

Los recursos de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad en la reforma constitucional

Luz Bulnes Aldunate

Ex Ministra del Tribunal Constitucional
Vicepresidenta de la Asociación Chilena
de Derecho Constitucional
Miembro del Consejo Académico Consultivo
del Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Profesora Titular de Derecho Constitucional
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CHILE

Por Ley 20.050, de agosto del año 2005, se aprobaron importantes reformas a la Constitución Política de 1980, entre las que destacan las que se refieren al Tribunal Constitucional, cuya composición, organización, funcionamiento y atribuciones se contemplan hoy en los nuevos artículos 92, 93 y 94 de la Ley Fundamental reformada.

Las mayoría de las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra consagran Tribunales Constitucionales de cuya jurisprudencia surge el principio de que la Constitución obliga por sí misma y que los preceptos constitucionales son verdaderas y auténticas normas jurídicas que vinculan inmediata y simultáneamente a todas las personas y grupos y a todos los órganos del Estado.

Se caracterizan estas jurisdicciones por el control concentrado de constitucionalidad de las normas legales toda vez que los países que eligen el control difuso de constitucionalidad no requieren otras normas que las que ya tienen.¹

Con la existencia de los tribunales constitucionales nace la justicia constitucional, que se caracteriza por su independencia y autonomía. Se aparta de la justicia ordinaria y no está supeditada a los poderes públicos.

En Chile la justicia constitucional apareció tempranamente en la Constitución de 1925 con la ampliación de las facultades jurisdiccionales de la Corte Su-

¹ Juan Colombo, *Derecho Procesal Constitucional* (publicación interna del Tribunal).

prema, órgano al que se le entregó el conocimiento y resolución de la acción o recurso de inaplicabilidad, que permitió declarar inaplicable para un caso particular un precepto legal.

Se exigía que existiera un juicio pendiente y la legitimación activa se entregaba a las partes y además podía actuar de oficio.

Por la Reforma Constitucional de 1970 se creó un Tribunal Constitucional, a instancias principalmente de los círculos académicos, que veían un vacío en la autolimitación que se impuso la Corte Suprema al no aceptar la inaplicabilidad por vicios de forma.

En líneas generales la acción o recurso de inaplicabilidad se mantuvo en la Constitución de 1980 en los mismos términos que en la carta de 1925 y representó el control a posteriori de la constitucionalidad de la ley con efectos particulares.

Por la Constitución de 1980 se estableció una justicia constitucional más amplia de la función legislativa que consagró un Tribunal Constitucional con una composición distinta y mayores facultades y atribuciones, como son el control obligatorio de la constitucionalidad de los proyectos de leyes orgánicas constitucionales y de las leyes interpretativas de la Constitución y el control constitucional facultativo de las leyes ordinarias.

Hasta la reforma de la Ley 20.050 el sistema chileno de justicia constitucional tenía la particularidad que estaba compartida entre varios órganos constitucionales.

No existía ningún órgano constitucional que pudiera declarar la inconstitucionalidad con efectos generales de una ley vigente y la Corte Suprema sólo podía declarar la inaplicabilidad de un precepto legal para un caso particular.

Fue doctrina unánime de nuestra Corte Suprema establecer que el recurso de inaplicabilidad era de carácter abstracto y de derecho estricto y como sentenció este órgano jurisdiccional: "ha de encuadrarse, entonces, dentro de la comparación concreta y objetiva entre los preceptos constitucionales y legales que se denuncian como antinómicos, de manera que fuere la situación procesal o de derechos sustantivos que se hallare pendiente en el juicio en referencia, no impide ni obstaculiza la decisión de esta Corte sobre el alcance netamente jurídico de los preceptos que se suponen en contradicción."²

² *Constitución Política de la República de Chile. Concordancias, Antecedentes y Jurisprudencia.* Emilio Pfeffer. Pág. 511

Por la reforma constitucional aprobada por la Ley 20.050, de agosto del año 2005, se modificaron las características de la justicia constitucional en Chile y siguiendo las tendencias del derecho comparado se tiende a una mayor concentración del control de las normas constitucionales en un órgano jurisdiccional y a la ampliación de la legitimación activa para comparecer ante el Tribunal Constitucional.

La reforma consagra una justicia constitucional más concentrada y el control de la constitucionalidad de la ley se traspasa de la Corte Suprema al Tribunal Constitucional modificando sustancialmente la legitimación activa para ante este órgano jurisdiccional y los efectos de sus resoluciones cuando resuelva sobre la inaplicabilidad o la inconstitucionalidad de un precepto legal vigente.

La nueva composición del Tribunal Constitucional

El nuevo artículo 92 de la Constitución Política señala:

“Habrá un Tribunal Constitucional integrado por diez miembros, designados de la siguiente forma:

- a) Tres designados por el Presidente de la República.*
- b) Cuatro elegidos por el Congreso Nacional. Dos serán nombrados directamente por el Senado y dos serán previamente propuestos por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado. Los nombramientos, o la propuesta en su caso, se efectuarán en votaciones únicas y requerirán para su aprobación del voto favorable de los dos tercios de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda.*
- c) Tres elegidos por la Corte Suprema en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada para tal efecto.*

Los miembros del Tribunal durarán nueve años en sus cargos y se renovarán por parcialidades cada tres. Deberán tener a lo menos quince años de título de abogado, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, no podrán tener impedimento alguno que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez, estarán sometidos a las normas de los artículos 55, 56 y 78 y no podrán ejercer la profesión de abogado, incluyendo la judicatura, ni cualquier acto de los establecidos en el inciso segundo y tercero del artículo 57.

Los miembros del Tribunal Constitucional serán inamovibles y no podrán ser reelegidos, salvo aquél que lo haya sido como reemplazante y haya ejercido el cargo por un período menor a cinco años. Cesarán en sus funciones al cumplir 75 años de edad.

En caso que un miembro del Tribunal Constitucional cese en su cargo, se procederá a su reemplazo por quien corresponda, de acuerdo con el inciso primero de este artículo y por el tiempo que falte para completar el período del reemplazado.

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”.

Esta nueva composición del Tribunal Constitucional nació en la Cámara de Diputados en el segundo trámite constitucional y sus incisos 2º y 5º tuvieron su origen en el veto presidencial.

Concordamos plenamente con el nuevo período que se establece para los Ministros del Tribunal, los nueve años no reelegibles buscan, como todos los períodos largos que establecen las distintas jurisdicciones del derecho comparado, darle mayor estabilidad a la jurisprudencia de estos órganos constitucionales.

Por las nuevas disposiciones se establecen los quórum para adoptar acuerdos y se elimina en esta forma la posibilidad del voto dirimente del Presidente del organismo que establecía la Ley Orgánica Constitucional N° 17.997.

Hoy la norma constitucional hace imposible una disposición de esta naturaleza, pues los acuerdos están regulados por la propia Constitución, que tiende a acentuar una mayor igualdad entre los miembros de esta jurisdicción.

Si bien siempre hemos sostenido que no existe el Tribunal Constitucional ideal y que su composición es una decisión política que depende de múltiples fac-



tores, no podemos menos que hacer ver ciertas dudas que nos asaltan frente a la nueva composición de esta jurisdicción.

Se observa en la nueva integración que contempla la reforma constitucional que se vigoriza el sistema presidencial de gobierno. Hubiéramos preferido que el Presidente estuviera sujeto a mayores requisitos para efectuar sus designaciones, nombra tres Ministros libremente y es indudable que su corriente de pensamiento se expresará en más de un nombramiento de los Ministros que designe el Congreso Nacional o la Corte Suprema, con lo que fácilmente constituirá mayoría.

El Tribunal Constitucional se ha caracterizado como tribunal de derecho no susceptible a influencias de carácter político, lo que le ha otorgado un reconocido prestigio, y la nueva composición deberá continuar esta tendencia.

A nuestro juicio, las reformas constitucionales de mayor trascendencia son aquellas que atenúan el presidencialismo de la Constitución vigente. Sin embargo, esta particularidad no se visualiza en la nueva composición del Tribunal Constitucional.

Igualmente, nos ofrece dudas la incorporación de la Cámara de Diputados a la composición de este órgano constitucional en un carácter supeditado a lo que resuelva el Senado.

El bicameralismo en Chile tiene una tradición que ha mantenido la igualdad jurídica entre ambas Corporaciones y la reforma constitucional deja a la Cámara de Diputados, en esta materia, en inferioridad de condiciones, porque su proposición debe ser aceptada por la otra Cámara para que tenga eficacia.

Además, se mezclan las funciones fiscalizadoras de la Cámara de Diputados con su intervención en el nombramiento de los jueces constitucionales, cuya función contralora es diferente, pues su misión es velar por el respeto de la Constitución, especialmente por parte del órgano legislativo.

La nueva composición de este órgano jurisdiccional está en íntima relación con las mayores atribuciones que se le otorgan a esta jurisdicción especialmente en lo que se refiere a su carácter de supremo guardián de la Constitución.

Ha dejado de ser un órgano contralor de la supremacía de la Constitución solamente en el proceso formador de la ley para ejercer también esta función respecto de las normas vigentes y a su aplicación a casos concretos

La organización, funcionamiento y procedimientos del Tribunal Constitucional

Las tres materias indicadas en el encabezamiento de este acápite el constituyente las encarga al legislador orgánico constitucional, eliminando la posibilidad que le otorgaba el acuerdo de la Cámara de Diputados de darle atribuciones por este tipo de normas.

Queda así, explícitamente, establecido que las atribuciones del Tribunal quedan fuera de las competencias del legislador orgánico constitucional y que son materias propias del órgano constituyente.

La reforma constitucional modificó sustancialmente el funcionamiento del Tribunal Constitucional estableciendo en el inciso quinto del artículo 92, la posibilidad de trabajar en pleno o dividido en dos salas, modificando en este aspecto lo resuelto por la Cámara de Diputados, que autorizaba la división en salas, pero no especificaba el número.

Señala expresamente el quórum de aprobación tanto por lo resuelto por el pleno como por las salas y elimina, como lo indicábamos anteriormente, la posibilidad del voto dirimente del Presidente del Tribunal.

Esta norma tuvo su origen en el veto presidencial que en su número 13 fundamentó esta división estableciendo que era fundamental dejar señalada la carga y distribución del trabajo en la norma constitucional impidiendo que posteriormente una disposición legal dispusiera sobre la división en salas y se afectara la labor de este organismo.³

³ “En el veto N° 13 se incorpora la regla sobre funcionamiento del Tribunal Constitucional, que, en general, tiene por objeto precisar algunos aspectos que, de no ser previstos, pueden generar dificultades futuras en la carga y distribución del trabajo en un órgano que es clave para la interpretación de la Constitución. En primer lugar, incorpora explícitamente que el Tribunal funcionará en pleno –asunto resuelto con anterioridad– y en “dos” salas. Este último aspecto es esencial al fondo de las atribuciones del Tribunal Constitucional, puesto que impide que una decisión legislativa posterior incremente las salas y permita que cuestiones muy relevantes sean decididas por una minoría circunstancial. En segundo lugar, la mayoría de los aspectos de esta norma estaban ya resueltos en el fondo. No obstante, se agrega una precisión que se fundamenta en la potencial carga de trabajo del nuevo Tribunal Constitucional. Es evidente que el Tribunal ha incrementado sus funciones y relevancia con la reforma constitucional aprobada. Por ende, resulta indispensable que sus miembros se dediquen en exclusiva a esta tarea. La voluntad parlamentaria es que la mayoría de sus atribuciones sean resueltas por el pleno del Tribunal, sin perjuicio que las resoluciones de trámite que puedan adoptarse en esas mismas materias lo sean en sus salas. El veto articula esa idea sobre la base de establecer dos tipos de materias: las que la propia Constitución determina sean resueltas por el pleno y aquellas que la ley orgánica constitucional disponga que pueden ser de pleno o materias de salas. En el primer caso, se encuentran las atribuciones del artículo 82 N°s 1°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9° y 11°. Resolver acerca del fondo de estas materias siempre será atribución del pleno. Con este cuadro se protegen los actos más fundamentales del ordenamiento

El artículo 92, incorporado por la reforma de la Ley 20.050, de agosto del año 2005, tiene además la particularidad de establecer que los procedimientos serán de la competencia del legislador orgánico constitucional.

El Tribunal Constitucional por esta reforma ha sufrido importantes modificaciones tanto en su composición como en sus atribuciones. Es evidente que este órgano constitucional pasa a ser un tribunal nuevo y distinto del concebido por el texto primitivo de la Constitución de 1980, distinta composición y mayores atribuciones, lo que trae lógicamente como consecuencia que la reforma constitucional modifique también el contenido de la ley orgánica constitucional que lo regula.

Es interesante la inclusión de los procedimientos en el campo de la ley orgánica constitucional, pues en general la jurisprudencia del órgano jurisdiccional siempre entendió que los procedimientos judiciales eran materia de ley común.⁴

Esta definición tiene especial interés respecto de la acción de inaplicabilidad y de la acción pública de inconstitucionalidad.

Entre las materias que corresponderán al legislador orgánico constitucional están los procedimientos de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad y de la cuestión de inconstitucionalidad y precisar el alcance del texto constitucional al decir que el tribunal resolverá sobre un precepto legal "cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal". El sentido es distinto a la disposición que venía desde el año 1925, que exigía sólo que el precepto fuera contrario a la Constitución y el recurso ha dejado de ser un recurso de derecho estricto por el que solamente se confrontaban dos normas jurídicas, la legal y la constitucional.

Igualmente, entra en el campo del legislador orgánico señalar el procedimiento para definir la admisibilidad de los recursos de inconstitucionalidad de sentencias de inaplicabilidad dictadas por la Corte Suprema antes de la vigencia de la reforma constitucional.

jurídico y las decisiones que afectan a los principales órganos constitucionales.

No obstante, se reserva por prudencia ciertas materias para que sea la ley orgánica constitucional la que determine en definitiva cuál va a ser la modalidad de funcionamiento. En este caso, se trata de establecer un procedimiento que permita definir con posterioridad algunas materias. Por ejemplo, la constitucionalidad de los decretos supremos es un asunto muy importante y con una alta incidencia en el volumen de casos. Pues bien, es claro que, en el contexto de cuestionamiento de la constitucionalidad de una ley, todos los decretos supremos que la articulan pierden su valor específico, puesto que quedarán derogados por la inconstitucionalidad de la propia ley cuestionada por el Artículo 82 N° 7. Este ejemplo sirve de base para dejar parcialmente postergada esta decisión al legislador orgánico.

⁴ Tribunal Constitucional, Rol 171 sobre el alcance del artículo 74 de la Constitución Política.

El control de constitucionalidad de la ley vigente

Una de las reformas más importantes de la Ley 20.050, de agosto del año 2005, es la que traspassa al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de la ley vigente tanto por la acción de inaplicabilidad que pueden interponer las partes en una gestión judicial como por el recurso incidental de inconstitucionalidad que se permite interponer a los jueces de la causa y por la acción pública de inconstitucionalidad.

Se termina así con la separación entre el control preventivo de constitucionalidad de la ley a cargo del Tribunal Constitucional y el control a posteriori que la Constitución de 1980 en su texto primitivo encargaba a la Corte Suprema por el recurso de inaplicabilidad.

Esta dualidad de control, como lo hemos analizado en publicaciones anteriores en *Actualidad Jurídica*⁵ se tradujo a la larga en la ineffectividad del control y en la dispersión de la jurisprudencia constitucional.

Por el carácter mixto del sistema de la Constitución de 1980, inspirada en el texto de 1925, se trasgredía el principio de la unidad jurisdiccional y uno de sus defectos más graves era que permitía que siguieran vigentes normas que habían sido declaradas contrarias a la Constitución.

Lo anterior se traducía, además, en una evidente desigualdad ante la ley, la misma norma legal se aplicaba a algunos y no se aplicaba a otros, sin que se la pudiera eliminar del ordenamiento jurídico, lo que traía como consecuencia una falta de seguridad jurídica.

La Ley 20.050, del año 2005, derogó el artículo 80 del texto primitivo de la Constitución y radica en el Tribunal Constitucional tanto el control preventivo de los distintos tipos de ley como su control a posteriori por los medios procesales antes indicados.

La reforma constitucional, siguiendo las tendencias contemporáneas, termina con el control compartido de constitucionalidad de la ley y consagra, siguiendo las tendencias contemporáneas, un control concentrado de constitucionalidad.

Se le encarga al Tribunal Constitucional tanto el control preventivo de constitucionalidad como el control a posteriori, que está representado por la acción de inaplicabilidad que pueden interponer las partes, o la cuestión de inconstitucionalidad que se autoriza a interponer a los jueces de la causa, y la acción pública

⁵ Revista *Actualidad Jurídica*, número 12, página 29.

de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad del Tribunal Constitucional de declarar de oficio la inconstitucionalidad.

Junto con el examen de estas nuevas acciones y de sus efectos para un cabal estudio del control de la constitucionalidad de la ley bajo el sistema de nuestra Ley Fundamental reformada, debemos tener presente la vinculación de los órganos constitucionales a la Constitución, dispuesta en el artículo 6º de nuestra Constitución, que establece:

“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.”

A los jueces, como órganos del Estado, les rige esta disposición, base de la institucionalidad, que significa que los preceptos constitucionales son verdaderas y auténticas normas jurídicas que vinculan inmediata y simultáneamente a todos los órganos del Estado y a todas las personas y grupos. Si hay oposición entre la Constitución y una norma inferior, lo natural es que el juez aplique ésta y no aquélla.

Reflexionando sobre el sistema europeo-continental de justicia constitucional, Martínez Estay nos dice: “como la Constitución es derecho, y en concreto la norma jurídica más importante y superior a todas las demás, los jueces deben aplicarla a la hora de resolver pleitos. Ello porque los conflictos son resueltos por los jueces aplicando Derecho y la Constitución lo es”.⁶

“Esta posibilidad, además, resulta acorde con los fines de la Constitución de que nadie puede atribuirse el monopolio exclusivo de la interpretación constitucional”.⁷

Si hay contradicción entre la Constitución y la aplicación de una ley a un caso concreto, hay opiniones que sostienen que el juez estaría siempre vinculado a la ley y no puede interpretar la Ley Fundamental.

A nuestro juicio, por el artículo 6º de las Bases de la Institucionalidad los jueces, tanto unipersonales como colegiados, como órganos del Estado y frente a la certeza que la norma legal es inconstitucional, pueden hacer valer la fuerza normativa de la Constitución y aplicarla directamente. Si no existe certeza y el juez tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley, la reforma le entrega

⁶ *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 3, N° 1. José Ignacio Martínez Estay, “El sistema europeo continental de justicia constitucional”. Pág. 149.

⁷ Martínez Estay, obra citada.

la posibilidad de recurrir al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, que en el derecho comparado toma también el nombre de "recurso incidental de constitucionalidad".

La Constitución en sus disposiciones reformadas instituye un juicio incidental de inconstitucionalidad, conocido también con la denominación de "cuestión de constitucionalidad".

El destacado profesor Humberto Nogueira comentando esta acción dice:

"El juicio incidental de inconstitucionalidad permite conjugar dos principios constitucionales básicos, la eficacia directa de la Constitución y el principio de respeto a la ley por parte de los tribunales ordinarios, posibilitando al tribunal ordinario elevar a la consideración del Tribunal Constitucional todo precepto legal en el cual haya dudas de constitucionalidad.

Ello contribuye a establecer un diálogo y una colaboración entre tribunales ordinarios y Tribunal Constitucional, como asimismo permite concretar con eficacia la fuerza normativa de la Constitución, su supremacía y defensa, como asimismo salvar el principio que prohibía a los jueces letrados y Cortes de Apelaciones inaplicar por sí mismo un precepto legal post constitucional o de dudosa constitucionalidad, ya que dicha facultad estaba reservada en forma exclusiva a la Corte Suprema por el artículo 80 de la Constitución, atribución que desaparece con la reforma constitucional que se está aprobando.

El juicio incidental de inconstitucionalidad se constituye así en un deber fundado en el interés público, además de concretar el deber de dar plena eficacia normativa a la Constitución".⁸

Por la reforma constitucional se crean nuevas acciones que tienen sus antecedentes en el derecho comparado y al respecto nos permitiremos recordar el caso español, que se caracteriza por ser un control concentrado de justicia constitucional y que no existe el control previo de constitucionalidad. Los jueces y los tribunales de la jurisdicción ordinaria, conociendo de un caso concreto, pueden solicitar al Tribunal Constitucional el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la ley aplicable al caso y las sentencias que dicta este órgano constitucional tienen "plenos efectos frente a todos", como señala el artículo 162 de la Constitución española.

El caso italiano es diferente pero también tiene importancia para los efectos de

⁸ *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. Año 3, N° 1. Humberto Nogueira, "El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias". Pág. 12.

la legitimación activa, pues por medio de la cuestión de constitucionalidad los jueces pueden promover ante la Corte Constitucional el control de legitimidad incidental de la ley. Este procedimiento ha permitido la aplicación directa de la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales.

En Alemania se puede también interponer ante el Tribunal Constitucional Federal la inconstitucionalidad de una ley que el tribunal considere inconstitucional y de la cual dependa el fallo, y las resoluciones de este Tribunal tienen efectos de cosa juzgada y vinculan a todos los órganos de la Federación y a todos los tribunales y administraciones.

Cabe destacar que tanto en España como en Italia y en Alemania los jueces de la jurisdicción ordinaria pueden promover ante la jurisdicción constitucional la constitucionalidad de la ley, y las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre estas materias tienen efectos generales y de cosa juzgada.

La acción de inconstitucionalidad que pueden interponer los jueces es uno de los mayores avances que podemos destacar en el derecho procesal constitucional, que ha permitido complementar la jurisdicción ordinaria con la jurisdicción constitucional y a través de este mecanismo procesal se ha llegado a un efectivo control de la norma legal y a su adecuación a la ley suprema, ha permitido además constituir una garantía de los derechos fundamentales.

La Ley 20.050, que enmienda nuestra Carta Fundamental, termina con una de las características más distintivas que tenía nuestra justicia constitucional, de ser compartida entre distintos órganos constitucionales y el control de constitucionalidad de la ley pasa a quedar radicado, tanto el preventivo como el a posteriori, en el Tribunal Constitucional.

Se mantiene en los mismos términos el control preventivo de los proyectos de ley, corresponde al Tribunal Constitucional el control preventivo y obligatorio 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, competencia que agregó la Ley 20.050.

Se conserva también en los mismos términos el control preventivo y facultativo de los proyectos de leyes ordinarias, como la legitimación activa para que el órgano jurisdiccional ejerza estas atribuciones.

La reforma consagra un control concentrado de la ley vigente al darle al Tribunal Constitucional la atribución de declarar la inaplicabilidad de un precepto legal que sea aplicable en un caso concreto y para declarar también la inconstitucionalidad del precepto legal que haya sido declarado inaplicable.

Estas atribuciones están contenidas en el artículo 93 números 6^a y 7^a y el mismo artículo inciso 12^o regula la legitimación activa para ejercerlas.

Artículo 93: "Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

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".

En el proceso de reformas constitucionales se presentaron varios proyectos para modificar el control a posteriori de la ley, concordando todos ellos en que debía derogarse el artículo 80 de la Constitución y entregar esta atribución al Tribunal Constitucional. Uno de los problemas que más dividieron las opiniones de los parlamentarios fue los efectos de la declaración de inconstitucionalidad planteándose un camino gradual para alcanzar los efectos generales de las sentencias que resolvieran sobre la inconstitucionalidad de un precepto legal.⁹

El texto de las disposiciones que hoy nos rigen y que hemos transcrito para facilitar la comprensión y lectura de este trabajo tuvieron su origen en la Cámara de Diputados y en el veto presidencial.¹⁰

⁹ Boletines 2526-07 y 2534-07 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

¹⁰ El segundo informe, aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, establece en el artículo 82 numerales 6° y 7°, entre las atribuciones del Tribunal Constitucional lo siguiente:

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;

En el caso del número 6.º, 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 decisiva 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, corresponderá al Tribunal pronunciarse de oficio, cuando proceda, y en el mismo fallo en que haya declarado inaplicable un precepto legal.

Veto N° 17. Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Una de las innovaciones más significativas de la reforma constitucional, es la institución de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos legales que resulten contrarios a la Constitución

El veto N° 18 sólo tiene por objeto hacer una pequeña pero relevante precisión en materia de procedimiento.

La norma aprobada establece que el juicio de constitucionalidad debe hacerse "en el mismo fallo en que haya declarado inaplicable un precepto legal".

Esta última solución impediría la alternativa de una vista de la causa con el objeto de solicitar opinión a

La inaplicabilidad de un precepto legal

De un examen del artículo 93 número 6º aparece que la atribución que se le entrega al Tribunal Constitucional “para declarar inaplicable un precepto legal” es para resolver conflictos jurídicos de normas en su aplicación a un caso concreto.

Esta atribución es distinta a la que le otorgaba el artículo 80 de la Constitución a la Corte Suprema, que la jurisprudencia siempre fue unánime en señalar que el recurso de inaplicabilidad era un recurso de derecho estricto de confrontación de normas de distinta jerarquía.

La inaplicabilidad a que se refiere el nuevo artículo 93 es la no aplicación de una norma legal a una gestión judicial que debe resolver el juez.

Comentando esta atribución, Gastón Gómez señala: “si a raíz de una gestión ante cualquier tribunal ordinario o especial la (o las) norma(s) legal(es) que el juez ha de aplicar para decidir la gestión está (o están) en conflicto con otra (u otras) norma (normas) pero de la Constitución, entonces la inaplicabilidad es la vía para suspender la obligación del juez de aplicar el derecho legislado, los preceptos legales a casos. Así, por intermedio de la acción de inaplicabilidad, la parte cuestiona la constitucionalidad de determinados preceptos legales decisivos para la resolución del asunto y la sentencia de inaplicación libera al juez del sometimiento al imperio de la ley. Por medio de la cuestión de inaplicabilidad, el juez que debe aplicar una norma recurre hasta el tribunal Constitucional para que éste inaplique por inconstitucional las leyes, ordenándole al juez que conoce de la gestión la ineficacia circunstancial de una o varias normas legales por ser contrarias a la Constitución”.¹¹

los órganos democráticos del Estado que generaron la ley. Este procedimiento es esencial, puesto que el acto que caracteriza la expresión suprema del poder de los modernos Tribunales Constitucionales radica en su capacidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley. Este poder ha sido cuestionado doctrinariamente por constituir un poder contramayoritario o un contrapoder democrático. No obstante, como reseña un autor, es perfectamente conciliable con la democracia, puesto que a diferencia de los demás órganos del Estado que existen para algo, la tarea del Tribunal Constitucional no es hacer el bien, sino evitar que se haga el mal, entendido éste como la actuación de los demás poderes al margen de lo previsto en la Constitución. Es un órgano defensivo del Estado Democrático frente a su posible desnaturalización. Por lo mismo, en su tarea de declarar la inconstitucionalidad ha de actuar con la debida prudencia y ejercicio de *ultima ratio* que dicha fórmula exige.

En este sentido, el veto N° 18 declara que debe distinguirse netamente el juicio de inaplicabilidad del juicio de inconstitucionalidad. Debe, por ende, establecerse un procedimiento que articule este último juicio y para ello se remiten parte de sus aspectos a la regulación por la ley orgánica constitucional respectiva.

Asimismo, se abre un limitado espacio a una acción pública, para pedir la declaración de inconstitucionalidad sólo una vez declarada la inaplicabilidad por parte del Tribunal. En este caso, se puede proceder a un nuevo examen de admisibilidad de la acción con el objeto de limitar las múltiples acciones sobre asuntos similares. De la misma manera, se mantiene la capacidad del propio Tribunal para proceder de oficio.

¹¹ *Reforma Constitucional*, Editorial Lexis Nexis. “La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional chileno”, páginas 651 y 681, Gastón Gómez Bernal.

La legitimación activa para solicitar la inaplicabilidad de un precepto legal

Por el inciso 12º del nuevo artículo 93 de la Constitución se establecen dos formas de plantear la cuestión de inaplicabilidad, a saber: como una acción interpuesta por una de las partes o como una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el juez que deberá resolver el caso en que podría aplicarse el precepto legal cuya constitucionalidad está en duda.

El nuevo artículo 93 inciso 12º señala:

“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”.

Como bien dicen las nuevas normas constitucionales, la declaración de inaplicabilidad le corresponderá al Tribunal Pleno por la mayoría de sus miembros en ejercicio, y la admisibilidad de este recurso será de competencia de cualquiera de las salas de esta jurisdicción sin ulterior recurso cumpliendo con los siguientes requisitos:

- a) que exista una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial,
- b) que la aplicación del precepto legal impugnado sea decisivo en la resolución del asunto,
- c) que la impugnación esté fundada razonablemente, y
- d) que cumpla con los otros requisitos que al efecto señale la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional.

⁵¹ Artículo 414 del Código Procesal Penal.

⁵² Roles 4902/02, 1509/03, 1510/03, 1512/03, 1513/03, 1514/03, 1564/03, 3328/02, 3329/02, 3588/02, 3813/02, 3814/02, 1713/03, 223/04, 1886/03.

Los efectos de la declaración de inaplicabilidad

A diferencia de las Constituciones anteriores, el texto de la reforma constitucional no establece en forma expresa que los efectos de la declaración de inaplicabilidad serán sólo para “esos casos particulares”, sin embargo ello se desprende claramente de una interpretación armónica del nuevo artículo 93 en sus números 6º y 7º y en su inciso 12º antes transcrito y además de las argumentaciones siguientes:

- a) Sería absurdo pretender que la inaplicabilidad tiene efectos generales cuando expresamente el constituyente trató separadamente en numerales diferentes la resolución sobre la inaplicabilidad y la de inconstitucionalidad de un precepto legal, y sólo refiriéndose a esta última resolución habló de los efectos derogatorios (artículo 94).
- b) Si los efectos de la resolución de inaplicabilidad no fueran particulares, no se entendería por qué el constituyente en el inciso 12º del artículo 93 señala expresamente que el Tribunal debe constatar que “la aplicación del precepto impugnado pueda resultar decisivo en la resolución del asunto”.
- c) No hay que olvidar que estas normas tuvieron su origen histórico en el artículo 80 de la Constitución de 1980, que establecía expresamente el efecto de la inaplicabilidad con efectos particulares y ésta era la institución que se traspasó al tribunal.

Los efectos de la declaración de inaplicabilidad tienen una relación directa con la nueva atribución que la reforma constitucional otorga al Tribunal Constitucional por el numeral 7º del artículo 93, que es declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal eliminándolo del ordenamiento jurídico.

Para ejercer esta atribución, se requiere que previamente el Tribunal Constitucional declare la inaplicabilidad de un precepto legal, por lo que esta posibilidad nace de la declaración de inaplicabilidad y es su consecuencia o efecto.

“El modelo elegido por la reforma está estrechamente vinculado a la inaplicabilidad, ya que sólo una vez declarada la inaplicabilidad de un precepto legal se puede solicitar la inconstitucionalidad del mismo. La inconstitucionalidad es tributaria de la inaplicabilidad y si no hay tal declaración de inaplicabilidad no procede el reclamo de inconstitucionalidad en ninguna de sus modalidades o vías”.¹²

¹² *Reforma Constitucional*. Editorial Lexis Nexis. “La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional chileno”, páginas 651 y 681, Gastón Gómez Bernaldes.

Hay quienes consideran que el procedimiento de inaplicabilidad, sea por acción o por cuestión de constitucionalidad, es un procedimiento prejudicial de la acción de inconstitucionalidad.

Trataremos separadamente la resolución sobre la inconstitucionalidad de un precepto legal, aunque a nuestro juicio es un efecto propio de la declaración de inaplicabilidad.

La declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal

Por el nuevo artículo 93 N° 7º se faculta al Tribunal Constitucional para que por los cuatro quintos de sus miembros en ejercicio declare la inconstitucionalidad de un precepto legal, entendiendo este concepto en un sentido amplio de preceptos originados en el ejercicio de la función legislativa.

El inciso 13º del nuevo artículo 93 señala:

“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”.

Esta resolución del Tribunal Constitucional requiere, como lo analizábamos en el párrafo anterior, de la declaración previa de inaplicabilidad de un precepto legal en su aplicación a un caso concreto.

De esta declaración surge la atribución del Tribunal Constitucional de declarar de oficio inconstitucional ese mismo precepto legal, lo que importa su eliminación del ordenamiento jurídico.

Surge también la posibilidad de intentar la acción pública de inconstitucionalidad que consagra el artículo 93 en su inciso 13º, antes transcrito.

El origen de esta acción estuvo en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado en el primer trámite constitucional de la reforma constitucional aprobada por la Ley 20.050.

En general, los efectos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto legal en el derecho comparado son que éste queda eliminado

del ordenamiento jurídico con efectos generales. Las normas aprobadas por la reforma constitucional tienen la particularidad de mantener la institución de "la inaplicabilidad", que es excepcional en el derecho comparado y además que establecen un camino gradual para alcanzar la declaración de "inconstitucionalidad" que permite la eliminación del precepto cuestionado.

En conformidad con el nuevo artículo 94 inciso tercero el constituyente opta por eliminar el precepto declarado inconstitucional con efectos derogatorios y establece expresamente que la sentencia de inconstitucionalidad no tendrá efectos retroactivos.

El nuevo artículo 94 establece:

"Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido.

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.

En el caso del N° 16º del Artículo 93, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo. No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 82, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.

Las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley, de un decreto con fuerza de ley, de un decreto supremo o auto acordado, en su caso, se publicarán en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación".

En el proceso de la reforma constitucional se debatió sobre el efecto derogatorio y el de la nulidad de la norma declarada inconstitucional. La derogación se diferencia de la nulidad en que se produce al momento de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial y no afecta los derechos adquiridos bajo el amparo de la ley inconstitucional. La nulidad en cambio opera con efecto retroactivo y puede afectar dichos derechos. En conformidad con el nuevo artículo 94 la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal produce la eliminación de la norma del ordenamiento jurídico desde la fecha de publicación de la misma. Este punto tiene una gran importancia, pues de él depende la posibilidad de adquirir y mantener derechos que nacieron al amparo de la ley inconstitucional. Si bien la lógica consecuencia de la declaración

de inconstitucionalidad debería ser la nulidad de las disposiciones legales que contravengan la Constitución, estos efectos pueden ser tan graves al afectar derechos adquiridos que son muchas las jurisdicciones que han optado por el efecto derogatorio.

A nuestro entender, la derogación de la norma que se estima inconstitucional y la expulsión de ella del ordenamiento jurídico, desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial, tiene una ventaja sobre la nulidad, pues sus efectos son más previsibles, lo que incide lógicamente en la seguridad y certeza jurídicas.

Por la reforma constitucional aprobada, los efectos de la declaración de la inconstitucionalidad de un precepto legal son generales, *erga homines* y derogatorios. La sana doctrina es la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma declarada inconstitucional, declaración que debe hacer el Tribunal en pleno.

Conclusión

La reforma constitucional que consagra la posibilidad de eliminar del ordenamiento jurídico la norma declarada inconstitucional es evidentemente beneficiosa para la seguridad y la certeza jurídicas y para la plena aplicación del principio de igualdad jurídica.

Hubiéramos preferido un camino directo para alcanzar estos efectos y no la gradualidad que representa la declaración de inaplicabilidad con efectos particulares.

El ordenamiento jurídico no debería estar supeditado a sentencias sucesivas, pese a lo cual no podemos dejar de reconocer que en materia de seguridad jurídica y de control de constitucionalidad hay un gran avance.

Serán, eso sí, fundamentales para tener una visión más completa de las nuevas instituciones, los siguientes pasos en este camino gradual que ha escogido nuestro constituyente: que se dicte la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, con los nuevos contenidos que le señala la Constitución, en sus artículos 92, 93 y 94, y la jurisprudencia que resulte de la interpretación de las nuevas disposiciones, especialmente respecto del nuevo concepto de la inaplicabilidad que está vinculado a la aplicación a un caso judicial concreto.