitución de 1925 establecía, pero evidentemente actuando en exceso de atribuciones- encontramos como cuestión relevante en la aplicación de la acción de inaplicabilidad, la validez de la legislación derivada o de aquellas normas dictadas con forma de decretos con fuerza de ley. Sabemos que en nuestro ordenamiento no se consagró esa facultad del Presidente de la República de dictar legislación en virtud de una delegación por autorización del Congreso Nacional sino hasta 1970, sin perjuicio de lo cual, el ejecutivo, no ajustándose a un proceso de formación contemplado en la Ley Suprema -y por tanto sufriendo los mismos vicios de inconstitucionalidad que un decreto ley⁴⁷- a partir de 1927 dicta numerosos decretos con fuerza de ley en calidad de delegado del legislador, los cuales fueron también reconocidos de forma invariable⁴⁸ como plenamente válidos desde su origen por la Corte Suprema⁴⁹.

⁴⁷“Sabido es que en nuestra historia constitucional, al poco tiempo de la promulgación en 1925, de la nueva Carta magna, se procedió a dictar diversas leyes que permitieron la dictación de decretos con fuerza de ley. Podemos afirmar con certidumbre científica, y así lo demuestra por lo demás la historia, que el derecho público chileno está impregnado de nulidades e inconstitucionalidades. No otra cosa lo han sido los decretos leyes y los decretos con fuerza de ley antes de 1970. La institución, sin duda que era abiertamente inconstitucional. Se atentaba a lo establecido en el artículo 4º en materia de nulidad de derecho público. Se infringía el principio de separación de los poderes. Se violaba flagrantemente todas las normas sobre formación de la ley”. Saenger, Fernando. *ob. cit.* pág. 420.

⁴⁸“En 1932 en recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad la Corte señaló que no era de su competencia pronunciarse sobre delegaciones al Presidente de la República por parte del Congreso. Que sólo le competía confrontar un texto legal con la Constitución... Esta doctrina de la Corte Suprema permitió que se dictaran leyes evidentemente contrarias a la Constitución de 1925, que en su texto primitivo no autorizaba la delegación de facultades legislativas.” Luz Bulnes Aldunate, *ob. cit.* , página 33.

⁴⁹ En un fallo dictado el 27 de Septiembre de 1933, la Corte Suprema reiteró claramente que: “No está dentro de las facultades de la Corte Suprema, en los recursos de inaplicabilidad de preceptos legales contrarios a la Constitución, decidir, ni aún en casos determinados, si el poder legislativo ha podido delegar sus funciones como lo hizo por medio de la ley n.º4945, que fue cumplida por quien no es tribunal de justicia, dictando decretos con fuerza de ley. Tampoco puede la Corte Suprema resolver si el Presidente de la República extralimitó las atribuciones que le había delegado el poder legislativo, ya que la Constitución Política, en el precepto citado, no le confiere ese derecho, y solamente puede ver si un determinado precepto legal, cuya

En segundo lugar apareció en cuanto a la aplicación del recurso, el problema de dilucidar desde una perspectiva temporal, sobre cuales normas operaría esta protección, en el sentido de establecer si los preceptos legales promulgados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política y que fuesen contrarios a la misma se encontraban sometidos al control de inaplicabilidad o si simplemente ellos, entrando en conflicto de contenido con una nueva Carta Fundamental, debiesen haberse entendido derogados tácitamente con la entrada en vigencia de ésta última⁵⁰ (si bien este tema se había planteado antes de la vigencia de la Ley Suprema de 1980, es a partir de la aplicación de ella que se torna altamente conflictivo).

De ser así, es decir, de estimarse que la norma preexistente, que se opone a la nueva Constitución, ha sido eliminada del ordenamiento jurídico, no podría ella ser susceptible de ser declarada inaplicable, toda vez que ha sido derogada, que ha perdido validez, y por ello ha dejado de ser un precepto legal, cuestión que debe ser declarada por el

inaplicabilidad se solicita, es contrario a la Constitución". Revista de derecho y jurisprudencia , tomo 31, 2ª parte, sección 1ª, página 63, año 1934.

⁵⁰ El profesor Gastón Gómez ha realizado un interesante trabajo crítico sobre el recurso de inaplicabilidad y la jurisprudencia de la Corte Suprema en el período 1990-1996. Refiriéndose a éste tema, señala: "*El problema de la inconstitucionalidad sobrevenida o la derogación tácita es determinante para la validez del derecho de la Constitución. Todo derecho vigente debe ser consistente con ella, de modo que es necesario resolver correctamente el problema de si el derecho antiguo contradictorio con la Carta subsiste o de qué manera deja de imperar frente al nuevo derecho; el tema es la eficacia derogatoria de la Constitución. Las leyes preconstitucionales pueden contradecir la Constitución en un doble sentido: por una parte, temporalmente ya que la Constitución es posterior a ellas y, por la otra, jerárquicamente, puesto que la Constitución es una norma situada como derecho superior al derecho preconstitucional. Si se aborda el problema desde la temporalidad, se concibe el asunto como derogación tácita y en cambio, si se aborda como jerarquía, estamos ante un problema de inconstitucionalidad sobrevenida. Un juicio de derogación tácita es un pronunciamiento de fondo, versa acerca de la consistencia del contenido normativo de dos preceptos, los que deben ser equivalentes en extensión y en rango o jerarquía. En cambio un juicio de inconstitucionalidad sobrevenida debe proponerse revisar tanto las inconsistencias de contenido normativo –si la ley antigua transgrede los nuevos principios o normas constitucionales- como lesiones a las reglas formales de legitimación del derecho. Así, es indispensable resolver si será la jurisdicción constitucional la llamada a resolver el punto osi los tribunales ordinarios poseen la atribución. Si es derogación tácita sería lógico que el tribunal que conoce del litigio se pronuncie acerca de la sobrevivencia de la ley y si es de constitucionalidad del precepto corresponde, por efecto del artículo 80 de la Carta, exclusiva y únicamente, a la Corte Suprema, debiendo excluir a los tribunales de fondo. Gastón Gómez B, "El recurso de inaplicabilidad. La jurisdicción constitucional: Funcionamiento de la Acción o Recurso de Inaplicabilidad, crónica de un fracaso". Informe en formato electrónico disponible en http://www.udp.cl/derecho/publicaciones/recurso_inaplicabilidad.pdf, página 18.*

Juez del fondo. En materia civil, es claro que cuando se ha dictado una nueva norma de rango legal, en cualquiera de sus jerarquías que contiene disposiciones irreconciliables con el precepto anterior, deroga tácitamente a éste último; pero, ¿podría admitirse la derogación tácita si proviene de la oposición del precepto legal con un nuevo texto Constitucional, caso en el cual se plantea una cuestión de constitucionalidad, por la inconstitucionalidad sobrevinida de un precepto preexistente que se opone por contenido a la nueva Ley Suprema?; o en otros términos ¿Es competente el Juez del fondo para declarar la derogación tácita, ya no sólo por oposición a una nueva norma de rango legal, sino también para declarar la derogación tácita por inconstitucionalidad sobrevinida, ejerciendo entonces jurisdicción constitucional?

Sobre ello, se ha dicho que durante la vigencia de la Constitución de 1925, La Corte Suprema en general entendió que la aplicación del recurso se extendía, en cuanto a la temporalidad de la norma, a cualquier precepto legal⁵¹, sin perjuicio que existieron fallos que adoptan la doctrina de protección sólo a preceptos dictados con posterioridad a su entrada en vigencia⁵².

⁵¹ *En ése sentido, el mismo profesor Gómez estima que:* “Durante las últimas décadas la Corte ha tenido criterios interpretativos disímiles. El criterio dominante hasta 1978 fue que la Corte Suprema poseía atribuciones para conocer y fallar recursos de inaplicabilidad presentados contra leyes vigentes con anterioridad a la Constitución..Después, la Corte considera que no cabe el recurso para resolver cuestiones que atañen a la sobrevivencia de la ley en el tiempo. Interpreta el problema como un asunto de derogación tácita. Desde 1985 y de modo dubitativo varía, no la definición del problema, sino que la competencia para resolverlo: concibiendo el problema como de derogación tácita, piensa tanto la Corte como los jueces de fondo poseen competencia”. *Gómez, Gastón . Ob. cit. Págs. 18 y19.*

⁵² Así en una sentencia del máximo Tribunal se falló que: “*Toda Constitución importa una Ley fundamental que debe ser respetada por el legislador al aprobar una determinada ley. Este es un marco o límite que está fijado por la Constitución vigente al momento de dictarse una norma legal, pero si una ley contiene preceptos contrarios a la Carta Fundamental dictada con posterioridad, los preceptos de ésta derogan a los de aquella en lo que se contrapongan al nuevo texto de la Constitución., Por tanto la materia de una ley anterior que sea contraria a una Constitución posterior, no es propia del recurso de inaplicabilidad, sino que se trata de un problema de derogación de leyes que corresponde estudiar a los jueces sentenciadores*”. *Revista derecho y jurisprudencia, tomo XLVI, año 1949, 2ª parte, sección 1ª, pp.618 a 619.*

Así, se estimó en una primera época, durante la vigencia de la Carta fundamental de 1980 –hasta 1990, aproximadamente- por la Corte Suprema⁵³, en virtud de lo anteriormente expuesto, que los jueces que debían fallar en el fondo el asunto, no aplicarían la norma derogada tácitamente⁵⁴, lo que por supuesto causó muchos problemas, al establecer un nuevo control no contemplado como atribución de los jueces inferiores, en la Ley Suprema; por otra parte, además, el máximo Tribunal desatendió el hecho que, siguiendo este criterio, el recurso de inaplicabilidad perdería en gran parte razón de ser: ninguna norma anterior al 11 de Marzo de 1980, que se opusiera a la Constitución podría ser declarada inaplicable, por estar derogada; sin embargo ¿no era necesario que esa derogación fuese declarada por un órgano competente del Estado?; y de ser así ¿a quién correspondería esa atribución?; ¿podía subentenderse sin estar contemplado expresamente, que los tribunales inferiores gozaban de tal facultad?; y entendiéndose de ése modo, ¿estarían dispuestos los jueces inferiores a usar tal prerrogativa?.

⁵³ En ése sentido, el fallo del 5 de Diciembre de 1986: “*Que, atendido que la Constitución Política del Estado entró en vigencia con posterioridad al decreto ley en referencia, supuesto de que aquella instituyese normas contrarias a la preceptiva del decreto ley 2.695, trataríase de un problema de derogación de la ley, que debe ser analizado en su oportunidad por los Jueces de la causa, y no de inaplicabilidad, que no cabe respecto de una ley derogada, salvo que ésta mantenga su actividad respecto de actos nacidos mientras regía, lo que naturalmente no puede suceder en el caso ya que el reconocimiento de aquella posesión a favor de sus demandantes habría ocurrido cuando ya estaba en vigencia la Constitución Política, esto es después de estar derogada la ley, en el supuesto de existir contradicción con la Carta. El problema de la inaplicabilidad se presenta entonces, respecto de leyes posteriores a la vigencia de la Constitución, y de las anteriores sólo en caso de supervivencia o ultractividad de una ley derogada*”. Fallos del mes, n.º 337, diciembre 1986, pág. 867.

⁵⁴ En ése sentido, el fallo del 5 de Diciembre de 1986: “*Que, atendido que la Constitución Política del Estado entró en vigencia con posterioridad al decreto ley en referencia, supuesto de que aquella instituyese normas contrarias a la preceptiva del decreto ley 2.695, trataríase de un problema de derogación de la ley, que debe ser analizado en su oportunidad por los Jueces de la causa, y no de inaplicabilidad, que no cabe respecto de una ley derogada, salvo que ésta mantenga su actividad respecto de actos nacidos mientras regía, lo que naturalmente no puede suceder en el caso ya que el reconocimiento de aquella posesión a favor de sus demandantes habría ocurrido cuando ya estaba en vigencia la Constitución Política, esto es después de estar derogada la ley, en el supuesto de existir contradicción con la Carta. El problema de la inaplicabilidad se presenta entonces, respecto de leyes posteriores a la vigencia de la Constitución, y de las anteriores sólo en caso de supervivencia o ultractividad de una ley derogada*”. Fallos del mes, n.º 337, diciembre 1986, pág. 867.

Felizmente, esta “automutilante” doctrina fue dejada en el olvido por la Corte Suprema aproximadamente a partir del año 1990⁵⁵, en que se produce un recambio bastante importante de ministros⁵⁶, coincidentemente con el fin del régimen militar. En virtud de ello, se amplía otra vez considerablemente el ámbito de aplicación del recurso⁵⁷.

⁵⁵ “En suma, la Corte Suprema ha llegado –no sin altibajos- a la conclusión de que el tema del derecho vigente con anterioridad a la irrupción de la constitución de 1980 debe ser abordado como inconstitucionalidad sobrevenida y no derogación tácita. De este modo, volvió, a partir de 1991, a sustentar el mismo criterio interpretativo que sostuvo hasta la década del 70. Ello no es óbice para que consten durante el período, fallos favorables a decidir el asunto como derogación y a la presencia de votos de minoría que tienen ese criterio. Al resolver de ese modo el punto ha quedado en la oscuridad si los jueces de la instancia tienen las facultades constitucionales que le concede el criterio de derogación tácita. Si el asunto es de inconstitucionalidad sobrevenida, entonces cabe revisar toda inconstitucionalidad tanto de “forma” como de “fondo” y cabe, por expreso mandato del artículo 80, prevenir que los jueces de fondo no tienen competencia o atribuciones para pronunciarse acerca de la constitucionalidad del derecho anterior a la Carta. Pero ninguna de las dos cosas ha sucedido. Por el contrario, en algunos casos de modo claro, y en otros de modo indirecto, la Corte atribuye a los tribunales de fondo expresas facultades para conocer y resolver lo que ella considera –ahora último- una clara cuestión de inconstitucionalidad sobrevenida. Se afirma que si los tribunales de la instancia tienen competencia para resolver estas materias “con mayor razón” la tiene la Corte Suprema”. Gómez, Gastón. Ob. cit. Pág.21.

⁵⁶ “Imprevistamente, en 1990, la Corte Suprema cambia radicalmente su posición en tan importante materia. Este cambio impacta profundamente el análisis constitucional de las leyes anteriores a la Constitución, y significa en consecuencia, una profunda modificación de tipo legal. En 1989, numerosos ministros jubilaron, renovándose nuestro más alto tribunal. Esta modificación significó también un cambio de criterio en la interpretación de la Constitución y su historia”. Saenger, Fernando, ob. cit. Pág 443.

⁵⁷ La Corte Suprema manifiesta este cambio de criterio conociendo del recurso de inaplicabilidad rol 14.444, interpuesto por doña Natividad Campos impugnando el decreto ley n.º 2.465, afirmando, antes de entrar a conocer del fondo del asunto: “Que, contrariamente a lo afirmado por el señor Fiscal, no comparte este Tribunal la afirmación de que sólo incumbe a los jueces de la instancia resolver si las leyes que anteriores a la Constitución los recurrentes estiman opuestas a su texto lo son realmente, como tampoco acepta que en la especie se trataría de una eventual derogación, por la posterior Constitución Política de una norma anterior a ella”// En el mismo sentido: En el rol 16.164, de fecha 31.10.91, Vera Bascur, Miguel, se trata de impugnar unas normas del Código Sanitario. Un establecimiento naturista es clausurado en virtud de los artículos 53, 54, y 112 del C. S. El problema de la derogación tácita vuelve ha hacerse presente. El Pleno discrepa del Fiscal (1) porque si la constitución permite que sean los jueces de la instancia los que lleguen a pronunciarse acerca del problema de la derogación con mucho mayor razón la Corte Suprema puede hacerlo porque el mandato de la constitución a ésta es amplio y no distingue entre distintos tipos de preceptos legales.(2) de aceptarse la derogación tácita como se propone quedarían muchos conflictos sin resolver, entre otras cosas, porque la ley general posterior no deroga la ley particular anterior y los magistrados de fondo, así, se verían obligados a aplicar una norma contraria a la constitución. (3) “tanto desde el punto de vista jurídico cuanto como por importantes normas de conveniencia institucional es preferible que sea la Corte Suprema y no la judicatura de la instancia la que resuelva un asunto de tanta trascendencia como la inconstitucionalidad o constitucionalidad de la ley”. “Por todo lo expuesto, este tribunal entrará a pronunciarse sobre el fondo del recurso”. Citado por Gastón Gómez, op. Cit. Pág. 20 // Posteriormente, se confirma este cambio de doctrina de la Corte Suprema en la sentencia recaídos en la causa rol 16.868, fallada en Septiembre de 1992, por recurso de inaplicabilidad interpuesto por la sociedad benefactora dignidad, impugnando el artículo 559 inciso segundo y 561 del código civil, “La Corte sostiene que tiene competencia porque el juicio de derogación presupone uno de inconstitucionalidad. Luego, una decisión de la Corte en esta materia servirá para orientar a los tribunales inferiores. Agrega que la derogación es una cuestión que cabe de ser revisada por medio de la inaplicabilidad porque hay una cuestión de “subsistencia y

Otro problema relacionado con la aplicación de la acción de inaplicabilidad que es necesario mencionar, se produjo con respecto a si era posible considerar al recurso de protección, introducido en el ordenamiento patrio en el artículo 20 de la actual Ley Suprema, una gestión en la cual se pudiera reclamar la inconstitucionalidad de una norma “descisoria litis” en el caso concreto. Si bien a contar de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1980, se estimó unánimemente que el recurso de protección sí constituía un tipo de gestión en la que podía interponerse un recurso de inaplicabilidad, a partir de 1995 se produce un radical cambio de criterio en la Corte Suprema, debido a que según la nueva doctrina del máximo Tribunal, en la acción constitucional de protección no corresponde aplicar una norma en la decisión de un asunto, sino sólo pronunciarse sobre la ilegalidad o abuso de un acto u omisión determinado. A partir de éste criterio entonces, el recurso o acción constitucional de protección ha dejado de ser una gestión en la cual pueda suscitarse un reclamo de inconstitucionalidad, ya que, aún siendo éste acogido, ninguna incidencia puede tener en la resolución de la acción de protección el precepto impugnado⁵⁸.

es precisamente el recurso de inaplicabilidad” el que tiene por objeto declarar la inaplicabilidad de los preceptos contrarios a la Constitución”.

⁵⁸ En ése sentido tanto el fallo del 5 de Julio de 1996, en recurso de inaplicabilidad deducido por “ABN Amro bank” y otros, de rol n.º 34.024, así como el del 1 de diciembre de 1995, de rol n.º 23.342, deducido por “Primo Corral”, declarados improcedentes, siguen claramente la tendencia establecida en la sentencia del 10 de Noviembre de 1995, en la causa rol n.º 23.118, recurso de inaplicabilidad interpuesto por “inversiones forestales CCA”, en el que se denunció, en la acción de protección respectiva, como ilegal o arbitraria la formulación de cargos por el Director nacional del Servicio de aduanas contra el recurrente. Al respecto declaró la Corte Suprema, en el considerando séptimo: “*Que la conducta del señor Director nacional de aduanas, la que se impugna a través de los varias veces referidos recursos de protección pendientes, encuentran su base legal en lo expuesto en los artículos 3º, 4º bis y 7º de la ley 18.480, y siendo ello así no puede prosperar el presente recurso de inaplicabilidad, que aún en el evento de ser acogido, la decisión que se emita no podrá tener influencia alguna en la resolución de los recursos de protección pendientes. En efecto, como ya se ha señalado, tratándose de un recurso de protección, los Tribunales deben analizar, como cuestión fundamental, si la conducta del recurrido fue o no arbitraria o ilegal, y para lo que interesa, si ella tiene este último carácter. De esta manera, la eventual acogida del recurso, en estos casos particulares, no puede producir el efecto de influir en la decisión de los recursos de protección, desde que no obstante ello, la conducta del recurrido continúa siendo ajustada a la ley, y por ende, una declaración de inaplicabilidad tendría un carácter meramente teórico, lo que es ajeno a toda decisión jurisdiccional*”.

En fin, dentro de las innumerables cuestiones relevantes y controversiales que se suscitaron durante la vigencia del antiguo recurso de inaplicabilidad, sobre las cuales se han referido abundantemente los autores nacionales, encontramos también como dignas de ser mencionadas la posibilidad de que la declaración de inaplicabilidad se extendiese no sólo sobre un precepto legal, sino también sobre todo un cuerpo normativo; la mala utilización que se dio a esta acción constitucional, en el sentido de ser utilizado frecuentemente como mero instrumento dilatador de la gestión principal, debido a la facultad de la Corte Suprema de suspender el procedimiento; y por último la escasísima utilización de la prerrogativa concedida al Tribunal Supremo, de declarar inaplicable de oficio ciertos preceptos en las gestiones de que estuviere conociendo que fuesen contrarios a la Constitución Política.

Por otra parte, en cuanto a los casos frecuentes de normas impugnadas por inconstitucionales en los recursos de inaplicabilidad, tenemos en un categórico primer lugar al D.L. 2.465 del 21 de julio de 1979, que establece normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz. Estiman por lo general los recurrentes que este cuerpo legal, o bien que determinados artículos del mismo, son inconstitucionales por atentar gravemente contra los preceptos constitucionales que protegen y garantizan el derecho de propiedad reconocido en la Constitución Política de 1980, principalmente en el artículo 19 n.º 24, así como por afectar al mismo derecho de propiedad en su esencia. En todo caso, nunca se formó una jurisprudencia sólida en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad o inadmisibilidad del recurso en contra de este cuerpo legal, habiendo innumerables fallos en uno y otro sentido, sin poder advertirse ni siquiera “tendencias” consolidadas.

Otros de los preceptos o cuerpos legales que han sido objeto de recurso de inaplicabilidad en reiteradas ocasiones -en todo caso muy por debajo del D.L 2.465- han sido el DFL 252 de 1960, que regula la actividad bancaria, la ley n.º 18.700, sobre

votaciones populares y escrutinios, y la ley 18.585. Igualmente las decisiones sobre esta materia han sido contradictorias y no han logrado conformar una sólida jurisprudencia.

Sin embargo, la fuente más fecunda de acciones de inaplicabilidad, y su causal más característica es la oposición de un determinado precepto legal a las garantías constitucionales establecidas en el artículo 19 de la Constitución Política de 1980. En la medida que proteja adecuadamente las garantías que dicho artículo establece, el control constitucional posterior a la promulgación de la norma se hará altamente necesario; es pertinente señalar también que esta acción de inaplicabilidad es el mejor instrumento con que los integrantes de la comunidad nacional cuentan para remediar posibles infracciones a la Constitución, cometidas en su contra, por un precepto legal.

Para finalizar este capítulo, queremos referirnos a la labor desarrollada por nuestro Máximo Tribunal en cuanto al conocimiento y resolución de esta acción constitucional en la historia jurídica chilena, pero en especial a su actividad jurisdiccional desde la vigencia de la Ley Suprema de 1980, hasta la reforma introducida en septiembre de 2005, por la Ley N.º 20.050.

La crítica en contra de la jurisprudencia de la Corte Suprema es generalizada en la doctrina nacional. Es notable el hecho de que todos quienes se han ocupado de este tema señalen que prácticamente nunca llegase, en ninguno de los aspectos relevantes en la aplicación del recurso –quizás con la sola excepción de la improcedencia de la posibilidad del control de forma vía inaplicabilidad- a formarse una jurisprudencia sólida sobre los temas difíciles que señalamos anteriormente, y que al contrario, nuestro Tribunal Supremo hizo demasiada honra al efecto relativo de las sentencias, adoptando en forma permanente decisiones contradictorias e incompatibles, resultando de ello una enorme sensación de incertidumbre jurídica y un “desperdicio” de buena parte de la jurisdicción constitucional

otorgada a esta Corte, elementos que forzaron la reforma al sistema de justicia constitucional, sobre todo en lo concerniente al diseño de la acción de inaplicabilidad, completando así la institucionalidad en esta materia, que abandona el control doble desconcentrado difuso y adopta un doble control concentrado a cargo del Tribunal Constitucional, cuestiones que serán estudiadas a continuación.

CAPÍTULO TERCERO.

Reforma constitucional introducida por la ley n.º 20.050 de 2005. Las nuevas competencias del Tribunal Constitucional.

1. Antecedentes de la discusión en el Parlamento. Las nuevas atribuciones.

El 17 de septiembre del año 2005, se promulgó por S.E. el Presidente don Ricardo Lagos, la Ley N.º 20.050, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, luego de las reformas que por ésta misma ley se le introdujeran; modificaciones que para algunos serían de tal magnitud, que se ha hablado de que estaríamos en presencia de una nueva Carta Fundamental, con entidad propia, distinta de la Ley Suprema de 1980, a la cual reemplazaría.

Nosotros estimamos, sin embargo, que si bien las reformas al texto de la Constitución tienen una considerable importancia, es realmente impropio hablar de una nueva Carta Magna, puesto que en lo sustancial de la misma, es decir, tanto en lo relativo a los principios constitucionales que la sostienen, como en lo concerniente a las normas básicas que tutelan las garantías constitucionales, no ha habido ninguna verdadera modificación que amerite darle el carácter de nueva Ley Suprema.

Dentro de tales modificaciones a la Constitución, se encuentra la que ha motivado el presente estudio, que sí ha introducido un cambio radical en la materia a que se refiere, y que no es otra que la de fijar las nuevas competencias de los órganos del Estado en materia de jurisdicción constitucional, específicamente en lo relativo al control jurisdiccional de la supremacía constitucional, habiéndose reformando para ello las atribuciones del Excmo. Tribunal Constitucional y de la Excma. Corte Suprema.

En lo fundamental, el objetivo que se persigue en esta materia con la reforma, es mejorar la administración de justicia constitucional, que no se encontraba adecuadamente regulada en la Ley Suprema de 1980, y menos en sus antecesoras, principalmente debido al diseño difuso, no concentrado de sus manifestaciones, y a la poca coherencia y solidez de la Corte Suprema, conociendo de la inaplicabilidad, para formar jurisprudencia. Además, el diseño de la inaplicabilidad, desde 1925, importó un profundo atentado al principio de igualdad ante la ley, que es uno de los bienes jurídicos tutelados con mayor intensidad en nuestro ordenamiento positivo (a nuestro entender, junto a los derechos humanos en general, y dentro de éstos, el derecho a la vida y la integridad física y síquica, el derecho a la libertad personal, y el derecho de propiedad).

Para el cumplimiento del objetivo recién descrito, se contempla dotar al Tribunal Constitucional de algunas nuevas y otras renovadas atribuciones, que tienen un destino común: concentrar la administración de la jurisdicción constitucional en ése órgano autónomo del Estado, con el propósito de hacer efectivo el rol que éste está llamado a cumplir en nuestro sistema jurídico como garante último de el estado de derecho y la supremacía constitucional, esto es, obligar a la subordinación general a la Ley Suprema, por medio de los mecanismos que la propia Constitución se otorga.

No está demás decir que las mencionadas reformas, que tuvieron su origen en mociones parlamentarias, son fruto de un llamado “segundo pacto constitucional”, entre los principales conglomerados con representación en el Congreso Nacional. El profesor Emilio Pfeffer⁵⁹, al respecto, señala: *“No existe antecedente de una reforma tan profunda y sustancial introducida a un Código Político que haya tenido su origen en iniciativas parlamentarias. La de 2005 –iniciada en una moción de la Alianza por Chile, seguida*

⁵⁹ Pfeffer Urquiaga, Emilio: “Reformas constitucionales 2005”. Editorial Jurídica de Chile, año 2006. Pág. 9.

inmediatamente de otra de la Concertación, presentadas el año 2000 en el Senado- es un ejemplo paradigmático de ello y pone de relieve el trascendente rol que en nuestro sistema político cumple el Senado y la Cámara de Diputados”.

Durante la discusión de las reformas, y en especial de las que guardan relación con la materia objeto de nuestro estudio, hubo un rico debate en las comisiones, la Cámara y el Senado. El mismo profesor Pfeffer Urquiaga, en su libro “Reformas Constitucionales 2005”, ha realizado una notable sistematización de esa parte de la historia constitucional patria, cuyo análisis, sobretodo en la parte referida al Tribunal Constitucional y sus nuevas atribuciones, resulta muy ilustrativo para entender los motivos y objetivos del constituyente derivado, en la materia.

Así por ejemplo, en cuanto a los antecedentes considerados por la Comisión del Senado, en relación a las atribuciones del Tribunal Constitucional, para su primer informe, el recién nombrado nos dice⁶⁰: *“La Comisión observó que la Ley Fundamental de la República Federal Alemana entrega al Tribunal Constitucional Federal diversas atribuciones. Entre ellas, la resolución de los conflictos de interpretación de la Constitución, referidos al alcance de los derechos y obligaciones de órganos de alta jerarquía y de compatibilidad entre el derecho federal o de un Estado y la Carta Fundamental... También que la Corte Constitucional de Colombia decide sobre las demandas de inconstitucionalidad contra las reformas a la Constitución y la convocatoria a asambleas constituyentes para enmendarla... Tuvo presente que en España el Tribunal Constitucional conoce los recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, del recurso de amparo por violación de ciertos derechos y*

⁶⁰ Pfeffer Urquiaga, Emilio: “Reformas constitucionales 2005”. Editorial Jurídica de Chile, año 2006. Pág. 373 y 374.

libertades, y de conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas o de éstas entre sí. Asimismo, que en caso de que un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma legal aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser inconstitucional, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán supervisados... Respecto del Consejo Constitucional de Francia, observó que vela por la regularidad de la elección de Presidente de la República, examina las reclamaciones y proclama los resultados del escrutinio. Se pronuncia en caso de impugnación sobre la regularidad de las elecciones de diputados y senadores; cuida la regularidad de las operaciones de referéndum y proclama sus resultados y ejerce el control preventivo de constitucionalidad de las leyes orgánicas y de otras normas antes de su promulgación... Por último, que el Tribunal Constitucional de Italia juzga sobre las controversias acerca de la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos don fuerza de ley del Estado y de las Regiones; sobre los conflictos de atribuciones entre los Poderes del Estado; entre el Estado y las Regiones y entre las propias Regiones, y también sobre las acusaciones entabladas contra el Presidente de la República y los Ministros, conforme a la Constitución”.

La Comisión del Senado, nos señala, escuchó variadas opiniones de connotados juristas, para sus informes. Siempre en materia de atribuciones del Tribunal Constitucional, El profesor Eugenio Valenzuela⁶¹, expresa: “*En materia de nuevas atribuciones, señaló estar consciente de que algunos postulan incorporarle un sinnúmero de nuevas potestades, entre ellas, la revisión de las sentencias de los Tribunales ordinarios, lo que ha constituido*

⁶¹ Pfeffer Urquiaga, Emilio: “Reformas constitucionales 2005”. Editorial Jurídica de Chile, año 2006. Pág. 375.

un fracaso en el mundo contemporáneo. Por lo tanto, su planteamiento se limita a agregar algunas muy precisas, con el objeto de establecer un sistema de constitucionalidad concentrado y no difuso como el actual, en que la Corte Suprema actúa por un lado y el Tribunal, por otro, con el objeto de concentrar la defensa del principio de supremacía constitucional en un solo organismo.. El recurso de inaplicabilidad debería pasar al Tribunal dividido en dos tipos de acciones, una de inaplicabilidad, y otra de inconstitucionalidad... La acción de inaplicabilidad pasaría en los mismos términos en que está concebida actualmente en el artículo 80 y sería conocida en sala, pero después de tres fallos uniformes, en recursos de inaplicabilidad distintos, nacería la segunda acción, la de inconstitucionalidad. Si ésta se acoge, traería como consecuencia que la ley quede sin efecto con carácter general... La segunda atribución que propuso confiar al Tribunal incide en el control de constitucionalidad de las normas de los tratados que versen sobre materias propias de la ley orgánica constitucional... También procedería asignarle al Tribunal el control preventivo y obligatorio de los autos acordados de la Corte Suprema, de las Cortes de Apelaciones, y del Tribunal Calificador de Elecciones... Por último, le conferiría al Tribunal la facultad de resolver todas las contiendas de competencias que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los Tribunales superiores de Justicia... Considera un error entregarle al Tribunal la facultad de conocer en una segunda instancia los recursos de protección, porque no puede pretenderse que esa acción se falle por una Corte de Apelaciones en primera, y en segunda, por el Tribunal, que no es superior jerárquico de los Tribunales de alzada... Con estas nuevas atribuciones se lograría un sistema concentrado de constitucionalidad; se mantendría el equilibrio del Tribunal Constitucional y éste podría desarrollar, como lo ha hecho hasta ahora, en tiempo prudente y razonable, el ejercicio de sus facultades”.

El distinguido profesor, integrante y Presidente, en esa época, del Tribunal Constitucional, don Juan Colombo Campbell, manifestó en la Comisión que: *“En el mundo hay dos grandes sistemas del control constitucional: control difuso y control concentrado. En el primero, todos los tribunales ordinarios tienen que aplicar primero la Constitución y después la ley. En el segundo, hay uno o más tribunales que exclusivamente tienen el control de constitucionalidad, fundamentalmente de las leyes, pero también de los decretos e incluso de las sentencias. Al control difuso se le critica que todos los jueces pueden interpretar la Constitución y hacerlo de manera distinta. Por ello prevalece hoy la tendencia al control concentrado, ya que la Constitución debe tener una interpretación uniforme, regida por reglas totalmente distintas a las reglas de interpretación del derecho Civil, claramente establecidas para la interpretación constitucional, y realizada por órganos altamente especializados... En el mundo se aprecian dos tipos diferentes de Tribunales Constitucionales. Uno, los Tribunales Constitucionales propiamente tales. Otro, en que existen salas de la Corte Suprema especializadas, dedicadas a decidir conflictos constitucionales. Es partidario de los Tribunales Constitucionales propiamente tales, pues la Corte Suprema, dentro del mecanismo de la organización de la justicia, vela fundamentalmente por el cumplimiento de la ley y eso está claro dentro de toda la mecánica del recurso de casación en el fondo, que persigue justamente que todo el mundo sea igual ante la ley. Si se produce un problema de constitucionalidad, incluso de la ley, tiene que acudirse a un órgano especializado para que dirima si esa ley es o no constitucional... La justicia constitucional tiene dos ámbitos perfectamente diferenciados. Uno, el control de constitucionalidad de las decisiones de los poderes públicos. Otro, el de eficiencia de las garantías constitucionales. No estima conveniente traspasar al Tribunal las funciones que hoy día corresponden a los tribunales ordinarios, especialmente a las*

Cortes de Apelaciones como controladoras de la justicia constitucional en el área de las garantías constitucionales, a través de las acciones y los recursos de amparo y protección... Concordó que en Chile existe desde 1925 la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y que, en ese ámbito, la Corte Suprema cumplió un rol histórico. Sin embargo, las cosas han cambiado y las transformaciones se traducen en que esta atribución debe pasar necesariamente al Tribunal, para lo cual es menester reestructurar sus competencias a fin de entregarle el conocimiento privativo de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad... Concordó en que las causales invocadas para la inconstitucionalidad puedan ser de forma y fondo, pero discrepó del ministro Valenzuela en lo concerniente a los efectos de la sentencia del Tribunal. El fallo que se dicte debe expulsar la norma del ordenamiento jurídico. De lo contrario se produce una desigualdad: para un sujeto que logró una sentencia favorable en un recurso de inaplicabilidad esa ley no existe y no se le aplica, pero para el resto de los chilenos, esa ley es perfectamente constitucional, tiene que aceptarse, y los tribunales estarán obligados a aplicarla. De tal modo que en virtud de los principios de supremacía constitucional, de la concentración de la justicia constitucional, y de igualdad ante la ley, ésta debe ser constitucional o inconstitucional, y si es inconstitucional, tiene que serlo para todos y eliminarse del sistema. Este cambio puede parecer radical, pero no vulnera atribuciones de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Por el contrario, proporciona la eficacia con la que los propios legisladores quieren dotar al Tribunal, además de constituirlo en un verdadero guardián de la Constitución... En cuanto a los decretos, consideró que valen las mismas razones ya explicadas. Respecto a los tratados, el Tribunal debiera controlarlos en la misma medida que controla las leyes.

El profesor Pfeffer también nos entrega antecedentes sobre el informe pertinente de la Corte Suprema, el cual se refirió especialmente a tres puntos:

- a) Sobre la declaración de inaplicabilidad de todo precepto legal contrario a la Constitución: *“Estuvo de acuerdo la Corte en que se dote al tribunal Constitucional de una acción que le permita controlar represivamente la constitucionalidad de las leyes con efectos generales, “erga omnes”, que complemente su actual función preventiva en la materia, pero por referirse el recurso de inaplicabilidad, creado para plantearlo a la aplicación de un precepto legal específicamente señalado a un caso determinado y preciso suscitado en el curso de una gestión seguida ante tribunales de justicia ordinaria y motivada por un conflicto entre partes, es decir, por tratarse de la solución de un caso concreto de una posible inconstitucionalidad puntual surgida en el transcurso de un trámite judicial y no de un control en abstracto y de consecuencias generales de la constitucionalidad, fue de parecer que el recurso de inaplicabilidad existente, en la forma en que se encuentra concebido, debe continuar siendo de competencia de la Corte Suprema, sin perjuicio de las innovaciones adecuatorias que podrían formularse, como sería, por ejemplo que después de tres fallos uniformes que acojan la inconstitucionalidad de un precepto legal, la Corte comunique el antecedente al Tribunal Constitucional para los efectos sancionatorios de carácter general que también deberían establecerse... La Corte manifestó su preocupación por el efecto de las modificaciones que se proponen podrían producir en el necesario y delicado equilibrio que el constituyente sabiamente ha mantenido entre los tres poderes del Estado, desde el inicio de nuestra vida como nación independiente. Tal equilibrio supone necesariamente la existencia de efectivos*

contrapesos y controles recíprocos entre los Poderes, situación que se ha ido deteriorando paulatinamente respecto del Poder Judicial”.

- b) Control de la constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema: *“Los autos acordados son resoluciones de carácter y efectos internos, que dicta esa Corte, generalmente relativas al más expedito y eficaz funcionamiento de los tribunales ordinarios de Justicia. A veces, en casos excepcionales, se producen vacíos normativos u omisiones ilegales básicamente de la naturaleza procesal, y cuando ello ocurre, la Corte Suprema, para que los jueces puedan desempeñar en forma apropiada y conducente sus labores, dicta el auto acordado supletorio necesario, el que tiene vigencia sólo hasta cuando se legisle al respecto. No le pareció, entonces, necesario ni conveniente someter los autos acordados a control de constitucionalidad, atendida su naturaleza y finalidad”.*
- c) Facultad para resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los Tribunales inferiores de Justicia: *“Estuvo de acuerdo la Corte en que el Tribunal dirima las contiendas de competencia –que con más propiedad deberían denominarse conflictos de jurisdicción-entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores, facultad que actualmente corresponde al Senado, pero discrepó del parecer de que el mismo Tribunal conozca de los conflictos de jurisdicción que se promuevan entre los tribunales inferiores y las autoridades mencionadas”.*

En la discusión, se tuvo en cuenta el informe del Tribunal Constitucional, que, en los siguientes términos: *“Manifestó su acuerdo en que sea el Tribunal el que ejerza el control de constitucionalidad de las normas de los tratados que versen*

sobre materias propias de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación, a fin de dar solución a la controversia que se ha suscitado acerca del quórum que requieren dichas normas para su aprobación en el Congreso y su consiguiente control preventivo, de su constitucionalidad por parte del Tribunal... En cuanto al control de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, y por el Tribunal Calificador de elecciones antes de su publicación, los ministros Faúndez, Jordán y Álvarez, estimaron que los autos acordados que dicta la Corte Suprema tienen por objeto regular facultades de tipo administrativa, para el mejor servicio judicial sin que se sobrepasen atribuciones de otras autoridades. Ellos dicen relación con el régimen interno de los Tribunales, y no sobre materias de carácter jurisdiccional... Los ministros Valenzuela y Colombo expresaron estar de acuerdo con tal facultad, siempre que los autos acordados aborden materias propias de reserva legal, de modo que queden excluidos de dicho control aquellos que regulen el funcionamiento interno de los Tribunales... En relación con la declaración de inaplicabilidad de todo precepto legal contrario a la Constitución, por motivo de forma o de fondo, que corresponda aplicar en la decisión de cualquier gestión que se siga ante el tribunal ordinario o especial, los ministros Faúndez y Álvarez estuvieron de acuerdo en dotar al Tribunal de una acción que lo faculte para controlar represivamente y con efectos generales la constitucionalidad de las leyes, que complementa su actual función solamente preventiva en la materia... por tratarse de la resolución de un caso concreto de una posible inconstitucionalidad puntual promovida en el curso de un trámite judicial y no de un control de consecuencias generales de constitucionalidad, fueron de parecer que la inaplicabilidad que existe, de la manera como se encuentra

concebida, se mantenga dentro de la órbita de la competencia de la Corte Suprema... En cambio, los ministros Jordán y Colombo, fueron del parecer que tanto el control de constitucionalidad preventivo como represivo deben estar a cargo del Tribunal de forma exclusiva, por lo que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad debe ser conocida y resuelta por este Tribunal, no por la Corte Suprema. Además, estimaron que el efecto de la sentencia que acoja dicha acción debe ser expulsar del ordenamiento jurídico al norma declarada inconstitucional, sin perjuicio, también, de que postularon incorporar a la Carta Fundamental ciertos requisitos de admisibilidad de esta acción, a fin de resguardar el debido proceso ante el Tribunal con el objeto de precaver que esta acción se desnaturalice y altere nuestro ordenamiento judicial... El ministro Valenzuela fue partidario, también, de sustraer del conocimiento de la Corte Suprema el recurso de inaplicabilidad, y entregarlo a la decisión y fallo del Tribunal con las sustanciales modificaciones al sistema actual. Propuso, siguiendo la tendencia del constitucionalismo moderno, sustituir el “sistema difuso” de control normativo de constitucionalidad por un “sistema concentrado”, debido a las innumerables ventajas que presenta el que sea sólo un órgano el que resuelva estas materias... El Tribunal Constitucional estuvo de acuerdo en que las contiendas de que actualmente conoce el Senado sean de su atribución. Sin embargo, hubo disparidad de criterios para entregar a esta magistratura las contiendas que actualmente debe resolver la Corte Suprema”.

Un poco más aunados los criterios sobre este punto, la Comisión del Senado, fija los siguientes criterios en relación a las atribuciones del Tribunal⁶²: “*Se le confieren las siguientes nuevas potestades:*

- a) *Ejercer el control preventivo obligatorio de constitucionalidad de las normas de los tratados internacionales que versen sobre materias propias de las leyes orgánicas constitucionales, antes de su promulgación;*
- b) *Efectuar el control de la constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, en las Cortes de Apelaciones y por El Tribunal Calificador de elecciones, que versen sobre las materias constitucionales o propias de la ley orgánica constitucional. La Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de elecciones enviarán al Tribunal Constitucional dentro de los cinco días siguientes a su aprobación el respectivo auto acordado.*
- c) *Declarar la inaplicabilidad de todo precepto legal contrario a la Constitución por motivo de forma o de fondo, que corresponda aplicar en la decisión de cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial. El Tribunal conocerá estos asuntos en sala. La resolución que dicte sólo producirá efectos en los casos particulares que se interponga la acción de inaplicabilidad. Ella podrá deducirse de oficio por el tribunal que conoce de la gestión, en cualquier estado de la misma, y por quien sea parte en ella, antes de la sentencia. El Tribunal podrá ordenar la suspensión del procedimiento. La acción, en estos casos, podrá ser deducida de oficio por el tribunal que conoce de la gestión, en cualquier estado de la misma, y por quien sea parte en ella, antes de la sentencia. Después de tres fallos uniformes y unánimes, el Tribunal en pleno, de oficio o a petición de parte, declarará la*

⁶² Pfeffer Urquiaga, Emilio: “Reformas constitucionales 2005”. Obra citada. Pág. 386.

inconstitucionalidad del precepto legal respectivo, con efectos generales. Habrá acción pública para requerir al Tribunal respecto de esta atribución...”

- d) *Resolver la totalidad de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia. Al respecto, se eliminan las atribuciones de que el Senado y la Corte Suprema disponen en esta materia... El requerimiento deberá ser deducido ante al Tribunal por cualquiera de las autoridades o tribunales en conflicto y conocerá de las contiendas de competencia en pleno... Tratándose de contiendas que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia, se consideró necesario establecer que no integrarán el pleno los ministros designados por la Corte Suprema...”*

Este texto aprobado fue objeto de varias indicaciones en el Senado, y posteriormente, objeto de un interesante debate en la Comisión del mismo, especialmente en lo relacionado a la declaración de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, para su segundo informe⁶³, del que hemos seleccionado las siguientes intervenciones: *“El Subsecretario del Interior hizo notar que el texto aprobado en el primer informe, consagra la posibilidad de que el Tribunal declare, de oficio o a petición de parte, la inconstitucionalidad de un determinado precepto con efectos generales, estableciéndose las circunstancias bajo las cuales dicha declaración procederá y otorgando a esta atribución, en el párrafo 2°. Le parece un exceso la exigencia de que los tres fallos uniformes sean adoptados por la unanimidad, pues estima suficiente un quórum de dos tercios u otro semejante para adoptar el acuerdo, tratándose del párrafo 2°. Mientras que en el párrafo 3°, sería*

⁶³ Pfeffer Urquiaga, Emilio: “Reformas constitucionales 2005”. Obra citada. Pág. 393.

conveniente reconsiderar la exigencia de los dos tercios para que proceda la declaración de inconstitucionalidad. Sugirió, en este caso, establecer la mayoría absoluta.

Los senadores Chadwick y Larraín consideraron razonables los planteamientos del Subsecretario del Interior.

No opinó lo mismo el señor Aburto, quien hizo presente que las modificaciones acordadas al número 6° del artículo 82 fueron exhaustivamente estudiadas y fundamentadas, no divisándose razones para alterarlas.

El senador Fernández hizo presente que las nuevas funciones que se le encomiendan al Tribunal suponen una mayor carga de trabajo que resulta difícil dimensionar y que estas enmiendas tienen, como trasfondo, la necesidad de propender a la necesaria certeza jurídica en materia de constitucionalidad de las normas...Se preguntó si un vicio detectado por el Tribunal al ejercer su control preventivo es posible invocarlo posteriormente. También si habiéndose rechazado un reclamo de constitucionalidad formulado ante el Tribunal existiendo un litigio pendiente podría motivar la inaplicabilidad en lo sucesivo.

El senador Aburto hizo presente que le asombra la vastedad de las nuevas competencias que se otorgan al Tribunal. Estima improbable que pueda absorber esta carga de trabajo, aún con nueve miembros. No es lo mismo ejercer una labor preventiva de control de constitucionalidad que conocer un recurso referido a una norma vigente. En el primer caso se pronuncia sobre preceptos determinados sin necesidad de profundizar en la totalidad del respectivo proyecto de ley, y declarada la inconstitucionalidad de disposiciones precisas, estas se eliminan del texto de la iniciativa. En cambio, después de promulgada una ley, pueden suscitarse problemas de constitucionalidad por causas diferentes de las que se consideraron durante la fase de control preventivo. En este caso, se

preguntó, si es posible invocar una causal de inconstitucionalidad que el Tribunal no consideró en su momento. Recordó que la reforma aprobada por la Comisión exige tres sentencias uniformes como requisito para la declaración de inconstitucionalidad con alcance general. Explicó que ello no quiere decir que existan tres fallos idénticos o calcados, y que la uniformidad en este caso, se refiere a la decisión que se ha adoptado.

Los senadores Larraín y Viera Gallo no comparten la idea de ampliar la interposición de los reclamos de constitucionalidad habilitando a cualquier ciudadano para formularlos. Ello permitiría a cualquier persona paralizar un trámite legislativo. Tampoco que las entidades cuyas potestades aborda una iniciativa legal, puedan hacer reparos de constitucionalidad. El senador Viera Gallo señaló no estar convencido acerca de si nuestro país está preparado para atribuir efectos generales a todo fallo.

El senador Boeninger señaló que los reparos en relación a la exigencia de tres fallos uniformes, pueden ser atendibles y la decisión del pleno debería ser suficiente.

El Ministro del Interior coincidió con el criterio de que no deberían proceder recursos de inaplicabilidad respecto de las normas que han sido objeto de control preventivo de constitucionalidad por parte del Tribunal. La interposición de tales recursos podría significar entorpecimientos de graves consecuencias, por ello planteó la improcedencia de los señalados recursos, tanto respecto de las leyes orgánico-constitucionales, de las interpretativas de la Constitución y de los tratados internacionales, todos los cuales habrán sido previamente conocidos por el Tribunal.

El senador Espina, coincidió con la posibilidad de que cualquier persona pueda impetrar la inaplicabilidad de una norma cuando ella vaya a influir decisivamente en la resolución de un litigio. Del mismo modo acogió la intervención de entidades públicas que estimen vulneradas sus atribuciones por un determinado proyecto de ley. Pero en este

caso, dicha fórmula debería abrirse a todas las instituciones, sin ninguna suerte de privilegio. En cuanto a la atribución que se desplaza desde la Corte Suprema al Tribunal, en materia de declaración de inaplicabilidad para juicios específicos, hizo notar que, en estos casos, la mencionada Corte se avoca a situaciones particulares. En consecuencia, la inconstitucionalidad se liga a circunstancias determinadas. Considera injustificada la exigencia de tres fallos uniformes para que se declare la inconstitucionalidad de una norma con efectos generales. No debe existir diferencia en cuanto a los efectos de las sentencias de éste órgano, las cuales deberían afectar en todos los casos la generalidad de la ciudadanía. Finalmente si se decide mantener la existencia de dos tipos de declaración de inconstitucionalidad, sería conveniente aclarar que la sala requerirá el voto favorable de la mayoría de sus integrantes, en tanto que el pleno necesitará del acuerdo de los dos tercios de sus nueve miembros.

El senador Viera Gallo discrepó del planteamiento de que el Tribunal que conoce de un recurso de inaplicabilidad razona sobre la base de hechos determinados. En estos casos, el órgano jurisdiccional efectúa un raciocinio lógico, de un tipo abstracto, con la única finalidad de determinar si la norma cuestionada se ciñe o no al ordenamiento constitucional”.

El segundo informe de la Comisión del Senado, adoptaría los siguientes criterios en relación a la declaración de inaplicabilidad e inconstitucionalidad⁶⁴:

- a) Mantener, como requisito de la declaración de inconstitucionalidad de una norma, la existencia de gestiones judiciales previas.*
- b) Preservar, igualmente, los criterios adoptados en cuanto a los efectos de las sentencias del tribunal Constitucional. Es decir, ellas afectarán sólo el caso*

⁶⁴ Pfeffer Urquiaga, Emilio: “Reformas constitucionales 2005”. Obra citada. Pág. 397.

particular en que se ha planteado la acción de inaplicabilidad y serán generales después de tres fallos uniformes.

c) Mantener en el artículo 83, la norma actualmente contenida en el inciso final de esta disposición, en cuanto a la improcedencia de declarar la inaplicabilidad por el mismo vicio que fue materia de una sentencia.

d) Dejar claramente establecido en el número sexto del artículo 82 que el quórum para fallaren sala es la mayoría simple, y en pleno, los dos tercios del total de los miembros del Tribunal Constitucional.

Quizás la única variación que sufrirían ambos textos de la Comisión del Senado, se refiere al procedimiento por el cual se podría declarar inconstitucional una norma. Sabemos que la idea de necesitar tres fallos consecutivos y uniformes como requisito previo a la declaración de inconstitucionalidad, al igual que como sucediera en la discusión de la Constitución Política de 1980, fue desechada en definitiva, y se prefirió exigir solamente una declaración de inaplicabilidad como trámite previo, manteniendo incluso los aspectos de la forma de conocer de tales asuntos, contenidos en el primer texto.

En el texto definitivo reformado de la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional se encuentra consagrado en el capítulo VIII, y las atribuciones de éste, en el nuevo artículo 93, que establece: “*Son atribuciones del Tribunal Constitucional:*

1º Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación;

2º Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones;

3° Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;

4° Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;

5° Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones;

6° Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución;

7° Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior;

8° Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda;

9° Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 99;

10° Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieran tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los párrafos sexto, séptimo y octavo del N° 15° del artículo

19 de esta Constitución. Sin embargo, si la persona afectada fuera el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio;

11° Informar al Senado en los casos a que se refiere el artículo 53 número 7) de esta Constitución;

12° Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado;

13° Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones;

14° Pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios;

15° Calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario en los términos del inciso final del artículo 60 y pronunciarse sobre su renuncia al cargo, y

16° Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63.

En el caso del número 1°, la Cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquél en que quede totalmente tramitado por el Congreso.

En el caso del número 2°, el Tribunal podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de diez de sus miembros. Asimismo, podrá requerir al Tribunal toda persona que sea parte en juicio o gestión

pendiente ante un tribunal ordinario o especial, o desde la primera actuación del procedimiento penal, cuando sea afectada en el ejercicio de sus derechos fundamentales por lo dispuesto en el respectivo auto acordado.

En el caso del número 3º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación.

El Tribunal deberá resolver dentro del plazo de diez días contado desde que reciba el requerimiento, a menos que decida prorrogarlo hasta por otros diez días por motivos graves y calificados.

El requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto; pero la parte impugnada de éste no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo referido, salvo que se trate del proyecto de Ley de Presupuestos o del proyecto relativo a la declaración de guerra propuesta por el Presidente de la República.

En el caso del número 4º, la cuestión podrá ser planteada por el Presidente de la República dentro del plazo de diez días cuando la Contraloría rechace por inconstitucional un decreto con fuerza de ley. También podrá ser promovida por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio en caso de que la Contraloría hubiere tomado razón de un decreto con fuerza de ley que se impugne de inconstitucional. Este requerimiento deberá efectuarse dentro del plazo de treinta días, contado desde la publicación del respectivo decreto con fuerza de ley.

En el caso del número 5º, la cuestión podrá promoverse a requerimiento del Senado o de la Cámara de Diputados, dentro de diez días contados desde la fecha de publicación del decreto que fije el día de la consulta plebiscitaria.

El Tribunal establecerá en su resolución el texto definitivo de la consulta plebiscitaria, cuando ésta fuera procedente.

Si al tiempo de dictarse la sentencia faltaran menos de treinta días para la realización del plebiscito, el Tribunal fijará en ella una nueva fecha comprendida entre los treinta y los sesenta días siguientes al fallo.

En el caso del número 6º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

En el caso del número 7º, una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6º de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio. Corresponderá a la ley orgánica constitucional respectiva establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso de que se ejerza la acción pública, como asimismo regular el procedimiento que deberá seguirse para actuar de oficio.

En los casos del número 8º, la cuestión podrá promoverse por cualquiera de las Cámaras o por una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, dentro de los treinta días siguientes a la publicación del texto impugnado o dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que el Presidente de la República debió efectuar la promulgación de la ley. Si el Tribunal acogiera el reclamo, promulgará en su fallo la ley que no lo haya sido o rectificará la promulgación incorrecta.

En el caso del número 11º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Senado.

Habrá acción pública para requerir al Tribunal respecto de las atribuciones que se le confieren por los números 10º y 13º de este artículo.

Sin embargo, si en el caso del número 10º la persona afectada fuera el Presidente de la República o el Presidente electo, el requerimiento deberá formularse por la Cámara de Diputados o por la cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

En el caso del número 12º, el requerimiento deberá ser deducido por cualquiera de las autoridades o tribunales en conflicto.

En el caso del número 14º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República o de no menos de diez parlamentarios en ejercicio.

En el caso del número 16º, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento de cualquiera de las Cámaras efectuado dentro de los treinta días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado. En el caso de vicios que no se refieran a decretos que excedan la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República también podrá una cuarta parte de los miembros en ejercicio deducir dicho requerimiento.

El Tribunal Constitucional podrá apreciar en conciencia los hechos cuando conozca de las atribuciones indicadas en los números 10º, 11º y 13º, como, asimismo, cuando conozca de las causales de cesación en el cargo de parlamentario.

En los casos de los numerales 10º, 13º y en el caso del numeral 2º cuando sea requerido por una parte, corresponderá a una sala del Tribunal pronunciarse sin ulterior recurso, de su admisibilidad”.

Finalmente entonces, mediante la reforma de la ley 20.050, se sancionaron como nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional, las de ejercer el control sobre las cuestiones de constitucionalidad de los auto acordados de los tribunales superiores de justicia y del Tribunal Calificador de Elecciones; la ampliación de la competencia sobre el control preventivo de las normas positivas, entre ellas, de los tratados internacionales referidos a materias de ley orgánica constitucional; la resolución de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los Tribunales de Justicia, que no corresponden al Senado, y la facultad de conocer de la acción de inaplicabilidad (que guarda una notable similitud con el antiguo recurso de inaplicabilidad de competencia de la Corte Suprema que ya hemos estudiado), y de la acción de inconstitucionalidad en contra del precepto legal declarado inaplicable. Estas nuevas facultades suponen un desafío notable para el Juez Constitucional, a la vez que le otorgan un rol preponderante dentro del nuevo esquema de poderes del Estado.

El actual presidente del Tribunal, don José Luis Cea Egaña⁶⁵, se ha referido en la memoria del año 2005 del mismo, en los siguientes términos: *“Pertinente es igualmente destacar que el Tribunal Constitucional se encuentra ya viviendo transformaciones sin*

⁶⁵Memoria del Tribunal Constitucional 2005, José Luis Cea Egaña, 31 de marzo de 2006. pág 5.

precedentes. La modificación de 2005 cambió su composición y organización, aumentó la competencia, innovó en los procedimientos y puntualizó los efectos de sus resoluciones. Esa enmienda se hizo, sin embargo, con apoyo en la experiencia y el prestigio ganado por nuestra Institución. Junto con ser el Tribunal de su índole más antiguo de Iberoamérica, después del español de 1933, nuestra Institución ha adquirido así una potestad de guardián supremo de la Carta Fundamental que puede ser calificada de la más categórica de cuantas se hallan en vigor en el Derecho comparado”. Concluye el Presidente⁶⁶ que “En resumen, la reforma de 2005 a la Constitución tiene, en lo relativo al Tribunal, uno de los asuntos más extensos y prolijamente debatidos. Nuestra Magistratura ha quedado así con una integración generada por los más altos órganos del Estado de Derecho; modernizado en su funcionamiento, incrementado en las competencias cuyo ejercicio le fue conferido y fortalecida en los efectos de las sentencias que dicte”.

2. Paralelo entre el antiguo recurso y la nueva acción de inaplicabilidad.

A fin de comprender mejor los cambios introducidos en la nueva acción de inaplicabilidad, efectuaremos un paralelo, entre las características de ésta con el antiguo recurso de inaplicabilidad, debido a la ya anotada similitud entre ambos, que nos resultará muy ilustrativa.

⁶⁶ Memoria del Tribunal Constitucional 2005, José Luis Cea Egaña, 31 de marzo de 2006. pág. 8.

En cuanto a sus semejanzas:

- a) ambas acciones de inaplicabilidad representan un control represivo, correctivo o reparatorio, en el sentido de que tienen como objetivo reestablecer el imperio del derecho y la supremacía constitucional violada por un precepto legal que ha sido válidamente promulgado pero que en su contenido sustancial resulta contrario a la Ley Suprema, y que es aplicable a un caso concreto;
- b) Tanto en el antiguo recurso del artículo 80 como en la renovada acción de inaplicabilidad del nuevo artículo 93, es indispensable para su procedencia que exista un juicio o gestión seguida ante un Tribunal de la República, sea éste ordinario o especial. Es decir, no se contempla la posibilidad de deducir una acción de inaplicabilidad en abstracto, sin que la aplicación del precepto impugnado esté afectando o pueda afectar un caso específicamente determinado, del que se esté conociendo; así se exige por la propia Constitución como requisito de admisibilidad en el artículo 93 inciso undécimo, que dispone que *“Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial”*
- c) Para ambas acciones es necesario además que el precepto reclamado sea “decisorio litis”, esto es que pudiese tener aplicación directa en lo dispositivo de la sentencia; el nuevo artículo 93 inciso decimoprimer, expresamente señala entre los requisitos de admisibilidad de la acción, *“que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto”*.

- d) Ambas acciones representan un control eventual. Ni la Corte Suprema de Justicia en su momento, ni el Tribunal Constitucional ahora, han estado obligados a efectuarlo, y si bien la primera estaba facultada para declararla de oficio en cualquier materia que le estuviese sometida a su conocimiento, el segundo por razones bastante obvias, como la independencia del Poder Judicial y el principio de la inavocabilidad de las causas de que éste esté conociendo por parte de otros órganos del Estado, está privado de actuar por impulso propio.
- e) Finalmente, en cuanto a sus efectos, tanto la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad proveniente del antiguo recurso tuvo, cuanto lo tendrá la nueva acción, una aplicación únicamente singular o inter partes. En absoluta armonía y correspondencia con el efecto relativo de las sentencias judiciales, tal declaración sólo se aplica al caso particular, y no puede tener efecto general o derogatorio. El efecto particular en cada caso entonces, determina que ese precepto estimado inconstitucional no será aplicado en la resolución definitiva de las pretensiones de fondo de las partes, solamente en el juicio en que la cuestión de inaplicabilidad se ventile, acogido que sea el reclamo, sin afectar en ningún caso la vigencia general de la norma declarada inconstitucional para el caso concreto. Lo anteriormente expuesto, debe entenderse sin perjuicio de la facultad del Tribunal Constitucional para actuar oficiosamente en la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal declarado inaplicable previamente.

En cuanto a las diferencias :

- a) Evidentemente la primera diferencia guarda relación con el órgano llamado a conocer, a juzgar y hacer cumplir lo resuelto en materia de inaplicabilidad, que en el antiguo recurso era la Corte Suprema, actuando en pleno; y en la nueva acción de inaplicabilidad es el Tribunal Constitucional. En cuanto al procedimiento aplicable, al mes de enero de 2006, no estamos en condiciones de establecerlo aún, por cuanto es materia de la ley orgánica constitucional que aún se tramita en el Congreso Nacional, sin embargo en lo que sí el artículo 93 n.º6, e inciso undécimo de la Carta Magna nos ilustran, es que el Juez Constitucional, para declarar la inaplicabilidad debe hacerlo por la mayoría de sus miembros en ejercicio, y además debe previamente pronunciarse sobre la admisibilidad de la acción y la suspensión del procedimiento en sala.
- b) El antiguo recurso y la nueva acción de inaplicabilidad difieren además en el sujeto legitimado activo para ejercer el reclamo. Mientras para el recurso “clásico” sólo las partes en el litigio en el que existía como norma decisoria litis el precepto legal que se trataba de impugnar, estaban investidas del poder de accionar; para la nueva acción de inaplicabilidad se entrega legitimación activa además al Juez que conoce de la causa. Ello sin perjuicio de que en la eventual acción de inconstitucionalidad posterior a la inaplicabilidad obtenida, se conceda acción popular para impetrarla.
- c) Otra diferencia consiste en la posibilidad del control de forma en la nueva acción de inaplicabilidad. El antiguo recurso de inaplicabilidad constituyó un control exclusivamente de fondo o doctrinario, que sólo tenía por objeto reparar la colisión entre una norma legal y otra constitucional, que se da exclusivamente en cuanto al

contenido de ambas, *en la aplicación del precepto legal que resulta contrario a la Constitución*; y por ende no tocó al juez, conociendo del diseño “clásico” de la inaplicabilidad, extenderse a los procedimientos de formación de la ley. Se podría decir que en la aplicación del antiguo recurso, sobre éste único punto hubo unanimidad en la siempre vacilante jurisprudencia de la Corte Suprema, aunque se encuentren esporádicos votos de minoría a favor de la posición contraria. No debemos olvidar que ésta acción tuvo como objetivo corregir en casos particulares la infracción a la Constitución, objetivo que no se entiende si hubiese podido alegarse la inaplicabilidad por razones formales, la cual, una vez declarada, en virtud del principio de igualdad ante la ley, debiese haber tenido necesariamente efectos generales. No hay duda alguna, sin embargo, que en la nueva acción de inaplicabilidad, es posible invocar vicios de forma, para pedir que se declare la inaplicabilidad de un precepto legal contrario a la Constitución.

- d) En cuanto a los efectos, ciertamente hemos señalado que la declaración de inaplicabilidad procedente tanto del antiguo recurso como de la nueva acción, tienen *“una aplicación únicamente singular o inter partes”*, por tanto puramente no difieren sus efectos. Sin embargo, la diferencia radica en una posibilidad, la cual es la de poder ejercer una acción diversa a la de inaplicabilidad, ante el mismo Tribunal Constitucional, para declarar la inconstitucionalidad del precepto legal previamente declarado inaplicable, acción que revisaremos a continuación.

3. Declaración de inconstitucionalidad de un precepto declarado inaplicable por el Tribunal Constitucional.

La mayor innovación que las reformas de Septiembre de 2005 introducen en cuanto al diseño de la inaplicabilidad constitucional, en comparación al modelo creado por el constituyente originario de 1980, se refiere a la posibilidad de obtener, vía acción popular, la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal por el Tribunal Constitucional, que ha sido previamente declarado inaplicable por éste propio órgano.

Es necesario apuntar previamente que en ésta parte, las modificaciones a la Carta Fundamental no han cobrado vigencia “in actum”, sino que, como lo ha establecido la disposición decimosexta transitoria, las reformas introducidas relativas al Tribunal Constitucional entrarán en vigor seis meses después de su publicación, con la excepción de lo regulado en la disposición decimocuarta transitoria, que establece las normas por las cuales se efectuará el reemplazo de sus actuales ministros y el nombramiento de sus nuevos integrantes; se debe tener en consideración además, que la ley orgánica que debiese establecer puntualmente sus aspectos procesales, aún se tramita en el Congreso Nacional. Al respecto, se ha hecho notar la preocupación de los operadores del sistema, pero especialmente de los propios ministros del Tribunal. Como señalase el Presidente Cea Egaña⁶⁷, en la memoria del año 2005: *“El esfuerzo del Tribunal por lograr la aprobación, oportuna y acertada, del nuevo régimen legal destinado a regular su labor se mantuvo en enero y marzo de 2006, hasta la fecha misma de esta Memoria. Efectivamente, el 16 de marzo en curso el nuevo Ministro del Interior, don Andrés Zaldívar Larraín, recibió al Presidente*

⁶⁷ Memoria del Tribunal Constitucional 2005, José Luis Cea Egaña, 31 de marzo de 2006. págs. 13 y 14.

junto con los Ministros Bertelsen y Correa, para tratar el asunto. Se entregó a dicho Secretario de Estado un conjunto de documentos exponiéndole el fundamento y antecedentes de lo pedido por el Tribunal, incluyendo la formulación de urgencia que permita acelerar la tramitación pertinente. En el mismo espíritu, el lunes 20 de marzo se reunieron el Presidente, junto a los Ministros Bertelsen, Vodanovic y Correa, con la Ministra Secretaria de la Presidencia de la República, Paulina Veloso Figueroa, y el Subsecretario, Edgardo Riveros Marín. En esa extensa reunión, nuevamente fueron abordados, en términos directos e inequívocos, los planteamientos que, sin variación, ha sostenido el Tribunal en ligamen con la reforma de su Ley Orgánica. Se concluyó coincidiendo en que, al reanudarse la labor parlamentaria en la primera semana de abril de 2006, el Gobierno se preocupará de agilizar el despacho de tal asunto. Prueba final del esfuerzo con que el Tribunal ha procurado colaborar en la delicada misión de redactar una Ley Orgánica adecuada fueron la audiencia sostenida el lunes 20 de marzo, con el nuevo Presidente de la Cámara de Diputados, don Antonio Leal Labrín, y el Vicepresidente de la Corporación don Jorge Burgos Varela. Ese encuentro fue seguido de otro con el nuevo Presidente del Senado, don Eduardo Frei Ruiz-Tagle. En resumen, en tales reuniones el Presidente y los Ministros Bertelsen y Correa reiteraron los criterios que han sido ya expuestos en las páginas precedentes de la presente Memoria.

No obstante lo anterior, intentaremos un análisis similar al que realizamos con ocasión del recurso de inaplicabilidad, describiendo sus principales características:

- a) En primer término es una acción constitucional propiamente tal cuya finalidad es garantizar a todos los integrantes de la comunidad nacional la supremacía constitucional y el imperio del derecho. Es acción y no constituye un recurso porque

no tiene por objeto impugnar resolución judicial alguna; es constitucional porque está establecida como tal en el mismo texto de la Ley Suprema, en el artículo 93 n.º7 que dispone que *“Son atribuciones del Tribunal Constitucional: (n.º7) Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”*, y en el inciso duodécimo de la misma , que establece que *“En el caso del número 7º, una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6º de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio. Corresponderá a la ley orgánica constitucional respectiva establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso de que se ejerza la acción pública, como asimismo regular el procedimiento que deberá seguirse para actuar de oficio.”*. Por último es un control de constitucionalidad, porque garantiza que cualquier precepto legal que sea contrario a la Constitución Política de la República, puede ya no sólo ser declarado inaplicable, sino que además, puede ser declarado inconstitucional y en consecuencia, eliminado del sistema jurídico, es decir, derogado expresamente por una decisión jurisdiccional.

- b) Es un control represivo, correctivo o reparatorio, en el sentido de reestablecer el imperio del derecho y la supremacía constitucional violada por una norma positiva válidamente promulgado pero contraria a la Ley Suprema, eliminando a ésta del ordenamiento jurídico.
- c) Es una acción que tiene como requisito procesal de procedencia, el haber sido previamente declarada la inaplicabilidad del precepto legal que se impugna de

inconstitucional por el Tribunal Constitucional; es decir podríamos decir que en éste sentido es una acción “subordinada” a esa sentencia previa, y que por tanto, carece de autonomía.

- d) Es una acción cuyo conocimiento y resolución pertenece privativamente al Tribunal Constitucional, ya que la reforma constitucional de septiembre de 2005, priva de toda competencia en ésta materia a la Excma. Corte Suprema.
- e) En cuanto a los sujetos legitimados activos para entablar la acción de inconstitucionalidad, por el carácter de acción pública que la Ley Suprema le otorga, y por la facultad que entrega al propio Tribunal Constitucional para declararla de oficio, podemos decir que es un control bastante democrático para los integrantes de la comunidad nacional; sin embargo debemos esperar a conocer el texto definitivo de la ley orgánica constitucional que establecerá los procedimientos y los requisitos de admisibilidad que correspondan para calificar su grado de accesibilidad a los mismos.
- f) En cuanto a sus efectos, la declaración de inconstitucionalidad tiene aplicación erga omnes. A diferencia de lo que sucede con la declaración de inaplicabilidad, que sólo se aplica al caso particular, y no nunca puede llegar nunca a tener efecto general o derogatorio, la sentencia que acoge la inconstitucionalidad provoca la eliminación del ordenamiento del precepto legal, afectando de forma absoluta su vigencia.

4. Otras reformas introducidas por la ley n.º 20.050, que otorga mayores facultades al Tribunal Constitucional en materia de Jurisdicción Constitucional. Control sobre las cuestiones de constitucionalidad de los auto acordados de los Tribunales superiores de Justicia y del Tribunal calificador de elecciones. Ampliación de la competencia sobre el control preventivo de las normas positivas. Resolución de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los Tribunales de Justicia, que no corresponden al Senado.

Como hemos expresado, el nuevo diseño de tutela de la supremacía constitucional, desde Septiembre de 2005, recae en forma concentrada en el Tribunal Constitucional. Esto ha implicado en la práctica que dicha magistratura en propiedad y sin duda alguna, es ahora un importante Poder del Estado, al cual, con las reformas introducidas por la Ley n.º 20.050, se le ha otorgado en plenitud la tarea que le está naturalmente encomendada, esto es, la de ser el verdadero guardián, garante y protector del estado de derecho.

Mucho se ha opinado por la doctrina nacional, en múltiples instancias, sobre estas nuevas facultades. Importante nos parece la opinión reciente del actual Presidente del Tribunal, don José Luis Cea Egaña⁶⁸, quien se expresa, en una entrevista, en los siguientes términos: *“Es cierto que hoy se configura al Tribunal Constitucional como una institución de suprema importancia en el Estado democrático de derecho. Pero, al mismo tiempo, eso nos exige ser extremadamente prudentes. Y todos los ministros estamos conscientes de eso. El magistrado debe ser resuelto, decidido y valiente, pero consciente de las consecuencias*

⁶⁸ Entrevista de Claudia Guzmán, publicada en “El Mercurio”, sección “Reportajes”. Domingo 21 de mayo de 2006, pág.13. Disponible en formato electrónico en http://diario.elmercurio.com/2006/05/21/reportajes/_portada/noticias/D7D88E5A-2BC8-40DE-B460-A528F1EDB6EE.htm?id={D7D88E5A-2BC8-40DE-B460-A528F1EDB6EE}

que tiene su decisión...Actuamos preventivamente cuando se trata de proyectos de leyes orgánicas o bien cuando hay requerimientos particulares. Y actuamos ex post con el propósito de rectificar. Ahí tenemos que cumplir con el que es el rol clásico de los tribunales constitucionales: ser el supremo defensor del espíritu de la Carta Fundamental, ser la garantía y, en última instancia, ser la seguridad de que la Constitución no está sujeta a la contingencia política”. El profesor Miguel Ángel Fernández González⁶⁹, ha señalado hace poco también que “En relación con esto último (nuevas competencias del Tribunal), más que un cambio en las atribuciones, realmente el Constituyente de 26 de Agosto transformó profundamente nuestro régimen democrático constitucional, al configurar al Tribunal como máximo garante de la Constitución, y por ende, conferirle la palabra final en la interpretación de la Carta Fundamental...Lo que ha sucedido entonces, es que se le han conferido al Tribunal un conjunto de atribuciones necesarias para adoptar la decisión final en materia de interpretación constitucional, siendo sus sentencias obligatorias en la causa para la cual se dictan, y generando efecto irradiador y persuasivo más allá de ella”.

Entre estas nuevas atribuciones que se han otorgado al Tribunal Constitucional, para una mejor administración de la Justicia Constitucional, encontramos las siguientes:

- a) La ampliación de sus competencias sobre el control preventivo de las normas positivas; si bien se mantiene el control obligatorio sobre las leyes interpretativas y orgánicas constitucionales, se ha ampliado éste control preventivo obligatorio a las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, con lo cual se extienden éstas facultades de control preventivo, a fin de evitar la discusión de la

⁶⁹ Miguel Ángel Fernández González, “la nueva justicia constitucional en Chile”, artículo publicado en revista “La Semana Jurídica”, n.º 289, semana del 22 al 28 de mayo de 2006, pág.3.

constitucionalidad de estos tratados con posterioridad; por otra parte, se ha ampliado también el control preventivo eventual de las leyes ordinarias y también de tratados que versen sobre materias propias de éste tipo de ley, cuando se suscite un conflicto de constitucionalidad durante su tramitación.

- b) La de ejercer el control sobre las cuestiones de constitucionalidad de los auto acordados de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Calificador de Elecciones; ésta facultad, sobre todo en lo relativo a controlar la constitucionalidad de los auto acordados de las Cortes de Apelaciones y Suprema, era una verdadera necesidad para el correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico, puesto es que los auto acordados existían como realidad normativa, muchas veces regulando materias propias de ley, sin ser un precepto legal, por lo cual escapaban al control represivo de inaplicabilidad, y evidentemente nunca se habrían encontrado sometidas al control preventivo de cargo del Tribunal Constitucional. Ésta atribución, que nunca antes se contempló en nuestro ordenamiento, viene a satisfacer una sensible aspiración de la doctrina: establecer la posibilidad de ejercer un control de constitucionalidad de éstos acuerdos, sobretodo cuando entran a regular materias propias de una ley.
- c) La ampliación de la competencia del Tribunal Constitucional, en el sentido de facultarlo para resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley; ésta novísima atribución también viene en corregir un vacío de control constitucional que se producía antes de la reforma de septiembre de 2005, puesto es que los D.F.L. no estaban anteriormente sometidos a un control formal, y sólo podían ser susceptibles del control represivo por la vía de la inaplicabilidad.

d) Por último, encontramos como nueva atribución del Tribunal Constitucional, la resolución de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los Tribunales de Justicia. Ésta facultad, que anteriormente estaba en manos de la Corte Suprema de Justicia, y que se relaciona con el control de funcionalidad constitucional, completa el nuevo diseño de control de supremacía, que como ya hemos expresado ha despojado al máximo Tribunal de algunas de las potestades de control en ésta parte de la Jurisdicción, a fin de concentrarlas en un único órgano, que debiese actuar en forma más especializada y eficiente.

5. *La vigencia efectiva de las reformas introducidas por la ley 20.050 a la Carta Fundamental. La problemática surgida del retraso en la promulgación de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, específicamente en lo relativo al conocimiento de la acción de inaplicabilidad.*

El 26 de febrero del año en curso, entraron en plena vigencia las modificaciones introducidas por la Ley N.º 20.050, en lo referido al capítulo VIII de la Carta Fundamental, que establece la organización básica y las competencias del Tribunal Constitucional, de acuerdo a lo dispuesto en la disposición decimosexta transitoria de la Constitución reformada, que preceptúa: *“Las reformas introducidas al Capítulo VIII entran en vigor seis meses después de la publicación de la presente reforma constitucional con la excepción de regulado en la disposición decimocuarta”* (referida al reemplazo de los actuales ministros y el nombramiento de los nuevos integrantes del Tribunal).

Por su parte, los inciso quinto e inciso final del artículo N.º 92, establecen que las atribuciones de este Poder del Estado, serán ejercidas de acuerdo a lo que establezca la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, en los términos que siguen: *“El Tribunal funcionará en pleno o dividido en dos salas. En el primer caso, el quórum para sesionar será de, a lo menos, ocho miembros y en el segundo de, a lo menos, cuatro. El Tribunal adoptará sus acuerdos por simple mayoría, salvo los casos en que se exija un quórum diferente y fallará de acuerdo a derecho. El Tribunal en pleno resolverá en definitiva las atribuciones indicadas en los números 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 11º del artículo siguiente. Para el ejercicio de sus restantes atribuciones, podrá funcionar en pleno o en sala de acuerdo a lo que disponga la ley orgánica constitucional respectiva.*

Una ley orgánica constitucional determinará su organización, funcionamiento, procedimientos y fijará la planta, régimen de remuneraciones y estatuto de su personal”.

Sucede, sin embargo, que a la fecha (primera semana de junio de 2006) la referida L.O.C. del Tribunal Constitucional, aún no ha sido promulgada, y se encuentra en discusión en la sala del Senado. Con ello, se ha suscitado una posible “cuestión de constitucionalidad”, en la cual el Juez Constitucional ha debido optar entre ejercer sus nuevas atribuciones sin la L.O.C. respectiva, que fijaría los procedimientos por los cuales dichas facultades tendrían aplicación, según la propia Carta Fundamental ordena, privilegiando el principio de la vinculación directa de la Ley Suprema, y la inexcusabilidad de los tribunales; o no ejercerlas, mientras dicha L.O.C. no estuviese plenamente vigente, dándole preponderancia al principio del debido proceso, con lo cual se hubiese creado un insólito problema de “vacío de jurisdicción constitucional”, similar a lo ocurrido en su momento con el establecimiento de los “tribunales contencioso administrativos”.

Cualquiera de las dos alternativas que se hubiese tomado, podría importar un atentado al estado de derecho y la supremacía constitucional; paradójicamente entonces, desde la iniciación de este nuevo sistema de control, se incurriría en los mismos vicios que por tanto tiempo afectaron a nuestro sistema jurídico, y que precisamente se trataron de proscribir definitivamente del ordenamiento con las reformas ya señaladas.

El Tribunal en definitiva optó por la primera alternativa, y ha ejercido en plenitud las nuevas facultades otorgadas, en la fecha ordenada por la disposición decimosexta transitoria, sin la L.O.C. respectiva, con lo cual de todas formas, podríamos decir, se ha infringido el principio de supremacía constitucional, lo que podría acarrear la nulidad de derecho público de todos los actos que se ejecuten en uso de estas facultades, por estar asumiéndolas de un modo diverso al que ha sido dispuesto por la Constitución.

Sin embargo, estimamos que el Tribunal está asumiendo una responsabilidad histórica, que no obstante, encierra muchas interrogantes que deberán ser resueltas en el futuro por los operadores de la justicia constitucional. Creemos que si bien estos procedimientos podrían considerarse viciados, al menos desde un punto de vista puramente doctrinario, la alternativa que pudo haber asumido el Tribunal, de repudiar el uso de sus facultades, en virtud de no encontrarse establecidos los procedimientos por la L.O.C., hubiese generado efectos aún más perniciosos, y una enorme incertidumbre jurídica. Teniendo en cuenta que el Tribunal es el máximo garante de la institucionalidad, del estado de derecho y la supremacía constitucional, su obligación de asumir dichas prerrogativas, dicha jurisdicción, le era ineludible, y constituía un deber de la mayor entidad, debido a la vinculación directa de los mandatos de la Carta Fundamental a los órganos por los cuales el Estado se manifiesta, y a la inexcusabilidad en el ejercicio de sus nuevas competencias, que lamentablemente, no pueden supeditarse a la existencia efectiva de la nueva norma orgánica.

Alguna parte de la doctrina ya ha comenzado a hacerse cargo de éste problema. Por ejemplo, Cristián Román⁷⁰, abogado y ayudante de la cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile, ha publicado un interesante artículo en el que señala que *“La posición adoptada por el Tribunal Constitucional frente a este problema resulta al menos cuestionable, ya que la propia Constitución ha reservado el establecimiento de los procedimientos de dicho tribunal a una ley orgánica constitucional; de tal suerte que toda interpretación que autorice su regulación mediante otras fuentes normativas, v.gr. un autoacordado, incluso si apela a garantías constitucionales, es, en*

⁷⁰ Román Cordero, Cristián: “El primer tropiezo de la nueva justicia constitucional”, revista “La Semana Jurídica”, n.º 287, semana del 8 al 14 de mayo de 2006, pág. 2.

nuestra opinión, inconstitucional, ya que infringe lo dispuesto en el artículo 92 i. final, en relación a los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental”. Agrega, en una opinión que no compartimos, por los fundamentos ya expresados, que “En conclusión, estimamos que el Tribunal Constitucional debe abstenerse de conocer los recursos de inaplicabilidad que se presenten, mientras no entre en vigencia una nueva ley orgánica constitucional que regula su procedimiento”.

Los miembros del Tribunal, previendo que la nueva L.O.C. que regularía en específico su organización y la forma de ejercer sus atribuciones, no sería promulgada dentro del plazo que la Constitución le otorgó, han elaborado una doctrina, que estimamos verdaderamente acertada, para poder conocer y resolver los asuntos que se sometan a su conocimiento en sus nuevas facultades, especialmente en lo relativo a la acción de inaplicabilidad; la cual tiene como fundamento la autosuficiencia de la Carta Fundamental, la existencia de normas básicas de procedimiento que la propia ley Suprema establece, la existencia de una Ley Orgánica Constitucional del Tribunal, que regula los procedimientos que conozca el Juez Constitucional, y por último los procedimientos civiles de la ley ordinaria, que tienen aplicación supletoria a todo el ordenamiento.

Es así como la Carta Fundamental establece de forma expresa los sujetos legitimados activos de esta acción; el examen de admisibilidad de la misma, y la posibilidad de suspender la gestión judicial en que se promueva la acción de inaplicabilidad, ambas en sala (artículo 93, inciso décimo primero: *“En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal*

impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”). Preceptúa asimismo además, sin lugar a dudas, que la decisión definitiva de dicho asunto será resuelta por el pleno (artículo 92 inciso final).

Dicha doctrina se encuentra asentada desde el primer ingreso de inaplicabilidad, del que se encuentra conociendo actualmente el Tribunal; dicha acción, presentada con fecha 14 de marzo del año en curso, deducida por el abogado Rodrigo Muñoz en representación de la sociedad Visal Ltda., en juicio de nulidad caratulado “*Sociedad Visal Ltda. con Empresa Portuaria de Arica*”, para que se declare inaplicable el artículo 23 inciso segundo de la ley 19.5242, que moderniza el sector portuario estatal, según el actor, por vicios de forma, relacionados con la presunta imposibilidad de la Empresa Portuaria de Arica para licitar actividades, por no ser concesibles; y también por vicios de fondo, relacionados con la afectación de varias garantías fundamentales, entre ellas, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica dentro de la legalidad (19 n.º21); el derecho de propiedad y su acceso (19 n.º 23 y 24), el derecho a no recibir un trato discriminatorio por parte del Estado(19 n.º 22) y sus organismos en materias económicas, y el derecho a que no se impongan condiciones por parte del legislador que afecten los derechos en su esencia (19 n.º26).

La primera providencia, que rola a fs. 154 de dicho expediente, y que fue dictada con fecha 22 de marzo de los corrientes, fijó entonces el procedimiento en que se conocería de dicha acción, que será utilizado mientras no se dicte la nueva norma orgánica del Tribunal, en los siguientes términos, que transcribimos:

Santiago, veintidós de marzo de dos mil seis:

VISTOS:

1°. Que, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 93 n.º6 de la Constitución, es atribución de este Tribunal “Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”, y que el artículo 76 de la Carta Fundamental, reiterado por el inciso segundo del artículo 3º de la Ley n.º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal, le exigen ejercer su autoridad a través de un debido proceso;

2°. Que el artículo 30 de la Ley n.º 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, dispone que esta Magistratura podrá decretar las medidas que considere necesarias para la más adecuada sustanciación y resolución de un asunto que le corresponda conocer;

3°. Que el abogado Rodrigo Muñoz Ponce, en representación de la Sociedad Visal Ltda. ha requerido a este Tribunal para que se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 23, inciso segundo, de la Ley n.º 19.542, en los autos “*Sociedad Visal Ltda. con Empresa Portuaria de Arica*”, sobre nulidad de derecho público, seguidos ante el Primer Juzgado Civil de Arica, actualmente en apelación de la sentencia definitiva, ante la Corte de Apelaciones de esa ciudad;

SE RESUELVE:

PRIMERO. Que la tramitación del requerimiento ante esta Sala se ceñirá a las normas que se indican a continuación:

- a) Las resoluciones que se dicten se notificarán por carta certificada a las partes y por comunicación a los órganos correspondientes. En ambos casos, la notificación se

practicará por el Secretario. Sin perjuicio de ello, el Tribunal podrá disponer otra forma de notificación si así lo estimare necesario;

- b) La fecha de notificación por carta certificada y de las comunicaciones será, para todos los efectos legales, la del tercer día siguiente a su expedición;
- c) La admisibilidad del requerimiento como la suspensión del procedimiento, serán resueltas por la Sala en cuenta, salvo que por motivos fundados ordene que se traigan a la vista los autos en relación y se oigan alegatos;
- d) Si la Sala acuerda oír alegatos, su duración será de media hora por cada parte, prorrogable por acuerdo unánime de ésta;
- e) Los plazos de días serán de días corridos y no se suspenderán durante los feriados, conforme al artículo 33 de la Ley N.º 17.977; y
- f) Serán aplicables, además, en cuanto corresponda, las normas contenidas en los títulos II, V y VII del Libro I del Código de Procedimiento Civil y en la Ley N.º 18.120;

SEGUNDO. Declarado Admisible el requerimiento, esta Sala lo comunicará al Presidente para que ordene que pase al Pleno y lo incluya en tabla.

Pronunciada por la Primera Sala del Tribunal Constitucional, integrada por su Presidente, don José Luis Cea Egaña, sus ministros don Marcos Libedinsky Tschorne, Mario Fernández Baeza, Marcelo Venegas Palacios y el Abogado Integrante don Teodoro Ribera Neumann.

Como podemos apreciar, el Juez Constitucional no ha rehusado ejercer sus nuevas atribuciones, amparado en la falta de la Ley Orgánica Constitucional, en lo que constituye un acierto, a nuestro entender, sin perjuicio de la responsabilidad que le cabe al legislador, que ha actuado a su vez como Constituyente Derivado en las reformas que hemos estudiado, y que no ha cumplido con los plazos que se otorgó.

Por las razones esgrimidas por el propio Tribunal, creemos también que no se vulnera el derecho al debido proceso, en el conocimiento de las acciones de inaplicabilidad, y solamente nos queda desear a esta Magistratura el mayor de los éxitos en el ejercicio de sus nuevas facultades, pues ello implicará a su vez la supremacía efectiva de la Constitución, y la posibilidad de que en nuestro país exista efectivamente un estado de derecho.

CONCLUSIONES

El principal objetivo que se persiguió con las reformas en materia de Jurisdicción Constitucional, como sabemos, fue el de mejorar la administración de éste tipo de Justicia, que no se encontraba adecuadamente estructurada, y no respondía a las reales necesidades de nuestro país, no tutelando por tanto de forma eficiente la supremacía constitucional y el imperio del derecho, con los defectos ya tantas veces anotados de falta de certeza jurídica y de infracción permanente al principio de igualdad ante la ley, entre otros, que con tanta fuerza hiciera sentir la doctrina nacional, forzando la modificación al ordenamiento que ya no podía seguir resistiendo el diseño de control doble y difuso, establecido por el constituyente originario de 1980.

Para ello entonces, se hizo necesario reestructurar las competencias de los órganos a los cuales se encontraban entregadas las competencias en ésta sede jurisdiccional, las que se distribuían entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.

Podemos decir en los términos más sencillos posibles, que el Constituyente Derivado de 2005 tomó una decisión política radical en ésta materia, quitando a la Corte Suprema las facultades que en materia de justicia constitucional tenía, entregándoselas al Tribunal Constitucional, dotando de paso a éste último, de algunas nuevas, y otras renovadas atribuciones, que le permitirán cumplir con mayor propiedad los objetivos para los cuáles fue creado, a los que ya nos hemos referido extensamente.

Si bien ambas magistraturas han sido altamente criticados por su desempeño durante los 25 años de vigencia de la Carta Fundamental hasta hoy, fue solamente el Máximo Tribunal del Poder Judicial de la República el que resultó desmedrado con las modificaciones a la Ley Suprema de 2005, perdiendo con éstas una cuota importante de

poder, que fue entregado a otros órganos, quizás a modo de consciente o tácita sanción. Para nadie es un misterio que el Poder Judicial sigue siendo la institución peor evaluada por la ciudadanía, y que esa opinión lejos de cambiar, parece asentarse definitivamente.

Creemos que es urgente que se sigan tomando medidas adecuadas para que esta percepción cambie, debido a que ningún Estado constitucional de derecho puede sostenerse en el tiempo sin una administración de justicia respetada y querida por el pueblo, a quienes en primer término está llamado a proteger. Del mismo modo esperamos que el Tribunal Constitucional pueda estar a la altura de los desafíos que sus nuevas atribuciones le plantean, para lo cual en primer término es tremendamente necesario que quienes están llamados a participar en los procesos de renovación de los miembros de éste, escojan a los más destacados juristas en la materia, para que de ese modo, este órgano no termine siendo, como otras instituciones del Estado, una fuente de recompensa política, integrada mayoritariamente por actores políticos. No debemos olvidar que este fue uno de los aspectos más criticados de su anterior composición, con ministros que claramente sufrían de conflictos de intereses, y más aún, que operaban como particulares ante los Tribunales de Justicia. Si en la designación de sus nuevos integrantes no se sigue un criterio puramente académico, dogmático o doctrinario, y finalmente se privilegia la designación de los nuevos ministros como una asignación política, las reformas perderán todo sentido, y habrán sido inútiles. Es nuestro deseo entonces, que las referidas modificaciones cumplan plenamente su objetivo a fin de que el imperio del derecho y la supremacía constitucional se constituyan definitivamente en los principios que presidan de forma permanente la convivencia nacional. Con los nuevos nombramientos de los profesores Marisol Peña y Enrique Navarro, creemos que se ha dado un importante paso en esa dirección. Ellos, junto a los demás distinguidos miembros del Tribunal, tendrán la última palabra al respecto.

BIBLIOGRAFÍA.

(por orden cronológico)

- Claro Solar, Luis: Los decretos leyes y el recurso de inaplicabilidad que establece el artículo 86 de la Constitución Política. Artículo publicado en revista derecho y jurisprudencia, tomo 31, 1934, 1ª parte. Página 13.
- Kelsen, Hans: “La teoría pura del derecho”. Traducción de la edición francesa, Junio de 1963. editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Actas oficiales de la Comisión de estudio para la nueva Constitución.
- Verugo Marinkovic, Mario: “Los principios del Constitucionalismo clásico en los ordenamientos fundamentales de Chile”. Artículo publicado en Revista de Derecho Público. Universidad de Chile, n.º 19-20 año 1976.
- Constitución Política de la República de Chile de 1980.
- Sagüés, Néstor Pedro: “Derecho Procesal Constitucional: Recurso Extraordinario”, Tomo 1, Editorial Astrea, segunda edición, 1989.
- Pfeffer Urquiaga, Emilio: “La supremacía Constitucional y su control: el caso Chileno”. Artículo publicado en “La revista de derecho”, Facultad de derecho de la Universidad central, año V, 1990.
- Sagüés, Néstor Pedro: “Elementos de Derecho Constitucional”, Edición Marzo 1993, tomo 1, Editorial Astrea.
- Hart, H.L.A: “El concepto de derecho”. Segunda edición, Editorial Abeledo Perrot, 1995, Buenos Aires, Argentina.

- Ríos Alvarez, Lautaro: “La jurisdicción Constitucional en Chile. Su distribución entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional”. Artículo publicado en la revista “Ius et praxis”, de la Universidad de Talca. Año 4, n.º 1, 1998.
- Gómez, Gastón: “Ciertas ideas críticas sobre la jurisdicción constitucional en Chile”. Artículo publicado en la revista “Ius et praxis”, de la Universidad de Talca. Año 4, n.º 1, 1998.
- Cumplido, Francisco: “Corte Suprema y Tribunal Constitucional: competencias y relaciones”. Artículo publicado en revista “Ius et praxis”, año 4º, n.º1, 1998. Universidad de Talca.
- García Barzelatto, Ana María; Verdugo Marinkovic, Mario: “Manual de Derecho Político”. Editorial Jurídica de Chile, 4º edición. Año 1998.
- Nogueira Alcalá, Humberto: “Reflexiones sobre las competencias de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en materia de control de constitucionalidad”. Artículo publicado en la revista “Ius et praxis”, de la Universidad de Talca. Año 4, n.º 1, 1998.
- Gómez B, Gastón: “El recurso de inaplicabilidad. La jurisdicción constitucional: Funcionamiento de la Acción o Recurso de Inaplicabilidad, crónica de un fracaso”. Informe en formato electrónico disponible en http://www.udp.cl/derecho/publicaciones/recurso_inaplicabilidad.pdf. 1998.
- Cea Egaña, José Luis: “Contrapesos de la Carta Fundamental y reformas constitucionales en proyecto”. Versión escrita de la disertación del autor, hecha el 16 de noviembre de 1999, en la Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos, del Ministerio de Defensa Nacional. Disponible en formato electrónico

en:www.bcn.cl/pags/home_page/ver_archivo_documentos_pdf.php?id_recorte=301
&file=

- KELSEN, Hans: ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Editorial Tecnos S.A.Madrid, 1999.
- Evans de la Cuadra, Enrique: “Los derechos constitucionales”. Editorial Jurídica de Chile, Julio de 1999.
- Silva Bascuñan, Alejandro “Tratado de derecho constitucional”. Tomo VIII. Editorial Jurídica de Chile. Edición 2000.
- Colombo Campbell, Juan: “Justicia constitucional: El conflicto constitucional y sus formas de solución”. Ius et Praxis. Universidad de Talca. Talca. Chile. Año 6, n° 2. 2000.
- Nogueira, Humberto; Verdugo, Mario; Pfeffer, Emilio: “Derecho Constitucional”. Editorial Jurídica de Chile, Abril de 2002.
- Ríos Alvarez, Lautaro: “El Control Difuso de Constitucionalidad de la Ley en la República de Chile”. Revista Ius et praxis. Año 8, n° 1. 2002.
- Nogueira Alcalá, Humberto: “La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional: Del doble control concentrado de constitucionalidad a la concentración del control en el Tribunal Constitucional”. Ius et Praxis. Universidad de Talca. Talca. Chile. Año 8, n.º1. 2002.
- Nogueira Alcalá, Humberto: “Los Derechos Esenciales o Humanos contenidos en los Tratados Internacionales y su ubicación en el Ordenamiento Jurídico Nacional: Doctrina y Jurisprudencia”. Ius et Praxis. Universidad de Talca. Talca. Chile. Año 9, n° 1. 2003.

- Saenger, Fernando: “Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2003”. Artículo publicado en “Estudios constitucionales”, revista del Centro de Estudios Constitucionales, n.º 1 , año 1, 2003.
- Bulnes Aldunate, Luz: “Las reformas necesarias a las competencias del Tribunal Constitucional en Chile”. Artículo publicado en “Estudios constitucionales”, revista del Centro de Estudios Constitucionales, n.º 1 , año 2 , 2004.
- Zúñiga Urbina, Francisco: “Control concreto de constitucionalidad: recurso de inaplicabilidad y cuestión de constitucionalidad en la reforma constitucional”. Artículo publicado en “Estudios constitucionales”, revista del Centro de Estudios Constitucionales, n.º 1 , año 2, 2004.
- Ríos Alvarez, Lautaro: “Reformas necesarias a la generación y a la competencia del Tribunal Constitucional”. Artículo publicado en “Estudios constitucionales”, revista del Centro de Estudios Constitucionales, n.º 1 , año 2 , 2004.
- Romero E., Andrea; Morales Vera, Katty: “Evolución y reformas del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”. Memoria de título, Facultad de Derecho, Universidad de Temuco, Noviembre de 2004.
- Ley n.º 20.050, promulgada el 17 de Septiembre de 2005.
- Cea Egaña, José Luis: “El proyecto de reforma constitucional sobre los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la justicia ordinaria”. Artículo publicado en “Estudios constitucionales”, revista del Centro de Estudios Constitucionales, n.1º , año 3 , 2005.
- Bulnes Aldunate, Luz: “El recurso de inaplicabilidad y la reforma constitucional”. Artículo publicado en la revista “Actualidad Jurídica”, de la Universidad del Desarrollo. n.º12, Julio 2005 .

- Nogueira Alcalá, Humberto: “El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad en la reforma de competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias”. Artículo publicado en “Estudios constitucionales”, revista del Centro de Estudios Constitucionales, n.º 1 , año 3 , 2005.
- Bulnes Aldunate, Luz: “Efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en la justicia ordinaria”. Artículo publicado en “Estudios constitucionales”, revista del Centro de Estudios Constitucionales, n.º 1 , año 3 , 2005.
- Ríos Alvarez, Lautaro: “Trascendencia de la reforma constitucional en la fisonomía y atribuciones del Tribunal Constitucional”. Artículo publicado en “Estudios constitucionales”, revista del Centro de Estudios Constitucionales, n.º 1 , año 3 , 2005.
- Zúñiga Urbina, Francisco: “La sentencia de “inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad” y legislación. Artículo publicado en “Estudios constitucionales”, revista del Centro de Estudios Constitucionales, n.º 1 , año 3 , 2005.
- Pfeffer Urquiaga, Emilio: “Reformas Constitucionales 2005”. Editorial Jurídica de Chile. Edición 2005.
- Memoria del Tribunal Constitucional 2005, José Luis Cea Egaña, 31 de marzo de 2006.
- Miguel Ángel Fernández González, “la nueva justicia constitucional en Chile”, artículo publicado en revista “La Semana Jurídica”, n.º 289, semana del 22 al 28 de mayo de 2006.
- Diario “El Mercurio”, sección “Reportajes”. Domingo 21 de mayo de 2006. Entrevista de Claudia Guzmán al Presidente del Tribunal Constitucional, don José Luis Cea Egaña. Disponible en formato electrónico en

http://diario.elmercurio.com/2006/05/21/reportajes/_portada/noticias/D7D88E5A-2BC8-40DE-B460-A528F1EDB6EE.htm?id={D7D88E5A-2BC8-40DE-B460-A528F1EDB6EE}.

- Román Cordero, Cristián: “El primer tropiezo de la nueva justicia constitucional”, revista “La Semana Jurídica”, n.º 287, semana del 8 al 14 de mayo de 2006, pág. 2

