

El recurso de inaplicabilidad y la reforma constitucional



Luz Bulnes Aldunate

Ex Ministra del Tribunal Constitucional
Profesora Titular de Derecho Constitucional

La Constitución de 1980, siguiendo las tendencias constitucionales del derecho comparado, consagra una ampliación del control de constitucionalidad de las leyes, tanto orgánicas como de quórum calificado y ordinarias, estableciendo el control preventivo a cargo del Tribunal Constitucional, pero mantiene prácticamente en los mismos términos el control a posteriori que ejerce la Corte Suprema a través del recurso o acción de inaplicabilidad que se consagra en el artículo 80 de la Ley Fundamental, la que hoy se encuentra en proceso de reforma.

Antecedentes históricos de esta norma

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° 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 alguno de sus artículos”.

La Corte Suprema de la época, interpretando esa norma, evacuó diversos informes, en los que sostuvo que sólo cabía al legislador decidir sobre si la ley dictada era o no opuesta al texto constitucional. Sin embargo, es de interés destacar que en 1867, en circular dirigida a las Cortes de Apelaciones, expresó:

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

Este documento admitió que los tribunales, frente a la contradicción entre la disposición constitucional y la legal, aplicaran la norma de jerarquía superior.

Al decir de Guillermo Guerra, la real situación en Chile hasta 1925 era la “omnipotencia casi divina del Poder Legislativo, que le permitió dictar, casi a sabiendas, leyes inconstitucionales”.

En el debate constitucional de 1925 se planteó por don Luis Barros Borgoño la conveniencia de establecer algún poder o autoridad, que podía ser tanto la Corte Suprema como una Corte especial, “que determinará si las leyes que en lo sucesivo se dictan, van o no contra los principios constitucionales”. La discusión frente a este planteamiento se centró, fundamentalmente, en torno a cuál debía ser la autoridad encargada de declarar la inconstitucionalidad de la ley. Finalmente se llegó a la redacción del artículo 86, inciso segundo, de la Constitución de 1925, propuesto por don José Maza, Secretario de la Comisión

Este recurso constitucional, consagrado en el texto de 1925, pasó a tener trascendental importancia y se redactó en los términos siguientes:

“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 interpretación que la jurisprudencia y la doctrina dieron a la norma transcrita fue, en general, la siguiente:

El tribunal llamado a ejercer la facultad de declarar la inaplicabilidad de un precepto legal tratándose de un caso particular era la Corte Suprema, ya sea que le correspondiere por su propia competencia o con motivo de una contradicción ventilada ante otro tribunal.

El recurso podía deducirse en cualquier estado del juicio, pero era menester que el juicio estuviera iniciado y no terminado. En general, la expresión "juicio" se interpretó en un sentido amplio y hubo fallos que sostuvieron que por juicio se entendía todo conjunto de actuaciones sometidas a la decisión del juez competente, aunque no existiera controversia entre partes.

Siempre se estimó por la Corte Suprema que el recurso era de derecho estricto y que debía fundarse en que la oposición de un precepto legal cuya inconstitucionalidad se solicitaba tenía que ser aplicable al caso particular.

Fue doctrina uniforme de la Corte Suprema que este alto tribunal no tenía atribuciones para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de preceptos que no son aplicables al caso que se plantea en el juicio.

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.

El recurso de inaplicabilidad y la Constitución de 1980

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 contra el principio de igualdad ante la ley.

La norma legal declarada inaplicable por inconstitucionalidad quedaba vigente para todas las personas, sin que ningún órgano constitucional la pudiera declarar derogada, pero no se aplicaría a las partes del juicio o gestión en que se planteó la inaplicabilidad.

En el texto aprobado por la Constitución de 1980 se sustituyó la expresión juicio por gestión, que es un término más amplio y se consagró la posibilidad de que la Corte Suprema pudiera ordenar la suspensión del procedimiento.

Artículo 80 de la Constitución de 1980

“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.”

La jurisprudencia bajo las Constituciones de 1925 y de 1980

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.

En este sentido se han pronunciado destacados comentaristas sobre la institución de la inaplicabilidad y la aplicación del artículo 80 de nuestra Carta Política.

Sobre este punto Francisco Zúñiga nos dice: “El análisis de la reforma constitucional en trámite en el Senado por la cual se elimina la competencia de la Corte Suprema para conocer del recurso de inaplicabilidad y su traspaso como cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional requiere una aproximación prospectiva y de *constitucione ferande*.

Una aproximación prospectiva porque resulta fútil referirnos al estado de la cuestión en materia de recurso de inaplicabilidad; instituto que resulta de todo punto de vista insatisfactorio y que no ha permitido transformar la Corte Suprema en una Corte de Constitucionalidad que ejerza un efectivo control de constitucionalidad de la ley. Por lo demás, de nuestra doctrina existen innumerables trabajos sobre esta materia, bastando recordar en esta ocasión el libro de Raul Bertelsen y la más reciente investigación de Gastón Gómez, entre otros.”¹

Comentando esta materia Gastón Gómez sostiene que si se hace un examen empírico de la inaplicabilidad se llega a la conclusión “que el recurso se ha ido pervirtiendo, pues está siendo usado para paralizar las gestiones pendientes”, y en párrafo titulado “El fracaso de la inaplicabilidad” expresa:

¹ Francisco Zúñiga. “Control concreto de constitucionalidad. Recurso de inaplicabilidad y cuestión de constitucionalidad en la reforma constitucional”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 1, págs. 209 y 210.

“Podríamos continuar las críticas. Lo importante es que podemos afirmar enfáticamente que el diseño normativo de la jurisdicción constitucional a posteriori –la inaplicabilidad– no está correctamente ordenado, genera vacíos y no disminuye la complejidad jurídica del sistema, porque no fija pautas generales, métodos de interpretación del derecho, ni resuelve cuestiones genuinamente constitucionales”.²

Citaremos a continuación algunas sentencias que nos permiten afirmar lo precario que ha sido el control constitucional de la ley vigente tanto bajo la Constitución de 1925 como bajo la Carta de 1980. Más que una crítica a nuestros tribunales, a nuestro entender la institución de la inaplicabilidad con efectos particulares se aparta de las tendencias constitucionales modernas posteriores a la Segunda Guerra, que tienden a la valorización de las normas constitucionales.

Sobre la constitucionalidad de las leyes de delegación de facultades extraordinarias

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.

Y en 1933 reiteró diciendo: “No está dentro de las facultades de la Corte Suprema, en los recursos de inaplicabilidad de preceptos legales contrarios a la Constitución, decidir, ni aun en casos determinados, si el Poder Legislativo ha podido delegar sus funciones como lo hizo por medio de la ley N° 4.945, que fue cumplida por quien no es tribunal de justicia, dictando decretos con fuerza de ley”.

“Tampoco puede la Corte Suprema resolver si el Presidente de la República extralimitó las facultades que le había delegado 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 inaplicabilidad se solicita, es contrario a la Constitución”.³

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.

² Gastón Gómez. “Algunas ideas críticas sobre la jurisdicción constitucional en Chile”. *Revista Ius et Praxis*, año 4, N° 1, pág. 277.

³ Sentencias citadas por Fernando Saenger en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 1, N° 1, pág. 423.

La inaplicabilidad y el recurso de protección

La Corte Suprema ha declarado invariablemente que para que pueda interponerse un recurso de inaplicabilidad es menester que exista una gestión pendiente en la cual puedan aplicarse las normas legales cuya inaplicabilidad se pretende, y si en ella ha recaído sentencia, sólo será admisible mientras el fallo pueda ser anulado o dejado sin efecto en virtud de un recuso, sea ordinario o extraordinario.

La Corte ha afirmado que no tiene atribuciones para declarar inaplicables preceptos legales que no sean aplicables al caso que se debate o a la gestión pendiente.

Se sustenta esta afirmación en el texto expreso de la Constitución al decir que la "Corte Suprema podrá declarar inaplicable para esos casos particulares".

Este criterio se ha mantenido en todas la últimas sentencias y respecto a este requisito que se exige para declarar inaplicable un precepto legal la Corte ha dictaminado qué no constituye gestión pendiente el recurso de protección.

La sola enunciación de este criterio nos muestra como la Corte limita su competencia como órgano contralor al no aceptar que se declare la inaplicabilidad de una norma legal al conocer por la vía de la apelación de un recurso de protección.

En la década de 1980 fueron varios los recursos de inaplicabilidad que fueron acogidos en una sentencia de protección, siguiendo el criterio expuesto en la Sesión 288 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, en la cual quedó expresamente establecido que una protección es una "gestión".

Sobre el particular, Fernando Saenger en un interesante artículo nos dice: "mediante estudiados planteamientos de orden jurídico, se indica que lo único que la protección analiza es si el acto fue o no abusivo o ilegal, conforme a un determinado precepto. De este modo la inaplicabilidad de un precepto sería inconducente, por cuanto, se pretende que se haga un pronunciamiento sobre un precepto que no resuelve el asunto o gestión".⁴

Este último criterio nos muestra claramente como la Corte ha ido paulatinamente limitando sus atribuciones en materia de inaplicabilidad.

⁴ Fernando Saenger "Inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Jurisprudencia 1980-2003". Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca.

El recurso de inaplicabilidad y la inaplicabilidad de oficio

Bajo la Constitución de 1925 no existía unanimidad de criterios en cuanto a la posibilidad de declarar la inaplicabilidad de oficio por la Corte Suprema, en cambio en la Constitución de 1980 quedó claramente establecido que la Corte podía declarar de oficio la inaplicabilidad en las materias radicadas en la Corte.

Pese a que del estudio de las Actas tanto de la Comisión de Estudio como del Consejo de Estado aparece sin lugar a dudas esta atribución, sólo hemos encontrado los casos siguientes en que la Corte haya ejercido esta atribución y haya declarado de oficio la inaplicabilidad de un precepto legal.

Sobre el artículo 116 del Código Tributario:

“TRIGESIMO SEXTO: Que, de conformidad con los razonamientos precedentemente desarrollados, forzoso es concluir que las atribuciones de índole jurisdiccional ejercidas por el juez tributario, a cuyo cargo estuvo la tramitación y fallo de la reclamación sobre que versan estos autos, provienen de la resolución del Director Regional que le delegó dichas facultades; constituyéndose, de tal manera, esa decisión u orden administrativa en la fuente jurídica inmediata que ha investido con la calidad de juez a un funcionario naturalmente adscrito a la Administración del Estado; en circunstancias de que, de acuerdo con los preceptos constitucionales señalados en el considerando vigésimo sexto, que consagran el principio de legalidad en la creación y organización de los tribunales de justicia, ello corresponde exclusivamente a normas de rango y jerarquía legal; TRIGESIMO SEPTIMO: Que, por ende, el artículo 116 del Código Tributario, al permitir que, a través del mecanismo de la delegación, se constituya un órgano jurisdiccional cuya designación o determinación no provenga de manera inmediata de ley sino del llamado discrecional de otro ente administrativo, se opone a la normativa precitada de la Carta Fundamental; sin perjuicio de contravenir, además, lo dispuesto en sus artículos 6° y 7° –en relación con lo preceptuado en el artículo 73–, que impiden la delegación de las funciones de índole judicial. POR LOS FUNDAMENTOS ANTERIORES, lo informado por el Ministerio Público y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 80 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte Suprema de 22 de marzo de 1932 sobre Substanciación del Recurso de Inaplicabilidad de las Leyes, se declara de oficio que en los autos sobre reclamación tributaria, deducida por la sociedad Guillermo Verdugo P. y Cía. Ltda., rol N° 70.340-93 de la XV Dirección Regional Metropolitana, Santiago Oriente, del Servicio de Impuestos In-

ternos; rol N° 5.873-96 de la Corte de Apelaciones de Santiago y rol N° 3.267-2000 de esta Corte Suprema; no es aplicable la norma del artículo 116 del Código Tributario, por ser contraria a la Constitución Política de la República”.

Sobre el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales:

“Que la aplicación del citado inciso final del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales resulta evidentemente violatoria del artículo 79 de la Constitución Política de la República, por cuanto la expresada ley no puede disminuir las atribuciones constitucionales privativas de esta Corte limitando o constriñendo su amplia facultad de imponer o no medidas disciplinarias en los supuestos de darse acogida a un recurso de queja.

Que el artículo 80 de la Constitución Política permite a esta Corte, de oficio, en las materias de que conozca, declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución.”

Hemos citado estas dos únicas sentencias por lo inusual que ha sido durante los casi 25 años de aplicación de la Constitución de 1980 la declaración de oficio de la inaplicabilidad.

Sobre la inaplicabilidad por vicios de forma

La Corte Suprema en forma reiterada ha sostenido que no puede conocer de los vicios de forma que invaliden una ley.

Ni la Constitución de 1925 ni la de 1980 distinguen entre inaplicabilidad de fondo y de forma y la diferencia entre ambas es solamente una creación jurisprudencial que en general no ha sido compartida por la doctrina constitucional. Sin embargo, ésta ha sido la doctrina de la Corte tanto bajo la Constitución de 1925 como bajo la Constitución de 1980 y sólo en 1995 encontramos un fallo en que hay votos de minoría.⁵

Invariablemente el máximo Tribunal ha sustentado que a través del recurso de inaplicabilidad no se puede entrar a conocer vicios de forma que invaliden la ley.

Así se ha sentenciado:

“La facultad que la Constitución otorga a la Corte Suprema para declarar

⁵ Corte Suprema, 31.05.95.

la inaplicabilidad en los casos a que se refiere, sólo procede para resguardar la inaplicabilidad de fondo de las leyes, no la de forma, que sólo mira a la formación de la ley; pues no es facultad del máximo tribunal anular la ley o derogarla, como ocurriría en el segundo caso, ya que éste interesa a todos los ciudadanos por igual y por ende no podría quedar limitado a los casos particulares de que conozca, como en cambio ocurre en el primero, dado que la Constitución consagra únicamente el dejar de aplicarlo en el caso concreto de que se trata, de manera de amparar solamente a las personas afectadas en sus derechos”.⁶

“El recurso de inaplicabilidad no resguarda la inconstitucionalidad de forma de las leyes, sino la de fondo (...) De lo anterior se colige que, cumplidos los trámites de promulgación y publicación de la ley, no pueda la Corte Suprema, sin exceder las facultades que le confiere la Constitución, desconocerla como ley de la República, pues ello importaría ejercer una función revisora o contralora de los organismos que deben intervenir en su formación, lo que no está previsto como atribuciones propias de la Corte Suprema (...) En la Constitución actual el control de la constitucionalidad de forma está entregado al Tribunal Constitucional”.⁷

“Que en cuanto a la inconstitucionalidad de forma que se alega, ella es improcedente, como lo ha resuelto reiteradamente este tribunal, ya que las leyes, si adolecieran de las exigencias o requisitos para que tengan tal calidad, carecerían de esa naturaleza jurídica, y no podrían ser declaradas inaplicables, toda vez que un pronunciamiento en ese sentido involucraría el reconocimiento de su calidad de ley”.⁸

En fallo dictado por la Excma. Corte Suprema en 1995, en el que reiteró su tesis sobre la inaplicabilidad de forma, encontramos por primera vez votos de minoría que sostienen la procedencia de la inaplicabilidad por vicios de forma en el proceso formador de la ley.

En efecto, el recurso de inaplicabilidad del artículo 80 de la Constitución es de carácter eminentemente jurídico y tiene por objeto la declaración de inaplicabilidad de una ley o determinado precepto legal, por ser contrario en lo sustantivo a la Constitución Política. En consecuencia, promulgada y publicada una ley, este Tribunal podrá ejercer a su respecto el control de su constitucionalidad sustantiva que le otorga el artículo 80 de la Carta Fundamental, para el solo caso particular de que se trate, pero no podría desconocerla como tal ley en función de que se han dejado de cumplir

⁶ C. Suprema, 19.04.85, RDJ 82, sec. 5ª, p. 86

⁷ C. Suprema, 29.01.87, RDJ 84, sec. 5ª, p. 26

⁸ C. Suprema, 13.10.87, RDJ 84, sec. 5ª, p. 256

ciertas exigencias formales en su tramitación, por cuanto ello importaría una función revisora o de control que la Constitución no le confiere, sino que expresamente entrega a otros organismos que deben intervenir en su formación. En efecto, la actual Carta Fundamental entrega el control preventivo de la constitucionalidad de forma al Tribunal Constitucional”.⁹

Dicho fallo, suscrito por doce ministros, contó con el voto en contra de seis ministros.

En efecto, los ministros Aburto, Faúndez, Beraud y Araya afirmaron que es plenamente procedente la inaplicabilidad por vicios de forma, que sólo en parte los conoce preventivamente el Tribunal Constitucional, no existiendo en el artículo 80 distingo alguno entre vicios de forma (relativos al procedimiento de formación de la ley) y de fondo. En el mismo sentido, los ministros Bañados y Libedinsky estimaron la procedencia del recurso por vicios de forma, puesto que la Carta Fundamental no ha hecho distingo alguno; así además lo obligan los artículos 6° y 7°, existe un sistema de contrapesos entre los poderes del Estado, y, por último, también así lo ha reiterado la doctrina.

La doctrina reiterada de la Excma. Corte Suprema produjo como resultado la inexistencia de un control preventivo de la ley y un débil control a posteriori de la norma legal, lo que condujo a que la doctrina y la cátedra universitaria abogaran por la creación de un órgano jurisdiccional que a semejanza de los Tribunales Constitucionales creados en Europa después de la Segunda Guerra ejerciera una justicia constitucional más amplia y que fuera una real garantía de la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales.

A nuestro entender la doctrina de la Corte resulta difícil sustentarla bajo la Constitución de 1980, que crea distintos tipos de leyes, entre las que se encuentran las leyes orgánicas constitucionales, que en su proceso de formación requieren de nuevos requisitos y específicamente del control obligatorio del Tribunal Constitucional. Si interpretamos las disposiciones constitucionales con un criterio armónico, no se puede concebir que se exija obligatoriamente el control preventivo y que a su vez el órgano encargado del control a posteriori no pueda revisar la constitucionalidad de forma de las disposiciones orgánicas constitucionales. Ello ha permitido que exista una importante legislación en que se ha omitido el control preventivo de constitucionalidad que debe obligatoriamente efectuar la jurisdicción constitucional (ejemplo, el Código de Minería y el Código Procesal Penal), legislación toda que indudablemente adolece de vicios en su formación.

⁹ C. Suprema, 31.05.95, Rep. 92, sec. 5ª, p. 93.

El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y la reforma constitucional

Escribimos estas líneas viviendo un proceso de reformas constitucionales, las que en su mayor parte han sido aprobadas en el primer y segundo trámite constitucional y de acuerdo con las disposiciones fundamentales en el tercer trámite o se aprueba el proyecto aprobado en la Cámara de Diputados o no hay enmiendas sobre la materia, porque tratándose de reformas constitucionales no procede el trámite de comisión mixta.

Subsiste como punto en discusión el que dice relación con la integración y atribuciones del Tribunal Constitucional.

Si la Cámara insiste en su criterio en relación con la composición de este órgano constitucional y el Senado no lo aprueba, no habría reforma constitucional en todo lo relativo al Tribunal Constitucional y quedaría vigente el artículo 80 de la Constitución que entrega a la Corte Suprema el control a posteriori de la constitucionalidad de la ley con los inconvenientes que hemos advertido en el cuerpo de este trabajo.

Creemos que la reforma propuesta tiene enormes ventajas para un efectivo control de la constitucionalidad de la ley tanto en sus aspectos sustantivos como en lo que se refiere a su proceso formador.

Si bien no sabemos si al publicarse estas líneas habrá acuerdo sobre la materia, analizaremos a continuación tanto el proyecto de reforma al recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad propuesto por el Senado como el proyecto de la Cámara de Diputados, que si se aprueba por el Senado se convertirá en normativa constitucional.

Por oficio N° 24.342, de 11 de noviembre de 2004, el H. Senado envió a la Honorable Cámara de Diputados el proyecto de reforma constitucional aprobado en primer trámite constitucional.

En su articulado este proyecto introduce una reforma sustancial al recurso de inaplicabilidad.

Siguiendo la tendencia de la doctrina y de muchas de las opiniones vertidas en el debate de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia se modifica en forma importante el control constitucional de la ley vigente, o control a posteriori, pues se elimina la competencia de la Corte Suprema para conocer de este recurso y se le entrega al Tribunal Constitucional, de manera que esta jurisdicción pasa a tener un control más concentrado de

la constitucionalidad de la ley, siguiendo las tendencias del derecho comparado en los últimos tiempos.

En esta instancia el Presidente del Tribunal Constitucional don Juan Lumbo tuvo una interesante intervención expresando:

“En el extranjero no se entiende que en Chile exista un tribunal que tiene el control preventivo y otro que ejerce el control a posteriori, por una serie de razones que ellos se plantean en tesis que felizmente aquí no han ocurrido, como es el caso de choques entre la cosa juzgada de la sentencia del Tribunal Constitucional y la de una sentencia de la Corte Suprema. Se considera que no es compatible un sistema en que tribunales distintos realizan los controles anteriores y posteriores”.

Por ello argumentó más adelante: “es menester reestructurar la competencia del Tribunal Constitucional para entregarle el conocimiento privativo de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad”.

En líneas generales es ésta la opinión de la doctrina y de la cátedra universitaria.

El acuerdo del Senado en el primer trámite de la reforma constitucional deroga el artículo 80 de la Constitución y por un nuevo artículo 82 entrega esta atribución al Tribunal Constitucional.

El nuevo artículo 82 número 6 propuesto por el Senado señala:

“Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

6.º 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 Constitucional conocerá estos asuntos en sala, la cual adoptará sus acuerdos por simple mayoría. La resolución que dicte sólo producirá efectos en los casos particulares en que se interponga la acción de inaplicabilidad. Ella podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar el Tribunal Constitucional la suspensión del procedimiento.

Después de tres fallos uniformes, el Tribunal Constitucional en pleno, de oficio o a petición de parte, por los dos tercios de sus miembros, declarará la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo con efectos generales”.

La legitimación activa quedó en los siguientes términos:

“En el caso del número 6, párrafo primero, la acción podrá ser deducida de oficio por el Tribunal que conoce de la gestión y por quien sea parte en ella, antes de la sentencia. Habrá acción pública para requerir al Tribunal respecto de la atribución que se le confiere en el número 6 párrafo segundo”.

Como lo hemos sostenido en ocasiones anteriores, esta proposición de reforma representó una gran innovación en nuestro sistema de control de constitucionalidad especialmente porque permitía que los jueces de la causa fueran quienes podían solicitar la declaración de inaplicabilidad, se amplió en esta forma la legitimación activa para que el Tribunal ejerciera su función de control. Además, se llega por esta vía a la cuestión de inconstitucionalidad llamada también juicio incidental de inconstitucionalidad que existe en otras jurisdicciones y que lógicamente por tratarse de un control normativo sus efectos son generales.

No compartimos en su oportunidad la idea de mantener la inaplicabilidad con efectos particulares y de establecer un sistema gradual para alcanzar la expulsión de la norma declarada inconstitucional del ordenamiento jurídico ni menos que se exigieran tres sentencias uniformes, como lo establecía el acuerdo del Senado.

Mantener la inaplicabilidad con efectos particulares, a nuestro juicio, va en desmedro de la seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley.

Pese a lo anterior, es indudable que la reforma propuesta por el Senado significó un cambio sustancial en la visión del control a posteriori de la inconstitucionalidad de la ley, tanto en lo que respecta a la competencia como a la legitimación activa y a los efectos de la declaración de inaplicabilidad o inconstitucionalidad.

El proyecto propone una justicia constitucional de carácter más concentrado, pues el control a posteriori de la ley que realiza la Corte Suprema pasa a quedar radicado en el Tribunal Constitucional.

La norma aprobada en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado fue modificada en la Comisión respectiva de la Cámara de Diputados que aprobó el texto que sigue, contenido en los Boletines 2526-07 y 2534-07 de 17 y 18 de Mayo de 2005:



Artículo 82 número 6:

“Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

6° Declarar inaplicable un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, produzca efectos contrarios a la Constitución. El Tribunal conocerá estos asuntos en sala, la cual adoptará sus acuerdos por simple mayoría, pudiendo ordenar la suspensión del procedimiento.

7° Decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el número anterior. El Tribunal conocerá estos asuntos en pleno y, para declarar la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal, deberá hacerlo por los dos tercios de sus miembros en ejercicio”.

En esta instancia la legitimación activa para que el Tribunal ejerza la atribución señalada se estableció en los siguientes términos:

“En el caso del número 6°, la acción podrá ser deducida de oficio por el tribunal que conoce de la gestión y por quien sea parte en ella, antes de la sentencia.

Habrá acción pública para requerir al Tribunal respecto de la atribución que se le confiere en el número 7°”.

Si bien se mantiene la inaplicabilidad con efectos particulares, no se exigen los tres fallos uniformes para la declaración de inconstitucionalidad.

Los efectos de esta declaración están indicados en el nuevo artículo 83 del informe de la Cámara de Diputados que sustituye el artículo 83 aprobado por el Senado.

Dice este artículo:

“Las disposiciones que el tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate, o en auto acordado en su caso.

Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad respecto del todo o parte de una ley o de un decreto con fuerza de ley del cual la Contraloría hubiere tomado razón, se publicarán en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación y la norma declarada inconstitucional se entenderá derogada desde dicha publicación”.

La disposición transcrita distingue entre control preventivo y control a posteriori.

Respecto a las sentencias que acojan la acción pública de inconstitucionalidad, éstas tendrán efectos generales y la norma declarada inconstitucional se entenderá derogada.

A nuestro juicio la reforma representa un gran avance en nuestra institucionalidad, pues si se acepta la concentración de la justicia constitucional en el Tribunal Constitucional y se permite a los jueces solicitar la declaración de inconstitucionalidad cuando tengan que aplicar en un caso concreto una ley que merece dudas de constitucionalidad o no hay certeza sobre su constitucionalidad, las posibles críticas sobre la aplicación directa de la Constitución que establece el artículo 6º de la Ley Suprema se desvanecen, pues la concentración impedirá en gran parte la dispersión de criterios.

Se mantiene sí en la reforma la acción de protección o amparo constitucional en la justicia ordinaria, lo que es una excepción al principio de la concentración y tendríamos que seguir definiendo nuestra justicia constitucional como compartida.

En general tanto la doctrina constitucional como el derecho comparado se inclinan hoy día por la declaración de inconstitucionalidad de las normas contrarias al texto constitucional, de tal manera que las sentencias de los Tribunales Constitucionales tienen efectos generales y de cosa juzgada.

En Alemania las sentencias del Tribunal Constitucional Federal tienen efecto de cosa juzgada y vinculan a todos los órganos constitucionales de la Federación y de los "Lander", así como a todos los tribunales y administraciones.

En Colombia las sentencias de la Corte Constitucional producen efectos generales respecto de la aplicación de la norma declarada inconstitucional.

Las sentencias del Tribunal Constitucional español tienen el valor de cosa juzgada y no procede recurso alguno contra ellas, y en Italia la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legislativa produce el efecto que por la publicación de la sentencia la norma deja de producir efectos.

Es indudable que el Congreso ha hecho una importante labor de perfeccionamiento de las instituciones constitucionales. Queremos llamar la atención sobre este punto, ya que se refiere a una de las reformas más importantes introducidas a nuestra Carta Política.

Es evidente que la posibilidad de que los jueces ordinarios planteen de oficio la petición de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional es un gran avance en cuanto a la concentración del control constitucional y de la aplicación directa de la Constitución.

La reforma da la posibilidad a los jueces ordinarios, se entiende que unipersonales y colegiados, que cuando se pretenda aplicar una norma que estimen inconstitucional, de oficio soliciten la declaración de inaplicabilidad.

Si se quiere solicitar no la inaplicabilidad, sino que la inconstitucionalidad de un precepto legal, la reforma establece además una acción pública para requerir al Tribunal, pero esta acción sólo puede interponerse después de que se haya declarado la inaplicabilidad de un precepto y la causa de pedir es la inconstitucionalidad con efectos generales, de manera que se elimine el precepto del ordenamiento jurídico.

Puede tal vez representar un avance en la anhelada declaración de inconstitucionalidad con efectos generales.

Conclusión

Es evidente que el proyecto de reforma constitucional que se refiere al Tribunal Constitucional representa un gran avance en lo que dice relación con buscar una mayor concentración de la justicia constitucional.

Si bien no compartimos que la declaración de inaplicabilidad no tenga efectos generales, se establece una vía que busca alcanzar este objetivo.

Mantenemos sí nuestra posición de que debería aprovecharse el proceso de reforma para evitar que se produzcan las situaciones de falta de seguridad jurídica que acarrea la inaplicabilidad y que explica tal vez la jurisprudencia antes analizada en este trabajo.

En cuanto a la legitimación activa para revisar la constitucionalidad de las normas legales, la reforma, si bien es un avance, como lo decíamos, porque establece una acción pública para solicitar la declaración de inconstitucionalidad, es más restringida que en otras jurisdicciones constitucionales de América del Sur, ejemplo Perú, Ecuador y Colombia, y también en las jurisdicciones europeas.

Al respecto no podemos prescindir de los nuevos enfoques del derecho en el último tiempo, hay fenómenos jurídicos distintos que el constituyente

debiera considerar, como es desde luego la aplicación directa de la Constitución, que por lo demás en nuestra Ley Fundamental tiene sustento expreso en el artículo 6º, por lo que hoy hace dudosa la declaración de inaplicabilidad frente a la norma que vincula a todos los órganos del Estado a la Constitución.

Si bien consideramos beneficiosa la proposición de reforma, no concordamos con la idea de continuar con la institución de la inaplicabilidad.

La acción de inconstitucionalidad o cuestión de inconstitucionalidad reemplazando a la inaplicabilidad significaría incorporar a nuestro ordenamiento jurídico una institución nueva, que tiene la ventaja que permite concretar la aplicación directa de la Constitución y el principio de supremacía constitucional.

Tendría además otra ventaja, pues permitiría uniformar la jurisprudencia constitucional, que es uno de los grandes problemas de la aplicación directa.

La legitimación activa se amplía, pero a nuestro juicio subsisten los problemas que acarrea la declaración de inaplicabilidad y no de inconstitucionalidad.¹⁰

Terminamos este comentario pendiente el proceso de reformas y esperamos que se incorporen a nuestra Constitución Política las enmiendas contenidas en los proyectos que hemos analizado, de manera que a futuro podamos entregar a "Actualidad Jurídica" nuestra opinión sobre una nueva normativa constitucional referida al control de la ley y que permita un control efectivo de la constitucionalidad de la ley vigente, que hoy bajo la institucionalidad que nos rige no puede declarar ningún órgano constitucional.



¹⁰ Capítulo extractado de la intervención de la autora en Seminario sobre la materia en la H. Cámara de Diputados.