

# Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley\*

**Arturo Fernandois Vöhringer**

Profesor de Derecho Constitucional

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

## I. Introducción

Ha cambiado nuestra Constitución. Pero lo ha hecho en una zona poco explorada. Sorprendentemente, hoy es una novedad llamar la atención sobre el cambio radical que trajo la reforma constitucional de 2005 en el juicio mismo de control de constitucionalidad, y no tan solo en el órgano que la ejerce. A dos años de su promulgación, la expectación la acapara el cambio de sede para el recurso de inaplicabilidad—desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional—, pero poca atención se presta a la alteración sustantiva del recurso propiamente tal. Esto es, el cambio en los parámetros intelectuales de apreciación mismos bajo los cuales el juez constitucional emite su sentencia.

En efecto, la Constitución abandonó el control de constitucionalidad meramente abstracto y ha creado un control concreto, radicado en la aplicación de la ley impugnada, y en la posible arbitrariedad que la aplicación arrastra.

Este cambio ha pasado relativamente desapercibido durante estos dos años, desde la entrada en vigencia de la Ley 20.050.<sup>1</sup> Pero se trata de una transformación radical, total, en la forma de concebir el recurso.<sup>2-3</sup>

\* Nota del editor: en este artículo se ha procurado mantener el texto y estilo de la transcripción literal de la presentación del profesor Fernandois en el seminario.

<sup>1</sup> Pocos meses después de esta presentación (4-7-2007), Martínez Estay planteó una tesis análoga a la aquí desarrollada. Véase MARTÍNEZ ESTAY, JOSÉ IGNACIO, "Inaplicabilidad y Control de Aplicación de la Ley", en *La Semana Jurídica*, número 359, p. 3, semana del 3 al 16 de octubre de 2007.

<sup>2</sup> En el extranjero, véase NUNES DE ALMEIDA, LUIS, "El Tribunal Constitucional, y el contenido, vinculatoriedad y efectos de sus decisiones", en *Revista de Estudios Políticos* N°60-61, Madrid, 1988, p. 859. Nunes de Almeida ha sido magistrado del Tribunal Constitucional de Portugal desde 1983 y vicepresidente del mismo desde 1989.

<sup>3</sup> Véase también HARO, JOSÉ VICENTE, "El sentido y alcance del control difuso de la constitucionalidad: ¿control abstracto o control concreto?", en *El derecho público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías* / coord. por Alfredo Arismendi A., Jesús Caballero Ortiz, Vol. 1, 2003 (*Teoría general del derecho. Derecho constitucional*), ISBN 84-470-2091-6, págs. 1003-1014.

El control concreto se centra entonces en las circunstancias de hecho que originan la gestión pendiente, de manera que pueden estas circunstancias de hecho atenuar o agravar la inconstitucionalidad. De consiguiente, a contar de 2005, el control de la constitucionalidad de la norma se vincula indisolublemente con un conflicto real y concreto. A través de esta presentación, voy a explicar la relevancia de esta innovación, y cuáles son sus efectos e implicancias más importantes en la práctica.

Antes de continuar, quiero agradecer en primer lugar a la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, al Instituto Libertad y Desarrollo, y a los profesores del Departamento de Derecho Público de esa casa de estudios que nos han convidado. También a todos ustedes, que están asistiendo en forma inéditamente masiva para tratarse de un tema constitucional. Los felicito por su constancia y perseverancia.

Después de la magistral presentación del presidente del Tribunal Constitucional, profesor José Luis Cea, que nos precedió en este estrado, creo que nuestro rol es más bien el de proponer alguna idea provocativa e interesante; no le llamaría audaz, pero alguna idea nueva en relación a este tema, de suyo interesante, que es el de la **inaplicabilidad y su declaración por el Tribunal Constitucional**.

## **II. La tesis de esta presentación**

En rigor, lo que corresponde proponer para esta presentación es una *tesis*. Y creo que se justifica llamarla tesis, porque estamos frente a un problema, a un cierto vacío cuya solución debe fluir como conclusión interpretativa de ciertas premisas. La exposición anterior del profesor Cea Egaña exhibió los vacíos y desafíos que tiene la declaración de inconstitucionalidad. Bueno, también los tiene la declaración de inaplicabilidad del artículo 93 N° 6 de la Carta.

La tesis que quiero proponer en esta ocasión es entonces la siguiente: *“La inaplicabilidad es un llamado al Tribunal Constitucional para ponderar la arbitrariedad en la aplicación de la norma respectiva”*.

Es decir, quiero proponer que la declaración de inaplicabilidad del artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República, convoca al Tribunal Constitucional para que este, en un control concreto de constitucionalidad, pondere cuán razonablemente se está aplicando la norma respectiva en la gestión pendiente ante otro tribunal y evalúe si de ello se deduce una inconstitucionalidad.

Por lo tanto, a través de esta exposición, intentaré demostrar cómo cambia el sentido del antiguo recurso de inaplicabilidad, desde un control preeminente-

mente abstracto a un control radicalmente distinto, focalizado en la aplicación de la ley.

Refreaseando la tesis, quiero insistir en que el actual artículo 93 N° 6 de la Carta Máxima faculta al Tribunal Constitucional para apreciar, evaluar y enjuiciar la razonabilidad o arbitrariedad con la que la norma legal ha sido aplicada en el caso concreto.

Esta y no otra es la salida que creo que corresponde para enmarcar al recurso de inaplicabilidad o acción de inaplicabilidad.

Para fundar la tesis recién enunciada, me voy a basar en cinco supuestos, que se desarrollan a continuación.

### **1. La Ley 20.050 modificó drásticamente el estatuto constitucional de la Inaplicabilidad.**

Como primer paso, debe constatare lo obvio, esto es, que la reforma constitucional de agosto de 2005 modificó el estatuto de este recurso, en dos sentidos: en cuanto al órgano competente para conocer esta acción, y en cuanto a la causal aplicable.

a) Alteró el órgano competente para conocer de ella.

Lo interesante aquí es verificar por qué se reemplazó al pleno de la Corte Suprema para conocer y resolver la inaplicabilidad.

Históricamente, desde el año 1925, fue la Corte Suprema el tribunal competente y ahora tenemos como tal al Tribunal Constitucional; un órgano crecientemente concentrado, técnico, jurisdiccional, especializado, del más alto nivel.

Este Tribunal, evidentemente, representa un cambio de filosofía en quién es el que debe ejercer este control. Y sus implicancias son que estamos convocando a un análisis más técnico, más profundo. Creemos que la academia, y el mundo jurídico aspira a que el Tribunal Constitucional ingrese en un control más profundo y especializado que el que, en algún minuto, sirvió la propia Corte Suprema.

b) Alteró la causal que permite acoger la inaplicabilidad.

La segunda razón por la cual la modificación es integral, consiste en que la reforma cambia la hipótesis que permite acoger la inaplicabilidad. El antiguo artículo 80 de la Constitución facultaba a 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, declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución.

Esos eran los verbos rectores antes de la reforma: “declarar inaplicable” el precepto legal contrario a la Constitución, “para esos casos particulares”. Se aprecia de inmediato una abstracción en la confrontación ley-Constitución, pero sus efectos se extienden a “casos particulares”. ¿Control concreto? Veremos que no era así.

Hoy, en cambio, y creemos que aquí surgen todas las preguntas y la necesidad de una tesis, la Constitución altera el evento hipotético, puesto que el Tribunal debe resolver por mayoría de sus miembros en ejercicio la inaplicabilidad de todo precepto legal *cuya aplicación*, en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución. Tenemos esta voz “aplicación” convocada para el evento del juzgamiento de la inaplicabilidad.

Sabemos por la historia de la Ley 20.050 que los proyectos de reforma constitucional traían incluso verbos más audaces. Una de las fórmulas rezaba: “*cuya aplicación produzca efectos inconstitucionales*”. Esto –que apuntaba derechamente a los efectos– se modificó a última hora, y se transformó en esta frase “*cuya aplicación, en cualquier gestión, resulte contraria a la Constitución*”.

A continuación, la propia Constitución en su artículo 93 establece los requisitos para la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad y encarga a una ley orgánica que complemente aquello. Pero más que los requisitos, y quiero huir de este tema, corresponde concentrarse en qué consiste el juzgamiento de inaplicabilidad bajo este nuevo tenor.

Entonces, el segundo supuesto con el cual intento probar la tesis es el que se sintetiza en el título siguiente.

## **2. Nuevo estatuto da lugar a un control concreto de constitucionalidad en un sentido distinto del control anterior**

El nuevo estatuto de inaplicabilidad da lugar a un control concreto de constitucionalidad en un sentido distinto del supuesto control concreto anterior, vigente entre 1925 y 2005. Algunos sostienen que el control anterior de la Corte Suprema era concreto, por los efectos *inter partes* de la sentencia de inaplicabilidad. Creemos que el control anterior jamás fue concreto, porque no se nutría de las circunstancias fácticas de la aplicación de la norma. Hay aquí

entonces una confusión entre el juicio concreto y los efectos *inter partes* de la sentencia, que son dos cosas distintas, pero que se transformó en algo una y otra vez confundido durante la tramitación de la reforma.

La propia Corte Suprema negó permanentemente encontrarse ante un control capaz de analizar hechos; por el contrario, el máximo tribunal ordinario afirmó sistemáticamente en sus fallos que la inaplicabilidad exigía un mero contraste abstracto entre la Carta y el precepto legal tachado de inconstitucional. Como dicen Saenger y Bruna, la Corte Suprema afirmó “en repetidas oportunidades” que se trata de un recurso “de naturaleza abstracta y de puro derecho”.<sup>4</sup> Los autores citan, entre otras, la sentencia rol N° 3.260, de 21 de enero de 2004, recurso Pedro Barría, en que la Corte Suprema dijo:

*“Que el recurso de inaplicabilidad es una acción constitucional (...) es indispensable que exista una completa y perfecta contradicción entre una disposición constitucional y una ley ordinaria y para ello debe efectuarse una comparación entre un determinado precepto legal con una disposición precisa de la Carta Fundamental...”*.

En otra sentencia anterior, la Corte había inaugurado esta doctrina, afirmando que el recurso de inaplicabilidad “*presenta una fisonomía estrictamente jurídica o de derecho estricto, lo que importa que para su resolución sólo corresponde efectuar un análisis comparativo entre las disposiciones legales comunes y el precepto o preceptos de la Constitución...*”.<sup>5</sup>

La Corte Suprema de Justicia, tribunal ordinario, concebía este recurso sólo como una comparación abstracta entre normas y jamás nutrida por los hechos de su aplicación.

¿Cómo se prueba entonces el supuesto de un cambio en la clase de control concreto?

a) Texto preciso de la Constitución.

En primer lugar, el texto preciso de la Constitución es el que cambia. Hay un llamado preciso a apreciar a la aplicación del precepto legal. Para constatar esta evolución, tan sólo hay que comparar el antiguo artículo 80, con el actual y vigente artículo 93 número 6.

<sup>4</sup> SENER GIANONI, FERNANDO, y BRUNA CONTRERAS, GUILLERMO, *Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad*, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 150.

<sup>5</sup> CORTE SUPREMA, Inaplicabilidad rol 16.662-1992, Juan Carlos Duhart Arriagada.

b) En segundo lugar, la historia de la Ley 20.050.

Repasando la historia de la ley en cuestión, en los casos que se refirió al recurso de inaplicabilidad u opción de inaplicabilidad, hay una serie de constancias en abono de la tesis del cambio sustantivo en la forma de concebir el juicio de constitucionalidad. Por ejemplo cuando en la sala del Senado, revisando el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, diversos senadores sostienen, con ocasión del desplazamiento de la inaplicabilidad desde la Corte Suprema al Tribunal, que la mencionada Corte se abocaba a situaciones particulares. Esta sería un argumento, planteado por la propia Corte Suprema en su oficio, que aconsejaría mantener el recurso de inaplicabilidad en el pleno de ese tribunal: la Corte estaría acostumbrada a resolver asuntos particulares. Se opuso así la Corte al traslado del recurso al Tribunal Constitucional.

Pero de ello discrepa el senador José Antonio Viera-Gallo, quien recordó que el propio órgano jurisdiccional ordinario hizo constar en sus fallos que la inaplicabilidad era un raciocinio ilógico, de tipo abstracto, con la única finalidad de determinar si la norma cuestionada se ciñe o no al ordenamiento constitucional

Es decir, aquel era la negación del actual control concreto a que nos estamos refiriendo, inaugurado por la reforma constitucional de 2005.

c) El propio Tribunal Constitucional así lo ha entendido.

Estamos aquí empezando a dilucidar los primeros indicios del problema real que tenemos y determinar en qué consiste el control concreto bajo el actual texto de la Carta Fundamental.

Pero creemos firmemente que tanto el texto de la Constitución, como la entrada de la Ley 20.050 y el propio Tribunal (voy a citar una sentencia más adelante, dentro de esta presentación), coinciden en que el nuevo control concreto es un control distinto del control que ejercía la Corte Suprema.

Antes de desarrollar esa premisa, conviene hacer un paréntesis y abocarse al tercer postulado, que sería el siguiente,

### **3. Existe visible incerteza sobre el alcance preciso del nuevo control concreto de constitucionalidad**

Creemos que existe un razonable vacío visible; incerteza llamaría yo.

¿En qué consiste la incerteza?

La incerteza consiste fundamentalmente en comprobar que en el Congreso y en doctrina se tiende a equiparar el control concreto de constitucionalidad, aquel que recae en la sentencia o análisis de inaplicabilidad, a los efectos *inter partes*.

Es decir, sería control concreto aquel cuya sentencia sólo produce efectos *inter partes*, puesto que se aplica al caso determinado. Esto es, la herencia de la Corte Suprema, la herencia del antiguo artículo 80. No obstante, creemos obviamente que esto no es correcto; no puede ser éste el sentido del control concreto.

Veremos que esta forma de entender el control concreto se genera desde los mismos informes despachados por la Corte Suprema al Senado, en las intervenciones de parlamentarios y también en la doctrina.

En cuanto a los Informes de la Corte Suprema al Senado, estos circundan sobre situaciones concretas y efectos de fallos históricos.

En estos documentos, que se registran en la historia de la Ley 20.050, lo que se hace precisamente es discrepar de la idea del constituyente de trasladar la competencia del recurso al Tribunal Constitucional, sosteniendo que es a la Corte Suprema, como máximo Tribunal Ordinario, a la que le corresponde el analizar los efectos de la inconstitucionalidad en situaciones concretas, puesto que se trata de un Tribunal acostumbrado a fallar sobre asuntos concretos y precisos.

Sin embargo, y aquí está la contradicción, sabemos que fallos de los recursos de inaplicabilidad de la Corte Suprema solían comenzar afirmando precisamente lo contrario, y precisando los alcances de la inaplicabilidad, intentando probar que el único rol que le correspondía a la Corte era una comparación abstracta entre la norma impugnada y la Constitución. Así lo sabemos y lo recuerdan los citados Saenger y Bruna en su obra sobre la inaplicabilidad.<sup>6</sup> Y con eso, en el 94% de los casos se rechazaban los recursos, según los estudios del Profesor Gómez.<sup>7</sup>

La incerteza sobre el alcance del control concreto de constitucionalidad fluye también de las intervenciones de los parlamentarios, algunas de las que ya hemos referido, y que suelen ser contradictorias en cuanto no perciben el matiz entre el juzgamiento de la aplicación y los efectos *inter partes* de la sentencia.

<sup>6</sup> SENER GIANONI, FERNANDO, y BRUNA CONTRERAS, GUILLERMO, op. cit., pp. 150-153.

<sup>7</sup> Véase GÓMEZ BERNALFES, GASTÓN, "Funcionamiento de la acción o recurso de inaplicabilidad: crónica de un fracaso", en *Informes de Investigación del Centro de Investigación de la Universidad Diego Portales*, Facultad de Derecho, año 1999, 28 pp.

En la doctrina chilena, la desorientación también es visible. Con esto no estamos levantando ningún cargo ni ninguna acusación contra nadie, ni por omisión siquiera. Simplemente, estamos constatando que no hay una precisión en relación a en qué consiste el control concreto.

Entre nosotros el trabajo más pertinente al que hemos tenido acceso, es el del profesor Humberto Nogueira, titulado "*El control represivo, concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional de Chile*". Es un estudio muy acabado; empero, en él señala sencillamente que el control concreto tiene por objeto inaplicar preceptos legales que, en un caso específico, se consideran inconstitucionales, cautelando sólo los derechos e intereses subjetivos de las personas. Esta sería la única consideración que fundamenta los efectos *inter partes* de una sentencia constitucional.<sup>8</sup>

Es decir, Nogueira subraya que la sentencia se debe dirigir a los derechos e intereses subjetivos y no objetivos. Pero no precisa más allá cuál sería el tipo de razonamiento intelectual necesario para apreciar la inconstitucionalidad en esos derechos subjetivos. No profundiza sobre en qué consiste el considerar intereses objetivos o intereses subjetivos. Si uno revisa la historia del Tribunal Constitucional, como veré unos momentos más adelante, en su control preventivo y teóricamente abstracto, veremos que hay intereses objetivos, pero también subjetivos en sus sentencias. La afirmación usual en doctrina de que el Tribunal, en su control preventivo histórico, sólo cauteló intereses objetivos y abstractos, es temeraria. Los intereses subjetivos alcanzados por la norma impugnada siempre estuvieron vivos, y no pocas veces se hicieron llegar esos intereses subjetivos en escritos de "téngase presente", en ejercicio del art. 19 número 14 de la Constitución, en virtud del derecho de petición, al propio Tribunal. Y el Tribunal tiene la tradición de considerar muy delicadamente estos escritos.<sup>9</sup> Ello es positivo porque toda norma, por abstracta que se piense, siempre tiene "dolientes", destinatarios de sus efectos. Y ello se hace visible, cuanto más específica y particular es la ley.

Por consiguiente, en Chile no tenemos doctrina que realmente se pronuncie sobre estos temas con precisión.

<sup>8</sup> Véase también de 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", en *Ius et Praxis*, 8 (1), 337-370, 2002.

<sup>9</sup> Considérese el fallo rol N° 207, de febrero de 1995, en el caso llamado "Deuda Subordinada". El proyecto de ley fue impugnado por una cuarta parte del Senado, pero además se hicieron llegar escritos, informes y antecedentes por los afectados, peyorativamente denominados en doctrina "intereses subjetivos". Estos antecedentes fueron referidos en la sentencia que acogió el requerimiento.

Veamos en España e Italia. Si se recurre a la doctrina europea, desde Pizzorusso,<sup>10</sup> en Italia, a Nunes de Almeyda en Portugal, o a los autores españoles que han escrito muchísimo sobre el control, y se intenta llegar a la definición de la variante concreta, lo que se encuentra son grandes tratados sobre los requisitos y los efectos de la sentencia, o la cuestión de constitucionalidad, ya sea en Italia, en España, en Alemania o en Portugal. Pero el control concreto en sí, en qué consiste ese juzgamiento, el razonamiento del juez constitucional, una vez más, es bastante pasivo. Nunes de Almeyda, que tiene su gran trabajo desde el año 1988 sobre este tema, tampoco profundiza demasiado en este específico aspecto.<sup>11</sup>

Pasemos a un cuarto supuesto, que es el siguiente:

#### **4. El Tribunal Constitucional de Chile demuestra conocer las características del control concreto, pero aún no aplica una revisión exhaustiva plena bajo este parámetro**

Aquí hay una noticia alentadora: en mi opinión, demuestra conocer el control concreto con precisión. Pero, por diversas razones, entre ellas el escaso tiempo transcurrido desde la reforma, la falta de una ley orgánica completa o la falta de oportunidades, a mi juicio, aún no está en condiciones de aplicarlo, en el entendido que el control concreto es lo que los americanos llaman el "*strict scrutiny test*", o sea, la revisión exhaustiva y precisa de los hechos concretos que determinan la aplicación de una norma.

Creo entonces que, por un lado, el Tribunal conoce lo que es el control concreto más que toda la anterior doctrina y, desde luego, que la Corte Suprema también, pero no ha tenido la oportunidad, las condiciones de ingresar realmente a lo que nosotros entendemos que debe ser el control concreto.

¿Por qué afirmo que el Tribunal conoce lo que es el control concreto?

Porque en diversas sentencias, así lo insinúa.

##### **a) Fallo inaplicabilidad "Arrollo Aguirre, Guillermo", rol 767-07, de 31 de octubre de 2007.**

En esta sentencia el Tribunal hace un recuento sobre la naturaleza del control concreto bajo el nuevo texto de la Carta Fundamental, y precisa sus diferencias con el antiguo recurso de inaplicabilidad.

<sup>10</sup> Véase PIZZORUSSO, ALESSANDRO, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Tomo II, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1984.

<sup>11</sup> NÚÑEZ DE ALMEIDA, LUIS, op. cit., 1988.

El juez constitucional insiste en que ahora se está en presencia de un recurso diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional es la aplicación del precepto legal impugnado, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad.

Por resultar elocuente y provenir del propio Tribunal, reproduciré los considerandos 5° y 6° de este fallo, que acogió el recurso.

**QUINTO** *Que, en resoluciones anteriores, como las contenidas en los roles N° 478, 546, Capítulo I, 473, 517, 535 y 596 este Tribunal ha precisado en sus consideraciones la naturaleza de la actual regulación de la acción de inaplicabilidad y sus diferencias con la prevista en la Carta Fundamental de 1980, destacando especialmente la constatación que, de la simple comparación del texto de la norma actual con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental, se desprende que mientras la Corte Suprema realizaba una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, son los efectos generados por la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto;*

**SEXTO** *Que lo expresado deja de manifiesto que las características y circunstancias del conflicto de que se trate, han adquirido en la actualidad una relevancia mayor de la que se les atribuía antes de 2005, pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en el caso concreto sub lite, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con las disposiciones y principios de la Carta Fundamental.*

De aquí se desprende que el Tribunal tiene conciencia de que su apreciación de constitucionalidad se detona después de confrontar la norma con el caso concreto, una vez que se manifiesten los resultados de su aplicación. El Tribunal además habla de la doble hipótesis: la aplicación eventual del precepto y la eventualidad de sus efectos inconstitucionales. Esto por cuanto debe considerarse que las acciones de inaplicabilidad se pueden presentar respecto de preceptos legales por aplicar, aún no aplicados. Así se deduce de la frase del N° 6 del art. 93 de la Carta: “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;”.

Por lo tanto, en este evento, el cometido de esta Magistratura puede llegar a cumplirse ante una doble situación hipotética: la aplicación futura, por un lado, de la norma y, en segundo lugar, su eventual resultado de inconstitucionalidad.

## b) Fallos roles 505 y 506 de marzo de 2007

En estas sentencias el Tribunal demuestra, a mi juicio, que conoce lo que es el control concreto, en el sentido correcto que hemos venido proponiendo. Voy a tomar estos fallos en materia de derecho de propiedad, los que, por haberme especializado en esas áreas, voy a desmenuzar. Son los casos *Pilmaiquén con Transelec* o *Panguipulli con Transelec*, que envuelven a varias empresas eléctricas, en relación a la aplicación del artículo 3° transitorio de la Ley 19.940, ley que regula, entre otras cosas, el sistema de transmisión de energía eléctrica. Esta es una ley cuyo artículo 3° transitorio dispuso la aplicación *in actum*, de determinados precios de su transmisión para contratos vigentes, modificando los precios pactados contractualmente. Se trabó un litigio en relación a si existía una intangibilidad en los contratos que los haría inexpugnables o bien este artículo debía aplicarse de todas formas. La pugna consistía en determinar si la norma legal era o no inconstitucional al respecto.

El Tribunal Constitucional, a mi juicio, entendió aquí lo que es el control concreto, porque ingresó un análisis preciso y detallado de si estaba o no involucrada la esencia del derecho de propiedad, en forma inédita, como no se había hecho realmente en el pasado. Reconoció expresamente, de paso y por primera vez en nuestra historia judicial, la institución de las expropiaciones regulatorias o *regulatory takings*, de la doctrina constitucional norteamericana. Habíamos escrito sobre este fenómeno, escasamente tratado en Chile.<sup>12</sup>

Recordemos que las grandes sentencias del Tribunal en materia de propiedad, desde *Publicidad Caminera I y II* en 1992 y 1993, *Playas* en 1996, *Rentas Vitalicias* en 2001 o *Impacto Vial* en 2003 –siendo esta última una excepción donde hay un cierto análisis profundo–, en general los fallos del Tribunal no han indagado en los hechos configurativos del conflicto, no han tenido un análisis detallado y preciso del caso concreto. En este caso en cuestión, por ejemplo, el Tribunal hizo una distinción entre los elementos del contrato. El precio sería un elemento de su esencia, pero una alteración cualquiera a la cuantía de ese elemento no implicaría privar de la propiedad al contratante, ni de la facultad de usar los servicios contratados por ese precio. La modificación del precio regula o limita el modo en que la requirente ejerce su derecho de propiedad de usar las instalaciones eléctricas. Pero –afirmó el Tribunal– desde luego ese contratante podría continuar usando esas instalaciones. Se distingue por lo tanto entre precio y el derecho a usar las instalaciones.

<sup>12</sup> FERNANDOIS, ARTURO, "Inaplicabilidad de la ley de monumentos nacionales: hacia el reconocimiento de la expropiación regulatoria en Chile", en *Sentencias Destacadas 2004*, Ed. Libertad y Desarrollo, 2005.

Es aquí donde el Tribunal reconoce la institución de las expropiaciones regulatorias. Indica el Tribunal que una alteración cualquiera del precio que no implique privación de propiedad, no equivale a afirmar que cualquier alteración en el precio no pueda hacerlo. En efecto, si la magnitud de la alteración fuese de tal naturaleza que impidiera la razón de ser del contrato, entonces la titular podría efectivamente sostener que se le ha privado de su propiedad.

Por una parte esta sentencia es un avance, porque el Tribunal está ingresando en marzo de 2007 a la zona más propia del control concreto. Pero mi crítica a ella surge porque se detiene en los prolegómenos y no avanza con la intensidad y detalle necesarios para desentrañar si hay una aplicación verdaderamente inconstitucional de la norma, en ese caso concreto. Esto exige, para una declaración de inaplicabilidad, ponderar las situaciones de hecho concretas, en detalle. En este caso, un control concreto habría sido determinar cuál es el sacrificio patrimonial del contratante a quien se le elevó el precio por el solo ministerio de la ley. Implica evaluar cuál es el monto, la cuantía del sacrificio patrimonial que este cambio regulatorio le produciría al respectivo requirente y si con ello efectivamente puede seguir en el servicio del contrato y ejercer su derecho correlativo de usar las instalaciones de transmisión eléctrica; ponderar si por la elevación legal del precio, por hacersele este tan gravoso y más allá de lo pactado, pierde otros derechos relevantes emanados del contrato (servicio de sus deudas, rentabilidad de sus activos en relación a los pasivos, etcétera). Ahí la ley se transforma en inconstitucional, "para el caso concreto".

En este caso se aprecia que el Tribunal, entendiendo perfectamente el fenómeno que se le presenta, aún no ingresa decididamente al detalle, a la minucia del control concreto. Es decir, no irrumpe en la ponderación precisa de los hechos para determinar si la aplicación de la norma realmente resulta inconstitucional.

Es cierto que para satisfacer un genuino control concreto, las partes deben cambiar radicalmente su filosofía en el tradicional litigio constitucional, formalista y abstracto. Es imposible que el Tribunal se involucre en los hechos de la aplicación, si las partes no proveen de las pruebas y antecedentes necesarios. He aquí el desafío siguiente: el probatorio del litigio constitucional en control concreto.

En las causas roles 505 y 506, los litigantes no acompañaron antecedentes suficientes, no tenemos una ley orgánica que así lo señale, y no hay facultad legal específica para probar; en definitiva no hay posibilidades formales de agregar antecedentes probatorios. Pero en rigor, ese es exactamente el ejercicio que le corresponde al Tribunal para que tenga sentido el artículo 93 número 6. Porque el afirmar que la esencia de un derecho está afectada o no lo está,

es un razonamiento propio del control preventivo abstracto. Pero el afirmar por qué la esencia, en este caso concreto, está afectada, y estoy hablando del derecho de propiedad o cualquier otro derecho, ello pertenece al control concreto, fundado en antecedentes precisos.

Y todo esto significa, y vuelvo a la tesis inicial de esta presentación, que si la esencia está afectada en la aplicación de esa norma, esa aplicación es arbitraria, absurda. Hemos llegado, por tanto, al último postulado para la prueba de nuestra tesis.

### **5. Único sentido posible del control concreto es juzgar la arbitrariedad, aplicando los parámetros del principio de proporcionalidad.**

El control de constitucionalidad, entonces, es indisoluble de los efectos prácticos de la norma y de su aplicación bajo las tres máximas del principio de proporcionalidad.<sup>13</sup> Nosotros sostuvimos esto incluso mientras regía el control abstracto.<sup>14</sup> Ese control abstracto estaría completamente separado y disuelto de las aplicaciones concretas, pero fácilmente se comprueba que nunca fue del todo así. Podemos hablar de muchos casos al respecto, desde la sentencia rol 53, en 1985, la primera y única que ha acogido una inconstitucionalidad por razón de arbitrariedad e infracción a la igualdad, el artículo 19 número 2.<sup>15</sup> Aquella se pronunció sobre el proyecto de Ley Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios, porque contenía una equiparación irrazonable de sanciones similares para hechos distintos. Es decir, por ejemplo, la multa para quien sustraía un lápiz grafito era la misma por vía de pena sustitutiva de aquel que sustraía la urna completa, siendo la pena sustitutiva para ambos, de treinta días de reclusión. Ahí es cuando el Tribunal cita al constitucionalista argentino Linares Quintana,<sup>16</sup> en una técnica literaria que ha repetido permanentemente en sus fallos.

Ya desde esa fecha creo, los efectos concretos de una norma están realmente atados al juicio de constitucionalidad.

Pero pasemos a constatar otros hechos que soportan esta quinta premisa de la tesis.

<sup>13</sup> Nos referimos a las máximas de idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad propiamente tal.

<sup>14</sup> Véase, por ejemplo, FERNANDOIS, ARTURO, "La ausencia de control del mérito en la jurisdicción constitucional: una errada doctrina del caso catalíticos", en *Revista de Derecho* de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XXII, 2001.

<sup>15</sup> Era la única sentencia en julio de 2007. Luego, en noviembre de 2007 el Tribunal Constitucional pronunció la sentencia en la inaplicabilidad "Arroyo Aguirre con Fisco de Chile", Rol N° 767-2007, fundada en la igualdad y no discriminación arbitraria.

<sup>16</sup> LINARES QUINTANA, SEGUNDO, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, tomo IV, p. 263.

a) El Tribunal Constitucional, sin quererlo, ya ha efectuado un control concreto en el pasado.

En otras palabras, aquí cabe demostrar que el Tribunal ya se ha abandonado a la tentación del control concreto, desde antes de la reforma de 2005; que ha efectuado un control abstracto-concreto, juzgando la arbitrariedad en la aplicación de una norma.

Una forma directa de probar esto es recurrir a cierta clase de sentencias emanadas del órgano. Fíjense ustedes que el Tribunal tiene una tradición muy interesante en las sentencias que se han llamado "interpretativas". Es decir, sentencias que, declarando la constitucionalidad de una norma controlada, utilizan la fórmula "*en el entendido que*". Estos fallos son intrínsecamente fácticos, no abstractos, porque descansan en que la interpretación de la norma y por ende su aplicación, se practique en un determinado sentido concreto y no en otro.

Cito algunos como ejemplo:

Un primer caso es que el que hemos llamado de la "*Ley Adecuatoria a la Reforma Procesal Penal del Código Orgánico de Tribunales*", año 2000.<sup>17</sup> Este fallo, en su considerando 19º, indicó que el Tribunal considera que la modificación introducida al artículo 284 del Código Orgánico de Tribunales es constitucional, *en el entendido* que la expresión "juez de letras" para estos efectos, comprende también a los jueces letrados en lo criminal, mientras ejercen sus funciones, como así está previsto en la aplicación gradual y progresiva del nuevo sistema.

En esta sentencia, el Tribunal ata a ciertas condiciones de hecho, su declaración de constitucionalidad.

Otro caso interesante es el de la sentencia "Trasplante de Órganos" (Rol 220-1995) En su considerando 24º, cuando el Tribunal se pronuncia sobre un proyecto que define algo tan sensible como la muerte, y autoriza el trasplante de órganos, afirma que "*este Tribunal declara constitucional la remisión al reglamento a que se refieren los considerandos 21º letra d) y 22º, que era una remisión para ciertos certificados del facultativo que acreditaría la muerte, nada menos, en el entendido de que éste no podrá alterar, condicionar, distorsionar ni disminuir los requisitos mínimos que la ley exige, toda vez que en mérito de ellos, no se declare inconstitucional en toda su integridad*".

<sup>17</sup> Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 404-2000.

Aquí el Tribunal coloca directamente un marco fáctico al certificado del facultativo certificador de la muerte de una persona, única base que permite refrendar la constitucionalidad del proyecto.

Éstos son dos ejemplos de los muchos disponibles, en que sentencias del Tribunal atan a determinada forma de aplicar la norma, su declaración de constitucionalidad.

b) El control concreto es la tendencia irreversible de la Jurisdicción Constitucional Comparada.

Una segunda línea de ideas en abono del control concreto como fiscalización de la arbitrariedad en la aplicación de la ley, es constatar que este es el camino seguido abrumadoramente por la jurisprudencia constitucional comparada.

Algunos ejemplos expongo a continuación.

En Alemania, considérese la sentencia del Tribunal Constitucional Federal, en el caso Monumentos Nacionales (1999).<sup>18</sup> Lo que hace esta sentencia, análogamente a lo que hizo la sentencia de la Corte Suprema de Chile el año 2004 en el fallo "Maullín con Fisco",<sup>19</sup> es ponderar exactamente si la Ley de Monumentos Nacionales priva de las facultades naturales del dominio a quien le toca ser declarado monumento nacional en alguna de sus propiedades. El tribunal alemán hace un análisis preciso y fáctico. Esta, junto a otras numerosas sentencias del Tribunal alemán, han siempre ponderado la aplicación concreta.

En Estados Unidos, el fenómeno de las expropiaciones regulatorias o *regulatory takings*, y su análisis absolutamente fáctico, es un ejercicio diario. Desde el fallo *Pennsylvania Coal Co. vs. Mahon* de 1922,<sup>20</sup> *Penn Central Station v. City of New York*,<sup>21</sup> "*Loreto vs. Teleprompter Manhattan CATV Corp.*" de 1982,<sup>22</sup> y, entre otros más recientes, "*Lucas vs. South Carolina Coastal Council*" de 1992.<sup>23</sup> En todos estos, el Tribunal hace un análisis preciso y concreto ponderando los gravámenes concretos que importa la ley para el titular del dominio, identificando si se detona ahí una arbitrariedad, un exceso o un contrasentido. De aquí han surgido las teorías del valor económico del bien, de las expectativas del retorno de la inversión y de la igualdad ante la carga regulatoria, todos como bienes jurídicos concretos, amparados por la Constitución norteamericana.

<sup>18</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, Sentencia de la Sala Primera de 2 de marzo de 1999, - 1BvL 7/91.

<sup>19</sup> Corte Suprema, Inaplicabilidad, Maullín con Fisco, 18 de Junio de 2004, rol 4309-2002.

<sup>20</sup> 260 U.S. 393, 43 S. Ct. 158, 67 L. Ed. 322 (1922).

<sup>21</sup> 438 U.S. 104, 98 S. Ct. 2646, 57 L. Ed. 2d 631 (1978)

<sup>22</sup> 458 U.S. 419, 102 S. Ct. 3164, 73 L. Ed. 2d 868 (1982)

<sup>23</sup> 505 U.S. 1003, 112 S. Ct. 2886, 120 L. Ed. 2d 798 (1992).

En temas de igualdad, Estados Unidos no se queda atrás en el control concreto. En la última sentencia relevante en materia de igualdad, *Grutter v. Bollinger*, (University of Michigan), de 2003,<sup>24</sup> también consta un análisis preciso de qué significa exactamente la acción afirmativa en los sistemas de admisión universitaria; por qué las preferencias raciales son compatibles con la cláusula de la igualdad y en qué casos y circunstancias concretas de aplicación de estas políticas –administrativas o legales– no lo serían. Ello ocurriría con el uso de cuotas predeterminadas y abandono de la selección personalizada de postulantes.

Similar tendencia se aprecia en casos ante la Corte Suprema norteamericana que envuelven expropiaciones puras y simples, y no tan solo expropiaciones regulatorias. En 2005, la sentencia *Kelo vs. City of New London*,<sup>25</sup> –quizá la más discutida en el último tiempo en Estados Unidos– se refiere a aquella norma que facultó a un municipio a expropiar una propiedad y transferirla a otros privados que implementarían un plan de remodelación. ¡Una expropiación que no transfiere al Estado ni a la ciudad! El expropiante no invoca fines de utilidad pública o utilidad nacional en su sentido estricto, como exige la Constitución chilena. En este fallo, la Corte Suprema de Estados Unidos declaró constitucional aquella normativa, bajo consideraciones tan fácticas como que la aplicación de esta institución generaría mayor empleo y determinados beneficios concretos a la ciudad.<sup>26</sup>

Por último, ¿qué ocurre en Chile en esta materia? Apremiar la arbitrariedad en la aplicación de la ley, ¿es abocarse al mérito? ¿significa arrogarse atribuciones propias de la justicia ordinaria?

Como una forma de concluir, pienso que nuestro llamado al Tribunal para que en la declaración de inaplicabilidad aquel efectúe un análisis preciso y concreto de la aplicación de la norma, cuantificando en lo posible sus efectos con los antecedentes que proveen las partes, no constituye abocarse al mérito político legislativo de la norma ni superponerse a la justicia ordinaria.

Sabemos que el Tribunal no revisa el mérito; no debe hacerlo, nadie lo ha convocado a aquello. Pero eso no significa que toda la justicia constitucional deba basarse en abstracciones puras, ideales, incorpóreas, descontextualizadas. Si así fuere, no tendría sentido el nuevo artículo 93 número 6 de la Carta Fundamental, ni tampoco tendrían sentido instituciones constitucionales tan

<sup>24</sup> 123 U.S. 2325 (2003).

<sup>25</sup> 125 S. Ct. 2655 (2005).

<sup>26</sup> Para una crítica, véase MARCILYNN A. BURKE, much ado about nothing: *Kelo v. City of New London*, *Sweet Home v. Babbitt*, and other tales from the supreme court, en University of Houston, Public Law and Legal Theory Series 2006-W-02.

básicas como los tributos manifiestamente desproporcionados o injustos, la arbitrariedad, la esencia de los derechos.

¿Qué es un tributo manifiestamente desproporcionado o injusto? Es inevitable para el juez un mensuramiento concreto, apuntando a cuáles son las facultades jurídicas y materiales que el impuesto deteriora en el contribuyente. Un peaje caminero de alto valor impide el tránsito de las personas, dependiendo de su condición patrimonial: esta es la clase de antecedente a que la inaplicabilidad debe recurrir. Por otro lado, toda la problemática de la arbitrariedad, la igualdad, la isonomía, es insoluble de las ponderaciones fácticas. Debe mensurarse en base a la aplicación concreta; debe el Tribunal imaginar, como se hizo por el Tribunal en el rol 53, en 1988, para el caso del Proyecto de Ley de Partidos Políticos y su equiparación inconstitucional de multas. Enseguida, ¿cómo determino la afectación de la esencia de un derecho fundamental? Otro ejercicio intelectual insoluble de ciertos antecedentes básicos de tipo fáctico. En rigor el juicio de constitucionalidad no debe arrogarse análisis de mérito, pero debe ingresar a un cierto grado de análisis concreto, fáctico y práctico, so pena de abandonar la función que le ha encomendado la Carta Máxima.

Creo, finalmente, que esta es la única forma de compatibilizar la función del Tribunal con el *principio de responsabilidad del Estado Legislador*. Si se me otorga un minuto, les explico por qué esta última tesis.

La responsabilidad general del Estado por lesiones a las personas está contemplada en el artículo 38, inciso 2° de la Constitución. Pero el Estado no es sólo administrador y juez, sino también legislador. Cuando el legislador, a través de algún error normativo, una ley defectuosa, alguna ley inconstitucional, produce algún daño o lesiona derechos, debe responder. La doctrina ha propuesto que esta responsabilidad se detona, en el ámbito legislativo, cuando la norma es declarada inconstitucional.<sup>27</sup> El antecedente para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado legislador sería la declaración de inconstitucionalidad de una ley que, vulnerando el Estado de Derecho, produce lesión.

En consecuencia, la única forma viable de hacer efectiva la responsabilidad del Estado legislador es obteniendo que el Tribunal ingrese a un análisis concreto y declare la inconstitucionalidad con esta técnica que he propuesto. Dicho de otra forma, jamás podríamos hacer efectiva la responsabilidad del Estado legislador, si el Tribunal declara constitucional la norma, pretendiendo dejar salvas las acciones del afectado para que éste demande la indemnización respectiva. La constitucionalidad de la ley saneará completamente toda responsabilidad

<sup>27</sup> De esta idea es ZÚNIGA URBINA, FRANCISCO, en *Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador*, Santiago, LexisNexis, 2005.

estatal en la materia. Nunca un juez chileno va a acoger una indemnización si la norma está refrendada en su constitucionalidad. Por lo tanto, hay aquí una razón más para que Tribunal proceda a declarar, cuando corresponda, la inconstitucionalidad en un análisis concreto.

Finalmente, les transmito una pequeña infidencia sobre una causa que ilustra el problema del control concreto de constitucionalidad; creo que estoy autorizado, atendido que se trata de un encargo *pro bono* que nos ha tocado asumir. Hay una causa de inaplicabilidad pendiente en el Tribunal que exhibe un particular interés, porque afecta a todos nosotros, los abogados. Es la solicitud de inaplicabilidad del artículo 598 del Código Orgánico de Tribunales, que impone la obligación a todos los abogados de servir gratuitamente en las causas que el juez y la Corte de Apelaciones respectiva ordenen. Se cuestiona, en definitiva, la ley del "turno", existente únicamente para los abogados, y que proviene desde 1875, época de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales. Si se lee y pondera objetivamente esta carga pública en abstracto, ya nos resulta injusta, inconstitucional. Pero supongamos que nos parezca correcta. Ocurre que, en concreto, está acarreado numerosas situaciones que repugnan a la igualdad.

Es el caso de aquella joven madre que por tercera vez le asignan el turno, fuera de la ciudad en que vive, pero dentro de la jurisdicción de la Corte. Debe viajar diariamente. La madre se encuentra en plena lactancia, precisamente de su tercer hijo. El presidente de la Corte de Apelaciones rechaza todos los reclamos que ella eleva. La aplicación de esa norma, evidentemente, es arbitraria. Pugna con otros valores constitucionales: con la maternidad, con la familia, con la racionalidad. Y ocurre que la Corte de Apelaciones declaró inadmisibles el recurso de protección, de forma tal que resulta imposible trabar gestión pendiente alguna que nos permita presentar el caso en el Tribunal.

Evidentemente esta norma, en abstracto, podría resultar tolerable para algunos, aunque a mi juicio sirve a filosofías pretéritas, desterradas hoy de la Carta Fundamental. Pero aun así, lo que hace más grave a la norma es su aplicación concreta y práctica en casos como el mencionado; y creo que a juzgar eso está llamado el Tribunal Constitucional.

Espero con estas reflexiones haber motivado la discusión de ustedes sobre estos novedosos tópicos. Agradezco nuevamente al Instituto Libertad y Desarrollo y su investigador José Francisco García, a la Universidad del Desarrollo y al profesor José Manuel Díaz de Valdés todos por haberme invitado a esta grata jornada.