

La Declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto. Una especie de nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos¹

Sergio Verdugo Ramírez

Profesor Ayudante de Derecho Constitucional

Profesor del Taller de Debates

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Introducción

La Ley de Reforma Constitucional, N° 20.050, de 2005, otorgó al Tribunal Constitucional la facultad inédita en nuestro sistema de eliminar con efectos generales aquellos preceptos legales vigentes que fueren contrarios a la Constitución, siempre que dichos preceptos hubieren sido declarados inaplicables por el propio Tribunal en una sentencia anterior. Ello significó privar a la Corte Suprema de la facultad que el primitivo Art. 80, de la Carta Fundamental, disponía al efecto.

La reforma constitucional observó el principio de concentración de la Justicia Constitucional reuniendo en un órgano estatal la facultad de velar porque los preceptos legales respeten la Constitución, sin perjuicio de los demás mecanismos no concentrados que establece nuestro sistema constitucional. La concentración tiende a evitar la disparidad de criterios en la interpretación de la Carta Fundamental, fortaleciendo con ello la igualdad jurídica en la aplicación de los preceptos constitucionales, el principio de supremacía constitucional, la certeza jurídica, y la especialización judicial en materia constitucional.

¹ Este artículo es producto de la tesis que realicé para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas, la que se encuentra disponible desde abril de 2008 en la biblioteca de la Universidad del Desarrollo, sede Santiago. En este artículo fueron excluidas ciertas materias que son objeto de estudio en la tesis de grado que dio origen a este trabajo. Así, no se analizan las siguientes materias: la declaración de inaplicabilidad previa como requisito de la declaración de inconstitucionalidad y las diferencias entre el control concreto y el control abstracto; las críticas a la mayoría exigida para dictar la sentencia derogatoria; algunos comentarios relativos a la ley orgánica constitucional que se encuentra en plena tramitación; las diferencias existentes entre la nulidad de los actos administrativos, la nulidad procesal, y la nulidad de la ley; la procedencia de la sentencia por vicios tanto en la forma como en el fondo; la discusión acerca de la procedencia o improcedencia de un recurso que impugne la sentencia derogatoria ante la Corte Interamericana de Justicia; la discusión existente en cuanto a la presunción de constitucionalidad de la ley; los efectos especiales de la sentencia derogatoria en materia penal; la discusión acerca de si la sentencia derogatoria procede o no en contra de un tratado internacional.

Hoy, el Tribunal Constitucional no se limita a controlar la constitucionalidad de las leyes de forma preventiva -antes de que sean promulgados-, sino que también lo hace de manera represiva, esto es, una vez que éstas pasan a formar parte del sistema jurídico legal. Así, el Tribunal goza tanto de facultades preventivas (o “a priori”, o “ex-ante”) como de atribuciones de control represivas (o “a posteriori”, o “ex-post”). Estas últimas, pueden ser “en concreto”, mediante el procedimiento incidental de inaplicabilidad, o “en abstracto”, mediante la sentencia derogatoria del precepto impugnado, la que procede con efectos generales.

El primero de los casos constituye una inconstitucionalidad en “la aplicación” de la ley (Art. 93, N° 6, de la Carta), mientras que el segundo se refiere a una contradicción abstracta entre la norma legal y la constitucional (Art. 93, N° 7, de la Constitución). Así, el control en abstracto culmina con la expulsión del precepto impugnado del sistema de Estado de Derecho que nuestra Carta Fundamental establece.²

Esta atribución es propia del clásico modelo kelseniano. Con ella se da lugar al tradicional concepto de “legislador negativo” introducido por el propio Hans Kelsen al redactar la Constitución Austríaca. Lo anterior se traduce en aquella función encargada de expulsar las normas legales que el “legislador positivo” (Congreso Nacional y Presidente de la República, en nuestro sistema) ha insertado al ordenamiento jurídico contrariando la supremacía de la Constitución.³ De esta manera, existen en nuestro sistema de Derecho dos formas de derogar una ley vigente: a través de un acto legislativo de manera tácita o expresa, o a través de un acto jurisdiccional de forma siempre expresa. Con ello, la sentencia del “legislador negativo” constituye una excepción al efecto relativo de los actos de jurisdicción (Art. 3, del Código Civil), convirtiéndose en una

² Juan Colombo Campbell, Ministro del Tribunal Constitucional, ha señalado que “hemos llegado a la conclusión de que si el legislador distinguió entre la inaplicabilidad de la ley por inconstitucionalidad y su inconstitucionalidad pura, es porque hay un control concreto en el caso de la inaplicabilidad y un control abstracto en el caso de la inconstitucionalidad”. COLOMBO CAMPBELL (2007) entrevista publicada en Revista La Semana Jurídica, N° 365, p. 4.

³ Véase KELSEN, Hans, “Quién debe ser el defensor de la Constitución”, Ed. Tecnos, 2ª ed. 1999, Madrid. Por otra parte, debe recordarse que no porque el autor citado haya denominado al Tribunal Constitucional como un “legislador negativo”, resulta válido asumir que éste goza de potestad legislativa. Ello es un error de lenguaje importante de distinguir. En efecto, lo anterior responde a una tesis relativa a la naturaleza política-jurídica de los Tribunales Constitucionales, la que confunde los conceptos de nulidad con derogación. En efecto, Kelsen señala que “Anular la ley significa poner una norma general, ya que tal anulación (por sus efectos erga omnes) tiene el mismo carácter de generalidad que la producción de la ley, siendo, por así decirlo, una producción de signo negativo, y por tanto una función legislativa. Es un tribunal que tiene poder de anular las leyes y, en consecuencia, órgano del poder legislativo”. KELSEN, Hans (1981 b), “La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La Giustizia Costituzionale)”, publicado originalmente en francés en 1928, en *Rev. Dr. Publ. Et. Sc. Pol.*, p. 172-173. Citado por PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos (2006) p. 228. Véase, además, p. 227, y 229-231, del mismo libro.

verdadera fuente formal y directa del Derecho. Es un precedente obligatorio con verdadera fuerza de ley.

Antes de la entrada en vigencia de la reforma constitucional, el sistema de control de constitucionalidad sólo contenía un mecanismo de control concreto, por lo que se impedía la eliminación definitiva de las normas legales inconstitucionales. De esta manera, el primitivo sistema permitía la perpetuación de preceptos legales contrarios a la Carta Fundamental, lo que resultaba una situación jurídica y política inaceptable para un Estado de Derecho.⁴ El único facultado para privar de efectos a dichas normas con efectos absolutos era el propio legislador.

Como se verá, y no obstante la desaparición definitiva del precepto inconstitucional, la sentencia derogatoria reconoce que la norma expulsada tuvo una validez provisoria dentro del sistema de Derecho. Las normas inconstitucionales nacen con un vicio que corresponde declarar sólo al Tribunal Constitucional y mientras la sentencia derogatoria no sea publicada en el Diario Oficial, la norma viciosa gozará de una verdadera presunción de constitucionalidad.

La idea de establecer en nuestro sistema constitucional un control represivo de la ley con efectos generales no es nueva. En efecto, la Comisión de Estudios de la Constitución de 1980 discutió la posibilidad de introducir una suerte de inaplicabilidad con efectos absolutos, lo que fue rechazado por la Junta de Gobierno.⁵ Las mociones que originaron la reforma constitucional de la Ley 20.050, traspasaron el recurso de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional y dispusieron que luego de tres fallos uniformes que declararan la inaplicabilidad de un mismo precepto legal, se podría declarar la inconstitucionalidad con efectos generales.⁶

⁴ Como advierte Gastón Gómez, "el modelo de jurisdicción constitucional vigente hasta esta reforma preveía que un precepto o ley inconstitucional estaría vigente hasta que quien lo dictó –el poder legislativo– lo derogara. Incluso, podría dudarse que la frase 'ley inconstitucional' tuviera en nuestro sistema algún sentido, que no sea académico". GÓMEZ BERNALES, Gastón (2005) p. 680.

⁵ La Subcomisión de Justicia había propuesto que "Después de tres fallos, en un mismo sentido, acogiendo el recurso, la inaplicabilidad producirá efectos generales." Citado por NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2006) p. 65. Luego, se propuso radicar el control represivo con efectos generales en el Tribunal Constitucional, el que debía declarar la inconstitucionalidad de una ley luego de que la Corte Suprema le requiera el pronunciamiento cuando haya declarado inaplicable por tres fallos uniformes un mismo precepto legal. El Consejo de Estado modificó dicha atribución y la radicó en la Corte Suprema la facultad para declarar la inconstitucionalidad luego de tres fallos. Finalmente, la Junta de Gobierno decidió eliminar dicha atribución, dejando sólo el control concreto (p. 66).

⁶ I Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. Es importante hacer presente la existencia de otras mociones anteriores que introducían reformas similares al Tribunal Constitucional, las que hoy pierden toda vigencia. Entre ellas, las del senador ERRÁZURIZ TALAVERA, Francisco Javier (1994): moción parlamentaria que propone proyecto de reforma constitucional sobre atribuciones del Tribunal Constitucional, boletín N° 1454-07; y la moción parlamentaria que propone proyecto de reforma constitucional sobre la derogación de preceptos legales declarados inaplicables por la Corte Suprema, boletín N° 1455-07. Ambas disponibles en www.senado.cl.

Luego, la Cámara de Diputados –en segundo trámite constitucional- eliminó el requisito de los tres fallos previos de inaplicabilidad y se dispuso que bastaba sólo uno, siendo esta última la idea que primó finalmente.⁷

El nuevo sistema de control represivo no ha estado exento de críticas. En efecto, muchas discusiones han tenido lugar y otras aparecerán en el futuro debido a la falta de una completa precisión constitucional, especialmente en la regulación de las consecuencias jurídicas del ejercicio del control constitucional en abstracto, y a la ausencia de comunicación existente entre el nuevo mecanismo de control y los procesos que se llevan a cabo en los tribunales de justicia. Además, y pese a que será objeto de análisis en este trabajo, el proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional aun no entra en vigencia.

Con el objeto de dar respuesta a dichos conflictos resulta necesario aclarar la verdadera naturaleza jurídica de la atribución en estudio, para desde allí elaborar una teoría relativa a sus efectos. A mi modo de ver, la sentencia derogatoria es un mecanismo de nulidad de derecho público con efectos atenuados. Sobre esta premisa, demostraré que existe la posibilidad de solucionar dichos problemas sin la necesidad de que se realicen nuevas reformas a la Carta Fundamental.

II. Naturaleza jurídica de la declaración de inconstitucionalidad en abstracto

El inc. 3º, del Art. 94, de la Constitución, dispone que el precepto legal inconstitucional “se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”,⁸ por lo que debe analizarse si la sentencia derogatoria es, en realidad, una derogación. Fácil resultaría sostener que esta norma constitucional asimila la derogación como acto legislativo a la sentencia derogatoria como acto jurisdiccional. De esta manera podría incluso llegar a afirmarse que ambas gozan de la misma fuerza jurídica, siendo actos idénticos al menos en sus efectos. Así, del tenor

⁷ Véase NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2006) p. 67-68. Por otra parte, la profesora Luz Bulnes rechaza la primera propuesta parlamentaria. Véanse sus argumentos en BULNES ALDUNATE, Luz (2004) p. 186. En el mismo sentido se pronuncia VIERA GALLO, José Antonio (1998) p. 342-343.

⁸ Como se estudiará en su oportunidad, el precepto en estudio constituye lo que la doctrina constitucional denomina como “efecto ex nunc”, por el cual la sentencia sólo produce consecuencias jurídicas para lo futuro. “Produce efectos desde el pronunciamiento y notificación o publicación del fallo hacia el futuro, no afectando las situaciones anteriores producidas al amparo de dicha norma”. Se opone a este tipo de efecto, el “efecto ex tunc”, por el cual se elimina la norma “con efecto retroactivo, considerando que el mismo nunca ha existido; ello es consecuencia de la supremacía constitucional y los efectos de la nulidad de derecho público que es originaria e insalvable”. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005) p. 437 y 438.

literal de la norma citada podría llegar a decirse que la sentencia derogatoria es una derogación, siendo esta su verdadera naturaleza.

A mi juicio, la afirmación anterior es errónea.

Nuestro ordenamiento constitucional no trata la derogación de las leyes dentro del articulado de la Carta Fundamental. Lo hace el Código Civil en sus Arts. 52 y 53. Para Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, la derogación es “la cesación de la eficacia de una ley en virtud de la disposición o disposiciones de otra ley posterior. Importa privar a la primera de su fuerza obligatoria, reemplazando o no sus disposiciones por otras”.⁹ Asimismo el Profesor Carlos Ducci Claro entiende por derogación a aquella “supresión de la fuerza obligatoria de una disposición legal, ya sea por su reemplazo por otra o por su simple eliminación. La derogación de la ley corresponde al legislador. Quien tiene la facultad para dictar las leyes tiene también la facultad de dejarlas sin efecto, no así los otros poderes del Estado”.¹⁰ Como elemento común de todos los conceptos citados y de la norma mencionada del Código Civil, puede decirse que la derogación consiste en un acto legislativo que tiene por objeto directo o indirecto producir la privación de la vigencia de un precepto legal anterior, ya sea de manera tácita o expresa, ya sea de manera parcial o total.

Aunque pueda resultar algo paradójal, la sentencia derogatoria no constituye un caso de derogación de las leyes, por las razones que siguen:

a) De acuerdo a los conceptos citados la derogación es, en esencia, un acto legislativo. Ello se encuentra ratificado por el Art. 52, del Código Civil el que, al hacer referencia a la “ley nueva” y la “ley anterior”, no reconoce otra forma de derogación que no sea la legislativa.¹¹ Por consiguiente, si se afirmara que el Tribunal Constitucional tiene la facultad para derogar los preceptos legales, entonces se estaría dando a entender que éste forma parte de la Función Legislativa del Estado, en conjunto con el Presidente de la República y el Congreso Nacional. Ello es del todo absurdo. El Tribunal Constitucional no forma parte de la Función Legislativa ya que ella corresponde exclusivamente a los

⁹ ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 190.

¹⁰ DUCCI CLARO, Carlos (2005) p. 65. En la misma línea de los autores citados, para Antonio Vodanovic la derogación es “la cesación de la existencia de la ley toda o de una parte de ella por mandato expreso o tácito de otra posterior. La ley derogada puede ser o no reemplazada por otra”. VODANOVIC H., Antonio (2004) p. 124.

¹¹ En esta misma línea, Arturo Alessandri y Manuel Somarriva nos enseñan que “Lo que caracteriza esencialmente a la derogación expresa es la mención que hace el legislador de las leyes que deroga (...). La derogación tácita se funda en que, existiendo dos leyes contradictorias de diversas épocas, debe entenderse que la segunda ha sido dictada por el legislador con el propósito de modificar o corregir la primera.” ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 191-192.

órganos señalados por la Constitución. Una interpretación distinta llevaría a romper el principio de distribución de las funciones estatales de acuerdo al antiguo y elemental criterio de separación de los órganos públicos elaborado por Montesquieu en “El Espíritu de las Leyes”. El principio citado, pilar en las democracias constitucionales modernas, tiene por objeto garantizar los derechos de las personas frente a la autoridad evitando el abuso o desviación del poder mediante la distribución de las funciones en instituciones diferentes. Este fundamental principio es reconocido por nuestra Constitución Política y por el propio Tribunal Constitucional.¹²

b) Sostener que el Tribunal Constitucional es un ente legislativo, implica vulnerar el Art. 7, de la Constitución, por el cual ninguna magistratura puede atribuirse otra autoridad que los que expresamente se les hayan conferido por la Constitución y la ley. Pues bien, las competencias del legislador se encuentran establecidas en el Art. 63, de la Carta Fundamental, y las competencias del Tribunal Constitucional están señaladas en el Art. 93.¹³

c) Por otra parte, el Art. 94, de la Carta Fundamental, dispone que el precepto legal impugnado de inconstitucional “se entenderá derogado”. En consecuencia, no se trata de una derogación propiamente tal, sino más bien de una sentencia que produce efectos derogatorios. Si el constituyente hubiese querido otorgarle a la sentencia una naturaleza derogatoria habría señalado derechamente que el precepto inconstitucional “quedará derogado”, fórmula que no utilizó.

d) Por todo lo señalado -y como indica el concepto del Profesor Ducci- se aplica el principio de que en Derecho las cosas se deshacen de la misma manera en que se hacen. Así, el legislador puede derogar su ley, el Constituyente derivado puede modificar la Constitución, y los contratantes pueden dejar sin efecto la convención, pero los Tribunales no pueden derogar las leyes, modificar la Constitución, o dejar sin efecto los contratos válidamente celebrados, ya que se estarían excediendo de sus competencias. Si la ley es un acto del legislador entonces la derogación es también un acto legislativo. En consecuencia, la sentencia de inconstitucionalidad es un acto judicial con consecuencias derogatorias.

e) La atribución del Art. 93, N° 7, de la Constitución, le permite al Tribunal Constitucional eliminar un precepto legal por adolecer de un vicio de incons-

¹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Sentencia rol N° 681-2006, consid. 7°.

¹³ El Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional por esencia y, por consiguiente, no puede desempeñar funciones legislativas. Así, la Constitución determina quiénes son los órganos legislativos del Estado en sus Arts. 32, N° 1, y 46, y nada dice respecto del Tribunal.

titucionalidad originario para dicho precepto. Luego, la causa que permite la declaración de inconstitucionalidad es anterior a la sentencia derogatoria, en circunstancias que la derogación tiene su causa en el acto legislativo posterior.¹⁴

f) El acto legislativo es un acto espontáneo del legislador que sigue el procedimiento de formación de la ley. Así, la iniciativa de la derogación recae en el Presidente de la República o en los parlamentarios. Por el contrario, la sentencia derogatoria no es un acto espontáneo, sino el ejercicio de una atribución jurisdiccional que se ejerce debido a una acción pública que la pone en movimiento, o a raíz de un procedimiento seguido por el propio Tribunal Constitucional de oficio. Si la intervención del Tribunal Constitucional fue requerida en la forma prescrita por el ordenamiento jurídico, y lo solicitado se encuentra dentro de su competencia, entonces el Tribunal tiene la obligación de ejercer su jurisdicción en conformidad con el principio de inexcusabilidad, dispuesto en el inc. 2º, del Art. 3, de la Ley Orgánica Constitucional del propio Tribunal.

g) La derogación de una ley puede ser tácita o expresa, mientras que la sentencia derogatoria sólo puede ser expresa. El Tribunal Constitucional debe señalar con exactitud cuál el precepto legal que declara inconstitucional.

h) Uno de los efectos de la derogación radica en que la norma derogada puede volver a insertarse en el ordenamiento jurídico mediante un acto legislativo expreso. Por otra parte, el precepto legal declarado inconstitucional no puede volver a insertarse al ordenamiento jurídico ni siquiera a través de una nueva ley, salvo que se modifique la Carta Fundamental. La sentencia derogatoria da certeza jurídica de una inconstitucionalidad insanable.

Resulta evidente que -a raíz de lo expuesto- la naturaleza de la declaración de inconstitucionalidad no es la de ser una derogación de las leyes. En realidad, la sentencia derogatoria es un acto de nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos.

¹⁴ Resulta ilustrativo recordar la diferencia entre la nulidad de derecho privado con la resciliación. En la primera, el acto queda privado de sus efectos debido a una declaración judicial que reconoce los vicios de que adolece dicho acto, en conformidad con los Arts. 1681 y ss. del Código Civil. En cambio, en la resciliación son los propios contratantes o autores los que deciden dejar sin efecto el acto por causa de una convención posterior, en virtud de lo dispuesto en el inc. 1º, del Art. 1567, del mismo cuerpo legal. En el caso de la resciliación, no obstante que la ley señala que las partes interesadas "consienten en darla por nula", hay acuerdo entre los autores del Derecho Civil a que es un acto diferente a la nulidad ya que se trata de una convención que elimina un acto anterior válido. La nulidad, por el contrario, expulsa del ordenamiento jurídico a un acto que nació inválido, con un vicio que le otorgaba una validez sólo provisoria, susceptible de ser eliminado por la judicatura. Ambas instituciones jurídicas pueden operar como modo de extinguir las obligaciones.

¿Puede la ley ser declarada nula de conformidad a lo dispuesto en el Art. 7, inc. 3, de la Carta Fundamental? Se trata de determinar la sanción de una ley contraria a los preceptos constitucionales, ya que ésta es un acto contrario al principio de juridicidad y, por consiguiente, debe ser expulsada del mismo.

La nulidad de Derecho Público es una sanción constitucional relativa a aquella consecuencia jurídica producida por la vulneración de los presupuestos de validez de los actos estatales (Art. 7, de la Constitución), la que se traduce en la abolición de dicho acto y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico con efectos generalmente retroactivos. En materia de actos administrativos, se discute la posibilidad de que dicha nulidad opere de pleno derecho. Constituyendo una excepción a la regla general, la Nulidad de la ley no opera de pleno derecho, ni tampoco puede operar con efecto retroactivo, sin perjuicio de que el vicio sea insanable y su acción imprescriptible, como se verá.

El Art. 7 regula las condiciones que prescribe la propia Carta Fundamental para que los actos estatales se inserten válidamente al ordenamiento jurídico.¹⁵ El precepto en cuestión no distingue a qué órganos del Estado se aplica esta norma por lo que no cabe excluir al Poder Legislativo del mismo. Así, se aplica el conocido aforismo jurídico por el cual donde no distingue el Constituyente, tampoco corresponde distinguir al intérprete. Una interpretación contraria importaría restringir de manera caprichosa y arbitraria el texto de la norma constitucional y dejarla como una norma programática incumplida, a lo menos parcialmente. A mayor abundamiento, cabe señalar el hecho de que dicho precepto se encuentre ubicado en el Capítulo I de la Constitución, relativo a las Bases de la Institucionalidad, por lo que el mismo tiene una aplicación general, no correspondiendo al intérprete restringirla. El inc. 3º, de la citada disposición, establece que "Todo acto en contravención a este artículo es nulo (...)". Por consiguiente, si el Poder Legislativo dicta un acto estatal (ley) contraviniendo los presupuestos de validez que establece el inc. 1º, entonces dicha ley es nula de nulidad de Derecho Público.

El legislador contraviene los requisitos del Art. 7, en los siguientes casos: 1. Si dicta una ley sin estar investido regularmente; 2 Si actúa fuera de su esfera expresa de atribuciones (no respetando su competencia);¹⁶ y, 3. Si infringe las

¹⁵ También es importante precisar lo que dispone el Art. 6, especialmente si inc. 1º, de la Constitución, el que expresa que: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella (...)". Por consiguiente, si las normas no han sido dictadas en conformidad con la Constitución, entonces los órganos del Estado no deben someter su acción a ellas. Asimismo, el inc. 2º, dispone que "Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo". Lo anterior, por supuesto, no excluye al Legislador, quien resulta obligado por los preceptos de la Constitución.

¹⁶ En materia del Poder Legislativo, las competencias están determinadas mediante el dominio máximo legal. Las materias de ley se encuentran enumeradas en el Art. 63, de la Constitución Política, el que se remite a muchas otras disposiciones expresamente establecidas.

disposiciones relativas al proceso de formación de la ley, las que se encuentran reguladas en la propia Constitución.

El legislador se ha excedido de la órbita de competencias que la propia Carta Fundamental le otorga, dictando una norma legal contraria a la Constitución que escapa al campo legislativo determinado constitucionalmente. Dicho precepto legal inconstitucional está ilícitamente destinado a modificar la Carta Fundamental o a excepcionarse. En ambos casos, el único camino correcto desde una perspectiva legislativa, es el de reformar la Constitución y no el de atribuirse competencias que no se le han atribuido.¹⁷

En un sentido contrario, Jorge Reyes Riveros argumenta (en relación al primitivo Art. 80, de la Constitución, que consagraba la declaración de inaplicabilidad de competencia de la Corte Suprema) que la ley no puede ser declarada nula de Derecho Público debido a que existe un mecanismo constitucional para declarar su inaplicabilidad. La nulidad tiene como principal efecto hacer desaparecer la norma declarada nula, en circunstancias que la declaración de inaplicabilidad deja subsistente la norma contraria a la Carta Fundamental.¹⁸

Bajo el sistema de control constitucional actual, sostener lo anterior es un profundo error. La nulidad de Derecho Público se encuentra establecida para cualquier acto estatal sin distinciones de ningún tipo. La discusión sólo puede incidir en la manera en que dicha nulidad debe ser declarada. Estoy conteste en el sentido de que la inaplicabilidad no es una forma de nulidad debido a sus efectos particulares, lo que no obsta a la nulidad de efectos generales. Si Jorge

¹⁷ Esta tesis no es nueva en la doctrina. Aunque sin mayor profundidad y antes de que entrara en vigencia la reforma constitucional correspondiente, la posibilidad de que la ley fuera nula de nulidad de Derecho Público ya había sido sostenida por SOTO KLOSS, Eduardo (1996) p. 179; y por MARTINEZ ESTAY, José Ignacio (2003). Aunque de manera algo tímida, esta tesis también ha sido recogida por el Tribunal Constitucional, el que ha sostenido que “La norma constitucional es la de mayor rango y jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico; ninguna otra norma jurídica puede disponer algo que la contravenga; cualquier transgresión a este principio vicia de nulidad a la norma que contenga la infracción”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1996) Sentencia rol N° 231-1996. Por otra parte, Alejandro Silva Bascuñán reconocía antes de la reforma de la Ley 20.050, una forma parcelada de nulidad: “Desde luego, en el campo del Poder Legislativo, la Constitución señala minuciosamente el régimen que condiciona el ejercicio de esa función (...). En la hipótesis de la ocurrencia de una irregularidad formal en el proceso de gestación de la ley, la nulidad de derecho público, dispuesta en el art. 7°, alcanza su plena aplicación (...). Dichos tribunales podrán establecer la existencia o inexistencia de irregularidades y, por lo tanto, acoger o desechar la acción deducida (se refiere a la acción de Nulidad de Derecho Público). Promulgada y publicada una ley, ahora en la hipótesis de que contenga su sustancia un precepto incompatible con la Ley Fundamental, desde 1925 en nuestro país únicamente la Corte Suprema tiene la atribución —reconocida según el art. 80 de la actual Carta— (lo que hoy corresponde al Tribunal Constitucional) de declarar, exclusivamente para la gestión de que se trate, que un determinado precepto con jerarquía de ley es inaplicable.” SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997) p. 155-156.

¹⁸ REYES RIVEROS, Jorge (1998), p. 29. En este mismo sentido véase PICA FLORES, Rodrigo y BILICIC CERDA, Tomislav (Noviembre de 2007) p. 2-4. Los autores citados sustentan su posición en los efectos futuros de la declaración de inconstitucionalidad.

Reyes estuviera en lo cierto, entonces el Art. 7, de la Constitución, sería una norma programática incumplida -a lo menos parcialmente- ya que su aplicación no podría ser total, lo que repugna con el Art. 6, de la Constitución.

En realidad, la nulidad de Derecho Público de la ley existe y puede ser declarada. El mecanismo para ello se encuentra establecido en el Art. 93, N° 7, de la Constitución. La propia historia de la reforma constitucional de la Ley 20.050, dispone aquello.¹⁹

Existen, por consiguiente, tres clases de nulidad de Derecho Público (cada una referida a una función estatal diferente), y todas encuentran su fuente en el Art. 7, de la Constitución. En primer lugar encontramos la nulidad de los actos administrativos, sanción jurídica que no obstante no estar regulada con detalle por nuestro ordenamiento jurídico, ha sido ampliamente desarrollada por los autores y por la jurisprudencia. En segundo lugar encontramos la nulidad de las resoluciones judiciales. Esta materia ha sido ampliamente discutida por la doctrina. La jurisprudencia se ha uniformado en el sentido de que la nulidad genérica del Art. 7, de la Constitución, no tiene aplicación debido a la existencia de medios de impugnación de las resoluciones establecidos por la ley procesal. De lo contrario se estaría vulnerando el principio de no avocabilidad, del Art. 76, inc. 1°, de la Constitución, abriendo la puerta a revivir procesos fenecidos y atentando en contra de la cosa juzgada.²⁰ No obstante ello, la nulidad de Derecho Público sí tiene aplicación. Lo que sucede es que sus efectos y los mecanismos para declararla se encuentran establecidos por la ley procesal a través de los recursos de impugnación que tienen por objeto corregir una resolución de acuerdo a Derecho. Es la propia Carta Fundamental la que permite que la nulidad sea complementada mediante la ley en sus Arts. 6, inc. final, 7, inc. final., 63, N° 3 y N° 20, y el Art. 82, todos de la Constitución. En consecuencia, los efectos de la declaración de nulidad de Derecho Público de las resoluciones judiciales se encuentran establecidos en la ley y, en muchas ocasiones, son alterados por esta legislación.²¹ Por lo anterior, si bien

¹⁹ En efecto, el profesor Otero expresó que: "De no existir este control y la facultad de declarar la nulidad de la norma contraria a la Constitución, sería imposible mantener la vigencia del Estado de Derecho, por cuanto el Congreso Nacional y el Presidente de la República, en el ejercicio de la potestad legislativa, podrían ignorar y modificar la Carta Fundamental. (...) El organismo encargado de este control es el Tribunal Constitucional (...). Si lo declara así, la norma legal o reglamentaria adolece de nulidad de derecho público en razón de lo establecido en los citados artículos 6° y 7° de la Constitución. (...) quien considere que se lesiona o puede lesionarse un derecho que le corresponde, pueda impetrar la revisión constitucional oportunamente, dando así certeza jurídica a la validez o a la nulidad de la norma impugnada. (...)." Intervención del profesor Otero, II Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 260-261.

²⁰ Sobre esta materia véase, entre otros, a DÍAZ DE VALDÉZ BALBONTÍN, Rodrigo (2007).

²¹ En este sentido, se pronuncia SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997) p. 156.

encuentra una misma raíz con la nulidad de los actos administrativos, resulta ser absolutamente diferente en su aplicación.

En tercer término, encontramos la nulidad de Derecho Público aplicada a los actos del legislador. Esta nulidad también se encuentra regulada normativamente, pero a nivel constitucional. La precisión con que se regulan sus efectos no es tan acabado, por lo que pueden resultar útiles las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales que se han hecho respecto de la nulidad de los actos administrativos, siempre que se respeten las elementales diferencias existentes entre una y otra. En efecto, la nulidad de la ley no produce efectos retroactivos, mientras que la nulidad de los actos jurídicos de la Administración sí. Por ello, la construcción de una teoría acerca de la nulidad de la ley debe considerar las particularidades de la misma.

La nulidad de Derecho Público del Art. 7, de la Constitución, es el género, y la declaración de inconstitucionalidad del Art. 93, N° 7, es la especie (sólo aplicable al caso de la ley inconstitucional). Por ello, los efectos de la misma se ven alterados. Así, la primera es una norma de carácter general, mientras que la segunda una norma de carácter especial. Los efectos de la sentencia derogatoria son -en principio, y aunque sea obvio- derogatorios. Sin perjuicio de ello, en lo no regulado por la norma especial (Art. 94), corresponde aplicar lo establecido en la norma general (Art. 7).²² Lo anterior corresponde a la aplicación armónica y coherente que exige la interpretación del texto de la Constitución, donde no cabe considerar a cada precepto aisladamente, sino como un cuerpo que se interrelaciona.²³ Debido a lo anterior, la nulidad de Derecho Público tiene una aplicación general mientras no exista una sanción específica para el caso en contravención, subsistiendo su aplicación si no hubiere oposición en todos los aspectos.²⁴

²² Lo especial prevalece por sobre lo general si existe oposición entre las normas. Si no existe oposición entre las unas y las otras, corresponde que se apliquen ambas. Es un principio general de Derecho recogido por el Código Civil (Art. 13).

²³ El principio de Unidad en la interpretación de la Carta Fundamental es aceptado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Véase las sentencias de fecha 21 de diciembre de 1987, Rol N° 46, considerando 40; 2 de diciembre de 1996, Rol N° 246, considerando 31; 26 de abril de 1997, Rol N° 254, considerando 11; 26 de junio de 2001, Rol N° 325, considerando 10. Todas las sentencias citadas por NOGUEIRA ALCALA, Humberto (2006) p. 95-115. A mayor abundamiento, este principio se encuentra recogido por nuestro Código Civil en sus Arts. 22 y 1564.

²⁴ Por otra parte, resulta útil citar el Art. 10, del Código Civil, pese a que trata la nulidad de Derecho Privado (no puede aplicarse a la nulidad de Derecho Público, pero su texto resulta ilustrativo para el objeto que trato), el que dispone que "Los actos que prohíbe la ley don nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención". Para el profesor Silva Bascuñán, el precepto citado "ha sido llevado con carácter general a la letra de la Carta de 1980. Siendo nulo e ineficaz el acto que omite los requisitos a que se condiciona su validez, no merece obediencia." SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997) p. 153.

III. Exclusividad de la facultad de declarar la inconstitucionalidad de la ley

Aun cuando la propia Carta Fundamental no lo establece de manera literal, resulta evidente que la facultad para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal se ejerce de manera exclusiva y excluyente por parte del Tribunal Constitucional, al igual que la facultad de declarar la inaplicabilidad de un precepto legal. Ello es producto del principio de concentración del control constitucional de la ley.²⁵ El control de constitucionalidad concentrado consiste en que un solo órgano ejercerá las facultades propias de la Jurisdicción Constitucional respecto de las leyes, sustrayendo del resto de las instituciones estatales las atribuciones respectivas, sin perjuicio de la existencia de otros sistemas difusos.

De acuerdo a la normativa constitucional vigente, si un juez, ordinario o especial, advierte en una gestión que conoce que existe un precepto legal que pudiera tener un vicio de inconstitucionalidad, entonces debe remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional para que éste pueda determinar de manera incidental si la norma debe ser aplicada o no al proceso seguido en la instancia. Lo anterior puede ser iniciativa del propio magistrado o a petición de parte. Por consiguiente, el Tribunal de la instancia no está autorizado para dictaminar acerca de la constitucionalidad de la ley estando obligado a aplicar la legislación vigente si correspondiere.²⁶ En este mismo sentido, de pronunció el profesor Otero en la tramitación de la reforma constitucional,²⁷ y el propio Tribunal Constitucional,²⁸ y la Corte Suprema en fallo reciente.²⁹

²⁵ Entre otras muchas ocasiones, durante la tramitación de la reforma constitucional de la Ley 20.050 se dejó constancia del principio de concentración en la intervención del Ministro Eugenio Valenzuela y del Ministro Juan Colombo, ambas del I Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 510-513, y 516-520, respectivamente.

²⁶ Véase COLOMBO CAMPBELL (2007) entrevista publicada en Revista La Semana Jurídica, N° 365, p. 5; y COLOMBO CAMPBELL, Juan (2005) p. 561.

²⁷ Intervención del profesor Otero, II Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 260-262.

²⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Sentencia rol N° 686-2006, consid. 11°.

²⁹ "Que tampoco puede recurrirse para dar solución a este asunto a lo que ha sostenido parte de la doctrina en cuanto a que cualquier tribunal de la República puede prescindir de un precepto inconstitucional dando directa aplicación al principio de supremacía de la Carta Fundamental, por cuanto ello resultaría improcedente en nuestro ordenamiento jurídico constitucional que establece al Tribunal Constitucional como único contralor de la constitucionalidad de las leyes, además de introducir un factor de incertidumbre jurídica inaceptable con el buen orden institucional, por cuanto, además, en nuestro sistema la jurisprudencia de los tribunales superiores no es obligatoria para los inferiores." CORTE SUPREMA (2008) Sentencia rol N° 2849-2006, de 4 de junio de 2008.

Las resoluciones jurisdiccionales rigen, en general, sólo en las causas respecto de las cuales se pronuncian.³⁰ El caso del Tribunal Constitucional es excepcional, por cuanto existen atribuciones respecto de las cuales la propia Carta Fundamental ordena que sus efectos sean generales y absolutos, como ocurre con la del Art. 93, N° 7, de la Constitución. Por lo tanto, si lo anterior es una excepción³¹ entonces la facultad en estudio corresponde sólo al Tribunal que ha sido designado expresamente para ejercer la función específica de que se trata. Así, ninguna otra magistratura, persona, o grupo de personas, puede atribuirse otra autoridad o derechos que los que expresamente le sean designados por la Constitución o la ley (Art. 7, inc. 2°, de la Carta). Ningún otro tribunal puede atribuirse dicha facultad. Así también, el Art. 94, de la Constitución, dispone que contra las resoluciones del Tribunal no procederá recurso alguno, no existiendo ningún órgano capaz de alterar lo resuelto.³²

IV. La ley inconstitucional y el vicio de constitucionalidad

La ley inconstitucional existe debido al valor provisorio que le otorga la no concurrencia de los efectos retroactivos, pero adolece de un vicio que la hace ser susceptible de ser expulsada del ordenamiento jurídico. De esta manera, la ley inconstitucional goza de una vigencia temporal. Dicha vigencia persiste en el tiempo mientras no exista una sentencia contraria, por lo que el valor de la ley inconstitucional no es indefinido.

La norma que resulta contraria a la Carta Fundamental no deja de contradecirla nunca, salvo que la Constitución sea modificada mediante un procedimiento

³⁰ El efecto relativo de las sentencias judiciales fue formulado por el Derecho Romano, donde “la cosa juzgada entre unos no daña ni aprovecha a otros; *res inter alio iudicata allis non nocet prodest*”. ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 140.

³¹ Existen casos de sentencias judiciales que sí tienen efectos *erga omnes* en materia civil. Pero ello es de una naturaleza absolutamente diversa de la materia que tratamos. En realidad, se trata de casos en que lo resuelto por la resolución judicial es oponible a toda persona, como ocurre con la que reconoce el estado civil de una persona. Véase en esta materia, ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 124, 140-141.

³² Todo lo señalado en este apartado, debe entenderse sin perjuicio de la obligación de todos los Tribunales, sean ordinarios o especiales, de interpretar las normas jurídicas del modo que más conforme parezca a los preceptos de la Constitución. Ellos tienen el deber de velar por la aplicación armónica y coherente de todo el sistema jurídico en que nuestro Estado de Derecho se ubica, comenzando por la norma jerárquicamente superior. Si un Tribunal advierte la posibilidad de interpretar una norma legal de varias maneras, debe siempre preferir la que se encuentre en concordancia con la Carta Fundamental y sus principios. Ello, es una consecuencia del Art. 6, de la Constitución, el que dispone que la Constitución es la norma suprema y obliga a toda persona, institución o grupo. En definitiva, el hecho de que el Tribunal Constitucional tenga la exclusividad en el control de constitucionalidad de la ley, no significa liberar a los jueces de obedecer los preceptos constitucionales y utilizarlos cuando en Derecho corresponda. Esta tesis ha sido sostenida por el propio Tribunal Constitucional con el objeto de buscar un sentido conciliatorio entre el precepto legal impugnado y las normas de la Constitución. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 409-2004, consid. 7° y 8°.

de reforma constitucional. Por la misma razón anterior, el vicio no se subsana ni la acción prescribe, pudiendo interponerse en cualquier tiempo. Esta materia se encuentra ratificada en la historia de la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, donde el profesor Otero sostuvo que “la nulidad que se declara es de derecho público, imprescriptible e insubsanable, dado el claro texto constitucional que dispone que todo acto en contravención a este artículo es nulo (...).”³³

Las características del vicio de constitucionalidad pueden resumirse como sigue:

a. La inconstitucionalidad de la ley no opera de pleno derecho: Si bien la sentencia derogatoria reconoce una situación preexistente (el vicio en cuestión), requiere de una declaración expresa por parte del Tribunal Constitucional. Los efectos se producen desde la publicación de la sentencia derogatoria hacia el futuro. Si la inconstitucionalidad operara de pleno derecho entonces el precepto vicioso nacería muerto, sin valor jurídico, y no gozaría de la presunción de constitucionalidad que el Tribunal tantas veces ha reconocido. No opera de pleno derecho debido al principio de irretroactividad del Art. 94, de la Constitución. Sostener lo contrario implicaría que la norma legal no se insertaría en el orden jurídico, como si el precepto no existiera, en circunstancias que la Carta Fundamental reconoce el valor provisorio de la norma inconstitucional.³⁴

b. El vicio de constitucionalidad de la ley es insubsanable: Para Eduardo Soto Kloss, la nulidad de Derecho Público es insanable como efecto ineludible y lógico de que ella opere de pleno derecho. No se puede convalidar o subsanar lo que no existe, porque “lo que no existe no es y lo que no es, es la nada: nullus, nullitas, ausencia de ser, y la nada no cabe que sea objeto de saneamiento”.³⁵ En realidad, este argumento no resulta aplicable a la nulidad del precepto legal,

³³ Intervención del profesor Otero, II Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 262.

³⁴ De esta forma, la discusión existente en los actos administrativos acerca de si la nulidad de Derecho Público procede o no con efectos ipso iure no tiene ninguna relevancia en la materia que estudiamos en este trabajo, ya que existe una norma expresa que resuelve el problema para la nulidad de la ley. Esta teoría había sido formulada por el profesor Mario Bernaschina en Bases Jurisprudenciales para una teoría de las nulidades administrativas. Boletín de la Contraloría General de la República, 1950, t. II, p. 401 y ss. (citada por REYES RIVEROS, Jorge -1998-, p. 14), y renovada por el profesor Soto Kloss (SOTO KLOSS, Eduardo -1996-). Ha sido seguida por diversos autores, como Silva Bascuñán (SILVA BASCUÑÁN, Alejandro -1997- p. 158) y Martínez Estay (MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio -2003-), entre muchos otros. No obstante lo anterior, esta tesis no ha tenido mayor aplicación en la jurisprudencia reciente. En la postura contraria, esto es, que la Nulidad de Derecho Público no opera de pleno derecho, se encuentran Jorge Reyes, Enrique Silva C., Patricio Aylwin A., Arturo Aylwin A., Domingo Hernández E., Pedro Pierry A., entre otros, como anota el profesor Reyes (REYES RIVEROS, Jorge -1998-, p. 20).

³⁵ SOTO KLOSS, Eduardo (1996) p. 175-176. El mismo argumento utiliza el profesor Soto Kloss para sostener que la acción de Nulidad de Derecho Público no prescribe (p. 176-177). CONSTITUCIONAL, sentencia rol N° 409-2004, consid. 7° y 8°.

ya que ésta no opera de pleno derecho. La ley inconstitucional existe y vale, aunque sea provisoriamente. La razón que justifica el hecho de que el vicio de constitucionalidad sea insubsanable es otra: El precepto que tiene un vicio de constitucionalidad no puede subsanarse o ser reparado como consecuencia del principio de supremacía constitucional. No obstante que la ley resulta válida jurídicamente –aunque provisoriamente–, el vicio de que adolece la vuelve vulnerable ante un eventual control de constitucionalidad. Ello, debido a que la norma no se encuentra conforme a la Carta Suprema. La Constitución no contiene excepciones relativas a otorgar la posibilidad de sanear una disposición contraria a ella, por lo que su aplicación es amplia.

El vicio de constitucionalidad sigue ahí no obstante el transcurso del tiempo, violando originariamente la Carta Fundamental. La Constitución acepta la inconstitucionalidad, pero ordena que dichas infracciones se interrumpan luego de la publicación de la sentencia derogatoria.

Sostener lo contrario, esto es, que el vicio puede ser reparado, implicaría vulnerar abiertamente las normas regulatorias del Estado de Derecho dando un valor permanente e indefinido a un precepto vicioso. Ello, en materia de Derecho Privado se admite con las normas de la nulidad, pero a propósito del Derecho Público la lógica es la inversa. Lo anterior se debe a que en Derecho Privado los actos jurídicos sólo tienen efecto respecto de los contratantes como lo dispone el Art. 1545, del Código Civil, pero en Derecho Público la ley tiene efectos generales. Por consiguiente, la nulidad de esta última no se puede subsanar ya que de lo contrario se estaría alterando gravemente el orden jurídico establecido, violando seriamente la Constitución y desconociendo el Estado de Derecho.

Por todo lo anterior, también debe señalarse que el vicio no es susceptible de ser ratificado por el propio legislador. En Derecho Privado, las partes pueden ratificar un acto jurídico nulo cuando exista un supuesto de nulidad relativa, no así en el caso de la nulidad absoluta (Arts. 1683 y 1684, ambos del Código Civil). En Derecho Público la lógica es diferente. Mientras en Derecho Privado quienes ratifican el acto son las mismas partes que lo celebraron y a quienes afecta el mismo, en Derecho Público la ley tiene un efecto general, por lo que de aceptar la posibilidad de ratificación por parte del Poder Legislativo, se estaría aceptando que el propio autor del acto estatal vicioso puede darle valor alterando lo dispuesto en la Constitución y afectando con ello a toda la población, lo que resulta absurdo. La Constitución determinó una normativa superior que fue vulnerada por el legislador, entonces el mismo no puede ratificar su propia infracción al Art. 7, condonando su acto inconstitucional. Es como si un homicida decidiera ratificar la ilegalidad de su conducta, legitimándola. En el caso de la ratificación de la inconstitucionalidad el legislador es el hechor y

la ley que sanciona el hecho ilícito es la propia Constitución. Por lo mismo, no cabe que una ley posterior legitime una ley anterior viciosa.

c. La acción de inconstitucionalidad es imprescriptible: Si el vicio de constitucionalidad no se puede subsanar, entonces no se puede reparar por el transcurso del tiempo. En consecuencia, la acción de inconstitucionalidad no prescribe. Así, el tiempo no extingue la acción, pudiendo interponerse desde que se den los supuestos constitucionales hacia el futuro sin que existan plazos establecidos que sancionen la inactividad del recurrente.³⁶

Por otra parte, si se admitiera la prescripción de la acción se estaría abriendo la posibilidad de que el precepto vicioso tuviera una vigencia indefinida, aun siendo contrario a la Constitución. De esta manera se estaría restringiendo la aplicación de la propia Carta Fundamental, vulnerando los Arts. 6 y 7, de la misma, y dejando sin aplicación la disposición concreta que se vulneró mediante el precepto legal inconstitucional. Así, se estaría permitiendo la existencia de una norma programática incumplida, lo que se encuentra prohibido por el Art. 6, de la Constitución, en cuanto a que "Los preceptos de la Constitución obligan".

En realidad, la prescripción extintiva tiene por objeto castigar la inactividad del recurrente o actor. En el caso en estudio, el recurrente o actor no existe mientras no tengan lugar los supuestos que hagan procedente la acción de inconstitucionalidad y permitan su declaración de oficio o por acción pública. Si se sancionara la inactividad del recurrente o actor en realidad se estaría castigando a toda la comunidad, al propio Tribunal Constitucional y al precepto constitucional vulnerado. Ello no tiene ningún asidero ya que la prescripción tiene lugar –en mayor medida- respecto de derechos que el Derecho Privado permite renunciar por aplicación del Art. 12, del Código Civil. En el caso en estudio lo relevante no es el derecho que pueda verse menoscabado con la

³⁶ El proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional introduce un plazo de seis meses para la acción de inconstitucionalidad, plazo que se cuenta desde la publicación de la sentencia de inaplicabilidad. El vencimiento de este plazo no sana el vicio de constitucionalidad, ya que la posibilidad de que ella sea declarada renace con una nueva y eventual inaplicabilidad. Sin perjuicio de ello, estimo que la existencia de un plazo para deducir el recurso significa una restricción innecesaria. Si el legislador estima que hay que limitar la procedencia de las acciones ante el Tribunal Constitucional entonces basta que el Tribunal desestime un requerimiento para que los otros pierdan su objeto. La norma propuesta en el proyecto es de dudosa constitucionalidad, pues la Carta Fundamental no dispone directamente el plazo señalado. Así, la ley estaría restringiendo el derecho a la acción sin que la Constitución lo autorice expresamente. Cuando el constituyente ha querido que las atribuciones del Tribunal Constitucional estén sometidas a un plazo lo dispone expresamente en el texto de la Constitución, lo que no ocurre con ocasión de la regulación constitucional de esta atribución. Hago presente que hoy el proyecto de encuentra en Comisión Mixta, por lo que no resulta predecible lo que suceda con su articulado.

inconstitucionalidad de la ley (que debe protegerse mediante la acción de inaplicabilidad, o los recursos de protección y amparo) sino que el propio cuerpo de la Carta Fundamental. En consecuencia, si prescribiera el mecanismo para declarar la inconstitucionalidad se estaría violando directamente la Carta Fundamental.³⁷

V. El procedimiento de la declaración de inconstitucionalidad

El procedimiento será distinto cuando se trate de la declaración de oficio, a cuando se trate de la acción de inconstitucionalidad.³⁸

a. Facultad para declarar la inconstitucionalidad de oficio: Significa actuar por iniciativa del propio Tribunal, quebrando la regla general sobre la pasividad de los Tribunales. A juicio del Tribunal Constitucional esta atribución constituye una facultad y no un deber.³⁹ El procedimiento de la declaración de oficio debe ser regulado mediante la Ley Orgánica Constitucional respectiva, la que se encuentra en etapa de Comisión Mixta, por lo que no existe certeza acerca de cuál será su articulado. Con todo, resumiré algunos aspectos importantes del proyecto.⁴⁰

³⁷ "La ley inconstitucional lo es desde su dictación y para siempre. De hecho eso es lo que explica que uno de los mecanismos contemplados por el constituyente para reclamar de una norma legal inconstitucional, el recurso de inaplicabilidad, carezca de plazo para su interposición (...) no es sensato pretender que el tiempo pueda sanear una ley inconstitucional, pues el tiempo no puede transformar en constitucional lo que no lo ha sido nunca." MARTINEZ ESTAY, José Ignacio (2003).

³⁸ Cabe hacer presente que el proyecto de ley modificatoria de la Ley Orgánica Constitucional, contiene una disposición relativa a poner en aplicación el Art. 8, de la Constitución, referido al principio de publicidad. Así, serán públicos los actos y resoluciones del Tribunal, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilice. El proyecto faculta al Tribunal para que, por mayoría de votos, declare el carácter reservado o secretas de ciertas actuaciones o documentos, siempre sujetándose a las causales del Art. 8, de la Constitución (Presidente de la República -2005- Mensaje con el que inicia proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional correspondiente al Boletín N° 4059-07, de 7 de diciembre de 2005. P. 2). Por indicación del diputado Ward, la excepción debe darse mediante la votación de la mayoría de los miembros en ejercicio y por resolución fundada (Informe complementario del primer informe emitido el 18 de enero de 2006, de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados. Boletín 4059-07).

³⁹ "(...) la atribución del Tribunal Constitucional derivó de un deber a una facultad, lo que confirma el texto final aprobado, que le otorgó la potestad de resolver soberanamente la inconstitucionalidad de un precepto legal previamente declarado inaplicable; (...), el Tribunal Constitucional ejercita su atribución facultativamente y no se encuentra obligado a efectuar una declaración de inconstitucionalidad." TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Sentencia rol N° 558 (590)-2006, consid. 16° y 17°.

⁴⁰ Debe hacerse presente que muchas de las modificaciones que se mencionarán tendrán aplicación general respecto de todas las atribuciones del Tribunal Constitucional, y no sólo respecto del proceso de oficio que se trata en este apartado. También hago presente que la no inclusión de la numeración de las disposiciones citadas se debe a que estas probablemente sufrirán variaciones.

Para proceder de oficio, el Tribunal deberá declararlo en una resolución que individualice la sentencia de inaplicabilidad que le sirve de sustento y las disposiciones constitucionales transgredidas. Dicha resolución deberá dictarse dentro de seis meses contados desde la sentencia de inaplicabilidad.⁴¹ Luego, el Tribunal Constitucional desde dar traslado a la Cámara de Diputados y al Senado, por intermedio de sus respectivos Secretarios, y al Presidente de la República, a través del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Dichos órganos tendrán un plazo de veinte días para hacer llegar las observaciones y antecedentes que estimen convenientes. No existirá la posibilidad de realizar alegatos en el proceso de oficio, salvo que el propio Tribunal Constitucional así lo autorice.⁴²

b. Acción pública de inconstitucionalidad: “Acción pública” significa que cualquier persona puede requerir al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad mediante una presentación espontánea, siempre que los presupuestos de la declaración tengan lugar en la especie. La expresión “acción pública” ha sido utilizada con anterioridad por el Constituyente con ocasión de la facultad para declarar la inconstitucionalidad de ciertos movimientos, organizaciones o Partidos Políticos (actual Art. 93, N° 10, en relación con el Art. 19, N° 15, de la Constitución). Se ha tomado en el sentido de que “Cualquier persona puede solicitar al Tribunal Constitucional (...)”.⁴³ En concordancia con lo anterior, en el proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, se aclara el alcance del precepto constitucional disponiendo que la declaración puede hacerse a “petición de cualquier persona natural o jurídica mediante el ejercicio de la acción pública”.⁴⁴

Del proyecto citado se colige que la acción pública estará sometida a un examen de admisibilidad previo, donde una sala del Tribunal Constitucional determinará si se cumplen las condiciones exigidas por la ley. Los requirentes deben acompañar copia de la sentencia de inaplicabilidad previa que le sirve de sustento.⁴⁵ Se dispone de un plazo para que la interposición de la acción pública: seis

⁴¹ Oficio de modificaciones de la Cámara revisora a la Cámara de origen, que contiene el proyecto modificado por el Senado, de fecha 20 de diciembre de 2007. Boletín N° 4059-07. P. 44.

⁴² Presidente de la República (2005) Mensaje con el que inicia proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional correspondiente al Boletín N° 4059-07, de 7 de diciembre de 2005.

⁴³ VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1999) T. II, p. 296.

⁴⁴ Presidente de la República (2005) Mensaje con el que inicia proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional correspondiente al Boletín N° 4059-07, de 7 de diciembre de 2005. P. 13.

⁴⁵ Mensaje con el que el Presidente de la República inicia proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional correspondiente al Boletín N° 4059-07, de 7 de diciembre de 2005. P. 13.

meses contados desde la fecha de la sentencia de inaplicabilidad respectiva.⁴⁶ El proyecto autoriza a las partes a solicitar otras formas de notificación en su primera comparecencia.⁴⁷ En lo relativo a los requisitos de admisibilidad, el proyecto aprobado por el Senado dispone que la acción debe fundarse razonablemente, indicando precisamente los argumentos constitucionales que le sirven de apoyo. El requerimiento al que falte alguno de los requisitos señalados no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado. Esta resolución deberá dictarse dentro del plazo de tres días contados desde que se dé cuenta del requerimiento en el Pleno. Dentro del plazo de diez días contados desde que se acoja el requerimiento a tramitación, el Tribunal se pronunciará sobre su admisibilidad. Si el requirente pide alegar acerca de la admisibilidad, y el Tribunal así lo dispone, dará traslado a quienes aparezcan como partes en la cuestión de inconstitucionalidad, por diez días.

El proyecto establece que el Tribunal Constitucional podrá declarar la inadmisibilidad de la acción pública por las siguientes causales: 1. No ha existido una sentencia de inaplicabilidad previa. 2. Cuando la cuestión se funde en un vicio de inconstitucionalidad distinto del que motivó la declaración de inaplicabilidad del precepto impugnado. 3. Si se ha deducido el recurso fuera de plazo. 4. Cuando no aparezca demostrada la conveniencia de la declaración de inconstitucionalidad, el interés general que ella envuelve o su trascendencia para el ordenamiento jurídico.⁴⁸ La última de las causales para declarar la inadmisibilidad del requerimiento me parece inconstitucional, ya que ella importa un pronunciamiento acerca del mérito de la expulsión de la norma impugnada. El examen de mérito no le corresponde hacerlo al Tribunal Constitucional, como se explicará. Las causales segunda y tercera también serán objeto de críticas en este trabajo.

Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, la que no será susceptible de recurso alguno, se notificará a quien haya recurrido, se comunicará a la Cámara de Diputados, al Senado y al Presidente de la República, y el requerimiento se tendrá por no presentado. Declarada la admisibilidad, el Tribunal deberá poner la resolución respectiva y el requerimiento en

⁴⁶ El proyecto original disponía de un plazo de 3 meses, el que fue ampliado por el Senado. Oficio de modificaciones de la Cámara revisora a la Cámara de origen, que contiene el proyecto modificado por el Senado, de fecha 20 de diciembre de 2007. Boletín N° 4059-07. P. 44.

⁴⁷ Por indicación del Ejecutivo se aclara que las formas especiales de notificación sólo regirán respecto del peticionario, dejándose constancia en el expediente el mismo día en que se realice. Informe complementario del primer informe emitido el 18 de enero de 2006, de la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de Diputados. Boletín 4059-07.

⁴⁸ Oficio de modificaciones de la Cámara revisora a la Cámara de origen, que contiene el proyecto modificado por el Senado, de fecha 20 de diciembre de 2007. Boletín N° 4059-07. P. 45.

conocimiento de los órganos individualizados en el artículo anterior, los cuales podrán formular las observaciones y acompañar los antecedentes que estimen pertinentes dentro del plazo de veinte días. Evacuadas todas las diligencias antedichas o vencido el plazo para efectuarlas, el Tribunal debe traer los autos en relación y el asunto queda en estado de tabla.⁴⁹⁻⁵⁰⁻⁵¹

c. Trámite de solicitar la opinión a los órganos que generaron la ley: El Tribunal Constitucional, luego de acogida a tramitación la acción pública o luego de iniciado el proceso de oficio, en su caso, procederá a notificar a los órganos institucionales a los que concierna el precepto legal impugnado de inconstitucionalidad para que éstos den a conocer sus razonamientos. Así, siempre se procederá a notificar al Presidente de la República y a ambas cámaras del Congreso Nacional, por tratarse de los órganos colegisladores.⁵² El trámite en estudio no se encuentra señalado de manera expresa en la Carta Fundamental. En todo caso, el proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional se hace cargo de este trámite.

d. El quórum exigido: Para que el Tribunal Constitucional pueda declarar la inconstitucionalidad, se exige la concurrencia favorable de los cuatro quintos de sus miembros en ejercicio. Considerando que el Tribunal está integrado por diez ministros, entonces se requiere del voto favorable de ocho de ellos. Este es el mismo quórum que requiere el pleno para poder entrar a sesionar válidamente. Ello es una clara diferencia que justifica la separación del control

⁴⁹ Presidente de la República (2005) Mensaje con el que inicia proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional correspondiente al Boletín N° 4059-07, de 7 de diciembre de 2005

⁵⁰ Una indicación del Ejecutivo aprobada dispone que la duración de los alegatos será determinada por el Tribunal Constitucional mediante un Auto Acordado. Indicación del Ejecutivo. Informe complementario del primer informe emitido el 18 de enero de 2006, de la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de Diputados. Boletín 4059-07.

⁵¹ La sentencia definitiva deberá notificarse por carta certificada a la parte o a quien la represente. Para todos los efectos legales, esta se entiende practicada al segundo día desde su expedición (p. 6). Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la publicación en el Diario Oficial de la sentencia derogatoria. El proyecto original disponía el plazo de tres días. Informe complementario del primer informe emitido el 18 de enero de 2006, de la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de Diputados. Boletín 4059-07.

⁵² También podrá citar otros órganos estatales que tengan relación con el precepto legal impugnado de inconstitucional. Así, en el proceso rol N° 681-2006, sobre la inconstitucionalidad del Art. 116, del Código Tributario, el Tribunal estimó conveniente notificar al Servicio de Impuestos Internos y al Consejo de Defensa del Estado. En el caso en cuestión, sólo el Servicio de Impuestos Internos formuló observaciones.

en concreto (declaración de inaplicabilidad) y en abstracto. Este quórum ha sido discutido por la doctrina.⁵³

e. Intento previo por conciliar el precepto impugnado con la Constitución: El Tribunal Constitucional y gran parte de la doctrina se encuentran contestes en el sentido de que el Tribunal debe buscar una interpretación del precepto legal impugnado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental, restringiendo con ello la sentencia derogatoria.⁵⁴ Ello, en razón de la presunción de constitucionalidad de la ley y la obligación de interpretar la ley en conformidad con la Constitución, como se explicará.

f. La sentencia derogatoria: Deberá ser pronunciada por el pleno del Tribunal Constitucional. La sentencia derogatoria deberá resolver la cuestión de constitucionalidad con estricta subordinación al ordenamiento jurídico-constitucional, no debiendo existir razones de mérito que justifiquen su decisión. El Tribunal Constitucional examinará el precepto legal impugnado, lo interpretará, y luego determinará si su verdadero sentido es contrario o no a la Constitución, siendo ésta el único parámetro válido para declarar la inconstitucionalidad del precepto. Se trata de un control abstracto, por lo que la comparación debe ir mucho más allá de las situaciones concretas que pudieran generar una inconstitucionalidad en la aplicación de la norma. Se trata de una inconstitucionalidad

⁵³ Véase NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005) p. 430; DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2007) p. 458-459; SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, SILVA GALLINATO, Pía (2007) p. 378. Cabe destacar que el profesor Otero señaló que no corresponde exigir un quórum especial en la declaración de inconstitucionalidad como control represivo, ya que el control preventivo de constitucionalidad tiene un quórum menor. Justifica su argumento con el aforismo "donde hay una misma razón debe haber una misma disposición." Intervención del profesor Otero, II Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 262-264.

⁵⁴ "(...) el respeto hacia la labor que desarrolla el legislador obliga al Tribunal Constitucional, en su función de contralor de la constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental y sólo en el evento de no ser ello posible, unido a la necesidad de cautelar integralmente la plena vigencia de los principios de supremacía constitucional, igualdad ante la ley y certeza jurídica, resultará procedente y necesaria la declaración de inconstitucionalidad." TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Sentencia rol N° 681-2006, consid. 8° y 26°. Este criterio no es nuevo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, ya lo había utilizado en materia de Tratados Internacionales en la sentencia rol N° 309-2000, consid. 3°. Asimismo, se ha sostenido que: "la llamada interpretación conciliadora de la Constitución deriva de su fuerza normativa, así como de su vinculación y cumplimiento inmediatos, tal como se desprende del artículo 6°, incisos primero y segundo, de la Carta Fundamental. Un reputado autor (Germán Bidart Campos, El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa, EDIAR, primera reimpresión, p. 389) asevera que "si es cierto que la fuerza normativa sirve para descalificar transgresiones, su rol fundamental radica en procurar que no haya transgresiones; en que la Constitución se acate, se cumpla y alimente afirmativa y positivamente a todo el mundo jurídico-político. Tal vez resida allí la razón de la aludida obligación judicial de intentar la compatibilización con la Constitución, y sólo después de fracasado ese intento, declarar que una norma o un acto son inconstitucionales". TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Sentencia rol N° 558 (590)-2006, consid. 7°. Véase además la Sentencia rol N° 409-2004, consid. 7° y 8°.

derivada de las normas, y no se su aplicación, como ocurre en la declaración de inaplicabilidad.⁵⁵

El proyecto de ley que modifica la Ley del Tribunal Constitucional, dispone que una vez que se haya terminado la vista de la causa, o cuando el proceso finalice, el Tribunal dictará sentencia dentro del plazo de treinta días y sólo en casos calificados y por resolución fundada puede prorrogarlo por otros quince días.⁵⁶ La sentencia derogatoria deberá publicarse en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación, fecha a partir de la cual el precepto impugnado "se entenderá derogado". El acto de publicación resulta bastante coherente, ya que si la ley como acto derogatorio debe publicarse de acuerdo a lo previsto por el Art. 6 y 7, del Código Civil, entonces la sentencia como acto derogatorio también debe hacerlo, por las consecuencias que ella genera y -debe agregarse- debido a que la ficción de conocimiento de la ley del Art. 8, del Código Civil.⁵⁷

⁵⁵ El Tribunal Constitucional ha señalado que: "el juicio de inconstitucionalidad expresa una comparación abstracta de dos normas de distinto rango, para constatar su manifiesta incompatibilidad. La ilegitimidad constitucional del precepto legal emana de su propio enunciado, sin referencia a una situación singular. La sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, que excluye el precepto del ordenamiento jurídico, produce efectos generales." TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Sentencia rol N° 558 (590)-2006, consid. 5°. Asimismo, el Tribunal ha expresado que su "función en esta materia es la de resolver las discrepancias que puedan suscitarse entre la preceptiva constitucional y los órganos colegisladores y que es menester que la diferencia de opinión que se produzca sea precisa y concreta. Las normas constitucionales que rigen a este Tribunal le asignan un papel que implica velar por la constitucionalidad de los preceptos sujetos a su examen, confrontando sus disposiciones con las exigencias de la Carta Fundamental. De esta manera, en el requerimiento de autos el Tribunal deberá examinar si los preceptos impugnados violan o no disposiciones constitucionales y, al resolver, establecer claramente si las normas constitucionales se encuentran o no conculcadas y si así lo fuera señalar con precisión las disposiciones violentadas." TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1995) Sentencia rol N° 226-1995, consid. 12°.

⁵⁶ Presidente de la República (2005) Mensaje con el que inicia proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional correspondiente al Boletín N° 4059-07, de 7 de diciembre de 2005. P. 14. El mismo proyecto aprobado por el Senado, dispone que el Tribunal podrá condenar en costas al requirente de la acción pública si el requerimiento es rechazado, siempre que no haya tenido motivos plausibles para deducir su acción. Se agrega, además, que el procedimiento ejecutivo para el cobro de las costas se efectuará conforme al procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Civil y será competente para conocer la acción ejecutiva el Juez de Letras en lo Civil que tenga asiento en la provincia de Santiago (Oficio de modificaciones de la cámara revisora a la Cámara de origen, que contiene el proyecto modificado por el Senado, de fecha 20 de diciembre de 2007. Boletín N° 4059-07. P. 47).

⁵⁷ Presidente de la República (2005) Mensaje con el que inicia proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional correspondiente al Boletín N° 4059-07, de 7 de diciembre de 2005. P. 14. El mismo proyecto aprobado por el Senado, dispone que el Tribunal podrá condenar en costas al requirente de la acción pública si el requerimiento es rechazado, siempre que no haya tenido motivos plausibles para deducir su acción. Se agrega, además, que el procedimiento ejecutivo para el cobro de las costas se efectuará conforme al procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Civil y será competente para conocer la acción ejecutiva el Juez de Letras en lo Civil que tenga asiento en la provincia de Santiago (Oficio de modificaciones de la cámara revisora a la Cámara de origen, que contiene el proyecto modificado por el Senado, de fecha 20 de diciembre de 2007. Boletín N° 4059-07. P. 47).

VI. Preceptos constitucionales vulnerados y ultrapetita

A mi juicio, la sentencia derogatoria no sólo debe fundarse en los preceptos constitucionales citados por el actor de la acción de inconstitucionalidad, sino que en cualquier disposición constitucional que el Tribunal estime procedente. Ello, por cuanto “se presume que (el Tribunal Constitucional) conoce el derecho vigente y lo aplica”.⁵⁸ Esta tesis fue introducida en el proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Pese a ello, una indicación parlamentaria aprobada modificó la norma señalando que el Tribunal podría cometer el vicio procesal de “ultra petita”⁵⁹ en atención a que no puede pronunciarse sobre normas constitucionales que no han sido invocadas por los requirentes.⁶⁰ No comparto esta indicación, ya que el Tribunal Constitucional debe resolver en atención a las normas constitucionales consideradas como un todo, y no respecto de preceptos constitucionales aislados. La indicación me parece contraria a la Constitución, por cuanto excluye la obligatoriedad de realizar un examen sistemático de los preceptos constitucionales. No se comete “ultra petita” cuando se falla invocando el Derecho aplicable. La “ultra petita” tiene que ver con un pronunciamiento respecto a pretensiones o excepciones que no han sido invocadas, y no respecto de las normas involucradas, las cuales el Tribunal tiene el deber inexcusable de aplicar.⁶¹ Debe tenerse presente que modificar las razones esgrimidas por los requirentes no significa ampliar sus requerimientos, ya que la pretensión sigue siendo la misma: que se declare la inconstitucionalidad. Así, ello fallar en Derecho no significa modificar la causa de pedir ni el objeto de la litis.⁶² Resulta contrario a un concepto de Tribunal de Derecho el restringir o subordinar su razonamiento a los preceptos constitucionales citados por las partes, desconociendo el principio de unidad constitucional.

⁵⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005) p. 430.

⁵⁹ La ultrapetita es un vicio por el cual una sentencia otorga más de lo pedido por las partes o se extiende a puntos no sometidos a su decisión. Véase el Art. 768, N° 4, del Código de Procedimiento Civil, y a BENAVENTE (1994), p. 228-229.

⁶⁰ Indicación de los diputados Cardemil, Eluchans, Monckeberg, Nicolás y Ward. Informe complementario del primer informe emitido el 18 de enero de 2006, de la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de Diputados. Boletín 4059-07. Oficio de modificaciones de la Cámara revisora a la Cámara de origen, que contiene el proyecto modificado por el Senado, de fecha 20 de diciembre de 2007. Boletín N° 4059-07. P. 47.

⁶¹ Por lo demás, la ultra petita sólo puede configurarse en la parte resolutive de la sentencia, en circunstancias que las razones de Derecho de la sentencia corresponden a la parte considerativa. Véase, entre muchas otras sentencias, CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (2004), sentencia rol N° 461-2001; CORTE SUPREMA (2005) sentencia rol N° 4392-2003.

⁶² Véase, CORTE SUPREMA (2005), sentencia rol N° 5893-2003. (2005) sentencia rol N° 4392-2003.

VII. Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad

La nulidad de la ley tiene una fisonomía jurídica propia, la que se manifiesta en los efectos atenuados de la misma. Dichos efectos son:

1. La cosa juzgada constitucional: El Art. 94, de la Constitución, dispone que “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”. La misma disposición agrega que el precepto legal “(...) se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”. En consecuencia, la sentencia que declara la inconstitucionalidad no es impugnabile. Así, el Tribunal Constitucional “es un Tribunal de única instancia. Estos tribunales, por su propia naturaleza, son únicos en la organización constitucional y, por lo tanto, las sentencias que dictan no son susceptibles de revisión por tribunal superior. La aplicación de este principio emana de su naturaleza.”⁶³ La sentencia quedará firme y ejecutoriada desde que se publique en el Diario Oficial.⁶⁴

A juicio del profesor Nogueira, la sentencia que rechaza una acción de inconstitucionalidad (declara que la norma es constitucional) es “imperativa, pero no es definitiva ni inmutable”, por lo que podría eventualmente provocarse una nueva cuestión de constitucionalidad “ya que la sentencia desestimatoria produce un efecto preclusivo en el juez a quo (...)”.⁶⁵ En mi parecer, lo sostenido por el autor citado es procedente sólo si lo que se quiere interponer con posterioridad es un recurso de inaplicabilidad de un precepto vigente, ya que se trata de un vicio distinto.⁶⁶

⁶³ COLOMBO CAMPBELL, Juan (2005) p. 566. A mayor abundamiento, lo anterior concuerda con lo expresado en el Art. 82, de la Constitución, que excluye al Tribunal Constitucional del conjunto de órganos que se encuentran bajo la superintendencia de la Corte Suprema. Por consiguiente, no existe un órgano superior al Tribunal. Así también, sus integrantes no pueden ser objeto de una acusación constitucional (Art. 52, N° 2, de la Carta Fundamental).

⁶⁴ En palabras de Lautaro Ríos, “las sentencias del T.C. producen cosa juzgada material y formal. Y –aunque la Constitución no lo dice– creemos que sus decisiones –salvo el caso especial de las sentencias de inaplicabilidad, precisamente por la especialidad del caso– son vinculantes para todos los órganos del Estado y las personas, organizaciones y grupos regidos por la Constitución. Para ser más precisos, si la Constitución –conforme a su art. 6°– es vinculante para todos ellos, la interpretación fidedigna que hace el T.C. en sus sentencias, también debe serlo”. RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (2005).

⁶⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005) p. 434.

⁶⁶ Sobre una materia que no trato en este trabajo, relativa a la discusión acerca de si la parte considerativa de las sentencias del Tribunal Constitucional son vinculantes o no, véase PICA FLORES, Rodrigo y BILICIC CERDA, Tomislav (Noviembre de 2007) p. 5. Por otra parte, debe decirse que una parte de la doctrina estima que la sentencia derogatoria puede ser objeto de una impugnación ante la Corte Interamericana, lo que rechazo en mi tesis de grado sobre esta materia. Véase NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005) p. 436.

2. Efectos en la ley derogada: Se elimina con efectos generales aquella parte de la ley impugnada que fuere contraria a la Constitución. En palabras de Juan Colombo, "(...) la ley queda derogada, es exactamente igual que si el Congreso le pusiera término a la ley, se publica la sentencia en el Diario Oficial, es como dice la Constitución la ley sin efecto retroactivo desaparece del sistema".⁶⁷ La norma desaparece del sistema jurídico sin efectos retroactivos. Este efecto, propio de la nulidad de Derecho Público genérica, no tiene lugar en este caso.⁶⁸ En consecuencia, el precepto legal inconstitucional goza de un valor transitorio en el tiempo. Así, la sentencia no afectará las situaciones acaecidas con anterioridad a la publicación de la sentencia, otorgando una protección constitucional al vicio impugnado.⁶⁹

Los efectos retroactivos han sido tratados en la doctrina civil más que en la doctrina constitucional. El Código Civil dispone que "La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo" (Art. 9). El efecto retroactivo consiste en que la ley disponga para lo pasado.⁷⁰

No obstante, no son simples los criterios que se utilizan para determinar con precisión los efectos de la ley retroactiva. Con ese objeto, se han desarrollado diversas teorías por parte de la doctrina, siendo la más aceptada la teoría de los derechos adquiridos y las meras expectativas, según la cual la ley actúa con efectos retroactivos cuando ésta afecta facultades que se encuentran incorporadas al patrimonio de una persona, excluyendo aquellos casos en que sólo se afecta la esperanza de adquirir un derecho que no se tiene. El principio general de la irretroactividad se justifica por la seguridad jurídica que persigue.⁷¹ Por esta misma razón, el Art. 9.3, de la Constitución Española, reconoce este principio para todas las ramas del derecho, y no solo la penal, como ocurre en

⁶⁷ COLOMBO CAMPBELL (2007) entrevista publicada en Revista La Semana Jurídica, N° 365, p. 4.

⁶⁸ En materia de la Nulidad de Derecho Público de los actos administrativos, la regla aplicable es la inversa. Véase SOTO KLOSS, Eduardo (1996) p. 187-188.

⁶⁹ Cabe hacer presente que el profesor Nogueira se muestra partidario de que en el caso de que la sentencia acoja la inconstitucionalidad de forma, la misma produzca "efectos ex nunc", rompiendo la regla establecida en la Carta Fundamental, en torno a los "efectos ex tunc" que establece la misma para la sentencia derogatoria. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005) p. 444-445.

⁷⁰ Para Paul Roubier, la retroactividad de la ley "Consiste en la prolongación de la aplicación de la ley a una fecha anterior a la de su entrada en vigor. Es como ha dicho Velette, una ficción de preexistencia de la ley". Citado por ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 241.

⁷¹ En las palabras de Marcel Planiol, "Ninguna seguridad y confianza tendrían los particulares si su fortuna, sus derechos, su condición personal y los efectos de sus actos y contratos fueran a cada instante puestos en discusión, modificados o suprimidos por un cambio de parecer del legislador. El interés general (...) exige, pues, que lo hecho regularmente bajo una ley, sea considerado válido, y, en consecuencia, inamovible, a pesar del cambio de legislación." Citado por ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 214-215.

el caso chileno (Art. 19, N° 3, inc. 7°). En materia de nulidad de la ley, la regla constitucional es la irretroactividad (Art. 94).

Si seguimos la teoría de los derechos adquiridos y las meras expectativas, la declaración de inconstitucionalidad no puede menoscabar los primeros al amparo de la ley eliminada, pudiendo afectar sólo a las meras expectativas que existan. Este efecto de la sentencia derogatoria no se diferencia mayormente del efecto de la derogación legislativa de las leyes, en cuanto se admite la existencia de la ley eliminada en el tiempo anterior a su expulsión. Por esta misma razón, los derechos adquiridos al amparo de la ley primitiva sobrevivirán a su derogación, entendiéndose incorporados al patrimonio de las personas y, por consiguiente, encontrándose protegidos por la propiedad que existe sobre las cosas incorpóreas (Art. 19, N° 24, de la Constitución). De esta manera, existe una suerte de efecto ultra activo de los derechos mencionados. Así, el valor de la ley derogada va más allá del necesario respeto por las sentencias ejecutoriadas en el tiempo intermedio y su autoridad de cosa juzgada, aplicándose de manera genérica.⁷²

En realidad, podría pensarse que resulta redundante el hecho de que el constituyente señale que la ley “se entenderá derogada”, y que luego sostenga que la derogación de la misma “no producirá efecto retroactivo”, ya que la derogación por sí sola comprende un reconocimiento al valor anterior de la ley.⁷³ Sin embargo, debe recordarse que el Constituyente no repite inútilmente las normas constitucionales.⁷⁴ La declaración de inconstitucionalidad es una

⁷² Ello se encuentra ratificado por la historia legislativa de la Ley de reforma constitucional N° 20.050. El senador Espina propuso agregar una indicación que disponía: “La declaración de inconstitucionalidad no operará con efecto retroactivo respecto de todas aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada.” (Indicación N°269, del senador Espina, contenida en el II Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 278). Dicha indicación fue rechazada por el Congreso Nacional por la razón que esgrimió el señor Subsecretario del Interior, Jorge Correa Sutil, quien sostuvo que “la indicación número 269, si bien intenta reafirmar la validez de aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada antes de una declaración de inconstitucionalidad, no impide que se susciten dudas en relación a actos, negocios, contratos y otros instrumentos suscritos con anterioridad a dicha declaración.” (Intervención del Subsecretario del Interior, Jorge Correa Sutil, II Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 278). En consecuencia, si se rechazó una indicación que podía interpretarse como restrictiva de los efectos de la ley derogada en su valor temporal, entonces cabe entender que la intención del Constituyente derivado consistía en no limitar dicha interpretación, aplicándola a diversas situaciones que van mucho más allá de las sentencias ejecutoriadas.

⁷³ LETELIER W., Raúl y NICOLINI, Matteo (2004) p. 55-104.

⁷⁴ El propio Tribunal Constitucional ha sostenido el principio de utilidad en la interpretación de los preceptos de la Constitución en la sentencia rol N° 33-1985, de 20 de agosto de 1985, consid. 19; y en la sentencia rol N° 325-2001, de 26 de junio de 2001, consid. 47. Esto es un principio general en la interpretación de las normas jurídicas. Si se estimara que existe una norma constitucional repetitiva, entonces se estaría dando a la Carta Fundamental un sentido inútil en una de sus disposiciones. La norma jurídica no es inútil, ya que obliga por expreso mandato del Art. 6, de la propia Constitución. Por consiguiente, debe buscarse una interpretación que permita sostener un sentido de utilidad en la norma que se interpreta. Este principio se encuentra recogido por nuestro Código Civil en su Art. 1562.

especie de nulidad de Derecho Público, por lo que la consecuencia natural que debiera aplicarse son justamente los efectos de dicha nulidad, como la retrotracción de las cosas al estado anterior en que se encontraba el ordenamiento jurídico al momento de la entrada en vigencia de la norma, como si esta nunca se hubiera insertado al sistema del Derecho, reparando con ello las conductas hechas al amparo de una ley inconstitucional.⁷⁵ Lo anterior se encuentra prohibido constitucionalmente debido a las gigantescas repercusiones que pueden surgir a raíz de un cambio tan profundo en el sistema normativo. Se trata de una norma que la Constitución siempre repugnó, pero es preferible reconocer su existencia viciosa y darle protección a soportar las tremendas consecuencias que podrían tener lugar por la retrotracción de la eliminación de la norma. El Constituyente reemplaza los efectos propios de la nulidad al disponer que la norma inconstitucional “se entenderá derogada”.⁷⁶ Debemos entender que los efectos propios de la derogación tendrán lugar en la eliminación del precepto legal, con toda la seguridad jurídica que ello implica. La irretroactividad viene a reforzar el efecto derogatorio atendida la verdadera naturaleza de la inconstitucionalidad de la ley. La expresión “no producirá efecto retroactivo”, viene a significar la no admisión de excepción alguna en materia de irretroactividad (salvo por el caso de la ley penal más benigna, Art. 19, N° 3, inc. 7°, de la Carta Fundamental), ya que la simple derogación admite excepciones en materia legal, lo que con la sentencia derogatoria no resulta aplicable.

La derogación del precepto inconstitucional podría dejar un vacío en el ordenamiento jurídico que deberá integrarse de la manera que el propio sistema dispone. Así, “en el caso que la declaración de inconstitucionalidad recaiga sobre legislación especial sobrevivirá la legislación común sobre la materia”,⁷⁷ y si ello no ocurre deberán utilizarse las herramientas que otorga el sistema jurídico, tal como lo es el Art. 24, del Código Civil. No le corresponde al Tri-

⁷⁵ En esta materia, el profesor Otero expresó que “la nulidad declarada por un tribunal produce el efecto de ineficacia total del acto jurídico, sea éste ley (...), el efecto propio de la nulidad es que el acto nulo no produce efecto jurídico alguno. (...) en el hecho, la nulidad implica que tal acto carece de todo valor y, por tanto, no obliga a persona alguna.” Intervención del profesor Otero, II Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 261.

⁷⁶ En la historia fidedigna del establecimiento de la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, quedó expresa constancia de esta situación en la intervención del profesor Otero, quien expresó que “para evitar el efecto retroactivo de la nulidad debe establecerse que la sentencia sólo producirá efectos para el futuro, después de publicada en el Diario Oficial. Con ello, las sentencias judiciales ejecutoriadas no serán afectadas y todo lo pendiente se resolverá con absoluta prescindencia de la norma declarada inconstitucional”. Intervención del profesor Otero, II Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 265.

⁷⁷ PICA FLORES, Rodrigo y BILICIC CERDA, Tomislav (Noviembre de 2007) p. 31.

bunal Constitucional resolver los conflictos que el vacío pudiera generar en el sistema de Estado de Derecho.⁷⁸

3. La presunción de constitucionalidad de la ley:⁷⁹ Los tribunales deben aplicar el precepto legal impugnado mientras este no sea eliminado por la sentencia derogatoria, lo que constituye un fortalecimiento de la presunción de constitucionalidad de la ley. Lo anterior se funda en la seguridad jurídica necesaria en la existencia o inexistencia de las leyes.⁸⁰ La presunción consiste en que la ley se reputa temporalmente subordinada a la Carta Fundamental y, por consiguiente, debe ser obedecida por todos. Así, los “órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”. Si se presume que la norma está conforme con la Constitución, entonces los órganos del Estado deben someter su acción a ella.⁸¹

La sentencia derogatoria presenta un efecto adverso a lo anterior, por cuanto su irretroactividad consolida la existencia transitoria de la ley inconstitucional en el orden jurídico, teniendo plena aplicación respecto de las situaciones acaecidas con anterioridad a la publicación de la sentencia. Con dicha publicación, en ese tiempo intermedio la presunción se vuelve de derecho, no admitiendo prueba en contrario. Por ello, el control en abstracto –aunque resulte paradójal– se convierte en un acto protector de la legislación viciosa.

⁷⁸ Como lo demuestran los autores citados precedentemente, este es el criterio que el Tribunal ha asumido en su jurisprudencia en materia del recurso de inaplicabilidad.

⁷⁹ La presunción de constitucionalidad de la ley encuentra asidero en la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución Política de 1980, donde se dejó constancia en la Comisión de Estudios de una interpretación dada por el señor Bertelsen, a la que todos los miembros presentes asintieron. Actas Oficiales de la Comisión, Sesión 411, p. 3442 y 3443, citada por REYES RIVEROS, Jorge (1998), p. 8.

⁸⁰ Permitir que los particulares puedan desconocer los efectos de la presunción de constitucionalidad importaría que ellos administren Justicia por sí mismos, en circunstancias que en un Estado de Derecho no corresponde que ello ocurra. Lo anterior, debido a que dicha función se encuentra entregada de manera exclusiva y excluyente a los tribunales que determine la ley, según expreso mandato de los Arts. 7, 19, N° 3, inc. 1° y 4, y el Art. 76, todos de la Carta Fundamental. Por otra parte, la apariencia de validez de una ley inconstitucional que es obedecida por la población de buena fe, debe ser protegida por el ordenamiento jurídico.

⁸¹ Lo anterior se desarrolla dentro de la actitud del Tribunal Constitucional de aplicar la sentencia derogatoria sólo si no es posible conciliar el texto de la Constitución con el precepto impugnado, como ya se explicó. El principio de presunción de constitucionalidad ha sido recogido por la jurisprudencia. Véase la sentencia derogatoria del Art. 116, del Código Tributario, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Sentencia rol N° 681-2006, consid. 7°. Además, véanse las sentencias rol N° 257, 271, 293, 297 y 309. En esta última, se señala que “se presumen válidas y legítimas las normas aprobadas por los Poderes del Estado y que sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella.” TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2000) Sentencia rol N° 309-2000, consid. 2°. Sobre esta materia, véase además a DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2007) p. 455; a SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997) p. 159.

Para algunos, la presunción de constitucionalidad tiene como consecuencia el principio o regla de deferencia al legislador, aspecto nada de pacífico en la doctrina. Esta regla se funda en que la norma inconstitucional fue generada por los órganos colegisladores elegidos de manera democrática por la ciudadanía, mientras que el Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional de integración no democrática, y sus decisiones son tomadas de “acuerdo a Derecho”, y no sobre la base de consideraciones políticas. El legislador es una función del Estado separada de la función jurisdiccional, por lo que las decisiones de la jurisdicción constitucional deben respetar al legislador en cuanto función independiente. En palabras del informe explicativo de los vetos emanados del Presidente de la República en la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, el Tribunal Constitucional se convierte en “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 última ratio que dicha fórmula exige.”⁸²⁻⁸³

A mi juicio, dicha regla es del todo confusa y carece de sustento jurídico-constitucional suficiente. No se puede restringir el articulado de la Constitución con reglas que ella no dispone. Si bien es cierto que la presunción de constitucionalidad resulta un principio de lógica jurídica que puede desprenderse

⁸² Presidente de la República (2005). Formula observaciones al proyecto de reforma constitucional correspondientes a los boletines N° 2526-07 y 2534-07. Explicaciones de los vetos. P. 15.

⁸³ Debido a la regla de deferencia hacia el legislador, en la historia fidedigna del establecimiento de la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, se deja constancia de la relevancia de notificar a los órganos colegisladores con el objeto de que estos puedan dar su opinión. (Véase Presidente de la República (2005). Formula observaciones al proyecto de reforma constitucional correspondientes a los boletines N° 2526-07 y 2534-07. Explicaciones de los vetos. P. 15). A juicio de la Ministra del Tribunal Constitucional Marisol Peña, “La inconstitucionalidad sólo procederá sí, desde ninguna perspectiva o interpretación, es posible conciliar el aludido precepto con la Carta Fundamental. De aquí se deduce que las declaraciones previas de inaplicabilidad no importan una inconstitucionalidad automática. La conclusión precedente no sólo se funda en la diferencia de alcances entre la inaplicabilidad, que se aplica a un caso concreto, y la inconstitucionalidad, que tiene efectos generales, sino que se vincula a un criterio hermenéutico que ha inspirado tradicionalmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Se trata de la presunción de constitucionalidad de la ley que se traduce en la “deferencia razonada” con que debe obrar el Tribunal Constitucional respecto del legislador. Cabe agregar que nuestro Tribunal ha extendido también este principio de “deferencia razonada” al juzgador para distinguir, claramente, las materias que son competencias de esta magistratura de aquéllas que les corresponden a los jueces de la instancia. Pensamos que la prudencia con que se actúe en este punto será decisiva para aplacar las siempre presentes críticas a la labor de nuestro Tribunal Constitucional, al que como a todos, se imputa el rótulo de “legislador negativo” para evidenciar el efecto que producen sus sentencias de sustituir o modificar la voluntad del legislador.” PEÑA TORRES, Marisol (2007) p. 37. En el mismo sentido el Ministro del Tribunal Constitucional José Luis Cea, ha señalado que “tan importante como el principio de prudencia es el principio del respeto. Para nosotros, el órgano legislador es un órgano del Estado extremadamente respetado, porque es el que adopta semana a semana las grandes decisiones políticas. No podemos intervenir en el ejercicio de una facultad que la Constitución le ha entregado privativamente. Sólo corresponde que podamos preocuparnos de las materias legislativas cuando la propia Constitución nos permite acudir a ella”. CEA EGANA (2006-b) entrevista publicada en El Mercurio, de 21 de mayo de 2006, Cuerpo D, p. 15.

fácilmente, resulta falacioso extender dicha presunción a una regla de deferencia que estaría implícita. Las razones de la presunción de constitucionalidad arrancan de la irretroactividad de la sentencia derogatoria, en circunstancias que la regla de deferencia arranca con argumentos relativos al diseño político institucional. Por lo anterior, la conexión entre ambos postulados no es clara. Asimismo, la presunción opera en un espacio limitado, cual es, el período de validez del precepto impugnado, mientras que la regla de deferencia operaría (para sus defensores) de manera permanente.

4. Efectos en las futuras sentencias del Tribunal Constitucional: ¿Las resoluciones adoptadas a propósito del control represivo de constitucionalidad en abstracto constituyen precedentes obligatorios que el propio Tribunal debe respetar? La sentencia derogatoria hace desaparecer el precepto legal impugnado, por lo que no cabe impugnar lo inexistente. Se trataría de una acción carente de objeto. Así, no cabe una declaración de inconstitucionalidad futura. No cabe derogar una norma dos veces, ni declarar su nulidad en más de una ocasión. Distinta es la situación de la sentencia desestimatoria, esta es, la que declara constitucional el precepto impugnado, ya que luego de que una sentencia rechaza la inconstitucionalidad, el precepto continúa protegido por la presunción de constitucionalidad.

Debe tenerse en cuenta que el proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, dispone que "Toda sentencia del Tribunal que modifique o altere sustantivamente lo que haya resuelto con anterioridad sobre la misma materia, deberá declarar tal circunstancia y precisar las razones fundadas en que dicho cambio se sustenta."⁸⁴ En consecuencia, la reforma traería consigo la idea de que el Tribunal no debe respetar necesariamente las resoluciones adoptadas con anterioridad. Para proceder a cambiar lo resuelto sobre la misma materia, deberá explicar los fundamentos en que se sustenta tal decisión. Así, se deduce la idea de que las resoluciones del Tribunal Constitucional no constituyen precedentes obligatorios, sino sólo referenciales.

La intención es que la jurisprudencia del Tribunal se mantenga uniforme, salvo que exista una "razón fundada". Así, por ejemplo, una buena razón para alterar la jurisprudencia del Tribunal recaería en la necesidad de adaptar su jurisprudencia a una reforma constitucional sobreviniente. El texto aprobado por el Senado no incluye la posibilidad de alterar una resolución con autoridad de cosa juzgada constitucional, sino que simplemente le permite modificar el sentido en que deba entenderse una materia jurídica específica.⁸⁵

⁸⁴ Oficio de modificaciones de la Cámara revisora a la Cámara de origen, que contiene el proyecto modificado por el Senado, de fecha 20 de diciembre de 2007. Boletín N° 4059-07. P. 14.

⁸⁵ Para el profesor Paulino Varas la modificación en estudio importa introducir en nuestra legislación la institución del precedente anglosajón, oponiéndose a dicha modificación por diversos problemas que denuncia. Véase VARAS ALFONSO, Paulino (2007) p. 443-444.

Sin perjuicio de lo ya señalado, debe analizarse si el control preventivo de constitucionalidad de la ley (antes de la promulgación de la ley. Art. 93, N° 1 y N° 3, de la Constitución) condiciona o no a una eventual declaración represiva de inconstitucionalidad. Si el control preventivo declara la inconstitucionalidad, entonces el precepto no nace a la vida del Derecho (inc. 2°, Art. 94, de la Carta Fundamental). En consecuencia, al no existir norma jurídica, no cabe el control represivo. En cambio, si el Tribunal declara que el precepto examinado es constitucional, entonces ¿cabe el control represivo de la constitucionalidad del mismo? Para responder esta pregunta es necesario distinguir entre el control represivo en abstracto y el control represivo en concreto. Me haré cargo del primero.⁸⁶

En el caso del control represivo en abstracto, creo que el control preventivo constituye un precedente obligatorio que debe ser respetado por el propio Tribunal Constitucional, debido a que las resoluciones que dicta no admiten recurso alguno, no pudiendo modificarse los efectos de la cosa juzgada constitucional mediante una declaración posterior. Afirmar lo contrario implicaría desconocer los efectos del primer control. Lo que afirmo en este punto se encuentra ratificado por la historia fidedigna del establecimiento de la reforma constitucional que dio origen a la Ley N° 20.050, fuente jurídica derivada que dio origen a la atribución en estudio.⁸⁷ Lo anterior resulta bastante lógico si se

⁸⁶ En la tesis de grado que dio origen a este trabajo, analizo con profundidad la procedencia del recurso de inaplicabilidad no obstante su declaración de constitucionalidad previa. Me inclino por sostener que procede, por las razones que allí indico. Cabe hacer presente que el proyecto de ley que modifica la Ley del Tribunal Constitucional, propone una solución directa en esta materia al disponer una norma similar a la existente en el primitivo recurso de inaplicabilidad que conocía la Corte Suprema disponiendo que "Resuelto por el Tribunal de que un precepto legal determinado es constitucional, no podrá declararse inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia". (Presidente de la República (2005) Mensaje con el que inicia proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional correspondiente al Boletín N° 4059-07, de 7 de diciembre de 2005). En consecuencia, si el vicio invocado es distinto procede la formulación del incidente de inaplicabilidad. Al respecto, cabe tener en consideración que si el recurso de inaplicabilidad no procede, entonces tampoco puede proceder el recurso de inconstitucionalidad, ya que este último exige como presupuesto la sentencia previa de inaplicabilidad. En este mismo sentido se pronuncia SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, SILVA GALLINATO, Pía (2007) p. 378.

⁸⁷ En efecto, el senador Larraín sostuvo que "los efectos generales de tales declaraciones también deben ser vinculantes para el propio Tribunal Constitucional." Manifestó que "tanto el efecto derogatorio como la declaración de constitucionalidad deberían tener carácter definitivo". (Intervención del senador Larraín, II Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 272-273). el Ministro señor Insulza expresó que "coincido con el criterio de que no deberían proceder recursos de inaplicabilidad respecto de normas que han sido objeto de control preventivo de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional." Explicó que "la interposición de tales recursos podría significar entorpecimientos de graves consecuencias tratándose, por ejemplo, de tratados internacionales de connotación económica." En consecuencia, "planteó la improcedencia de los señalados recursos, tanto respecto de las leyes orgánicas constitucionales, de las interpretativas de la Constitución y de los tratados internacionales, todos los cuales habrán sido previamente conocidos por el Tribunal Constitucional" (Intervención del ministro señor Insulza senador Larraín, II Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 273-274). Cabe hacer presente que el resto de los miembros de la Comisión no se hizo cargo de la opinión del Ministro Insulza, y tampoco se acordó dejar constancia de la Comisión al respecto.

piensa que el control preventivo tiene como objetivo impedir que un precepto inconstitucional nazca a la vida del Derecho. Si la jurisdicción constitucional, conociendo del mismo y examinándolo en un análisis jurídico abstracto, determina que el precepto se ajusta a la Carta Fundamental, entonces no cabe impugnar el mismo con efectos generales, pues se estaría reviviendo un proceso fenecido, desconociendo la cosa juzgada, violando el Art. 94, y, finalmente, el espíritu de la Constitución. Ello, sobre todo si se considera que el primero de los controles preventivos –el del Art. 93, N° 1, de la Constitución–, opera de manera obligatoria, buscando un pronunciamiento definitivo en lo relativo a la cuestión. El constituyente ha determinado que este control es obligatorio debido a que las normas que son objeto del mismo revisten una importancia especial, por lo que las materias que ellas regulan quedan especialmente protegidas por este control. De esta manera, se busca eludir los efectos que podría traer una eventual eliminación del precepto.⁸⁸ Asimismo, no tiene sentido admitir la coexistencia de dos controles abstractos diferentes que tienen igual finalidad.

5. Efectos en los procedimientos de inaplicabilidad: Deben distinguirse diversas situaciones. La más polémica la analizaré en el apartado siguiente:

a. Los incidentes de inaplicabilidad acogidos antes de la declaración constitucionalidad: La sentencia derogatoria no puede producir efecto alguno en la sentencia de inaplicabilidad ya ejecutoriada debido a la autoridad de la cosa juzgada constitucional. Sostener la posibilidad contraria implicaría abrir la puerta a la revisión de procesos fenecidos, alterando las reglas del debido proceso porque la sentencia del órgano que ejerce jurisdicción no se fundaría en un proceso previo, sino en un proceso posterior, no siendo emplazadas las partes en este último. En lo relativo a los procedimientos de inaplicabilidad rechazados antes de la declaración estimatoria de inconstitucionalidad, éstos no sufren modificaciones, ya que la sentencia derogatoria no produce efectos retroactivos.

b. Recursos de inaplicabilidad interpuestos con posterioridad a la declaración abstracta de constitucionalidad (aquella que rechaza acción pública). La circunstancia de que una sentencia del Tribunal haya declarado subordinada una norma legal a la Carta Fundamental, no altera la posibilidad de que se deduz-

⁸⁸ Importante es recordar, que el control preventivo de la constitucionalidad de la ley exige un quorum menor para la declaración de inconstitucionalidad que el control represivo (Arts. 92, 93, N° 1 y 3, y N° 7, de la Constitución). Así, resulta más difícil declarar la constitucionalidad en el control preventivo que en el represivo, por cuanto en el segundo basta superar el quinto de los votos mientras que en primero se requiere de la mayoría. No obstante todo lo dicho precedentemente, debe hacerse hincapié en el proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, ya citado. En mi parecer, este precepto no puede alterar la posición que sostengo. Sin embargo, debe reconocerse que la materia será polémica.

can recursos de inaplicabilidad en su contra, debido a que la naturaleza del procedimiento de inaplicabilidad implica que la causa de pedir sea diferente. En un caso se solicita la eliminación del precepto (lo que se rechazó), y en el siguiente se solicita la no aplicación del mismo a un caso particular. Es perfectamente posible aceptar la coexistencia de ambos controles justamente porque persiguen objetivos diversos.⁸⁹ Así, procede la inaplicabilidad de un precepto que se ajusta a la Constitución, mientras el mismo se pueda aplicar en un caso concreto de una manera inconstitucional. No obstante lo anterior, debe tenerse presente que el proyecto de ley que modifica la ley del Tribunal Constitucional se hace cargo de esta situación. De prosperar esta norma, procedería el recurso de inaplicabilidad sólo si ella se funda en un vicio diferente que aquel que ha servido de fundamento a la declaración de constitucionalidad.⁹⁰

6. Efectos en los procesos pendientes.

Si el proceso ha finalizado con autoridad de cosa juzgada, la derogación del precepto legal no puede afectarlo. El problema se suscita con los procesos que se encuentran en actual tramitación. En aquellas gestiones jurisdiccionales pendientes donde no se interpuso el incidente de inaplicabilidad antes de la publicación de la sentencia derogatoria, entonces ha precluido el derecho a impetrar la cuestión. Debe recordarse que la cuestión de inaplicabilidad implica revisar la legitimidad de la norma en la aplicación del precepto impugnado para el caso particular de que se trata, por lo que no puede verse influido por otros procesos similares. La ley, aun estimada inconstitucional, debe aplicarse al caso concreto si las normas de vigencia así lo establecen.

Son los propios tribunales los llamados a calificar dicha situación, no correspondiendo al Tribunal Constitucional pronunciarse respecto a ello. Lo anterior se debe a que luego de eliminado el precepto legal, los problemas que se generan en los procesos pendientes se vinculan con la vigencia del mismo, y no con la eventual inconstitucionalidad de este, la que ya deja de ser discutida.⁹¹

⁸⁹ Esta situación no tiene lugar con la lógica inversa. Como se explicará en este trabajo, la existencia de una norma derogada por inconstitucionalidad no posibilita la procedencia del recurso de inaplicabilidad, porque los efectos de la cosa juzgada absoluta alcanza a los casos que tengan lugar a futuro.

⁹⁰ Sigue la misma línea que la sostenida con ocasión del primitivo recurso de inaplicabilidad que era de competencia de la Corte Suprema. Así, se dispone que "Resuelto por el Tribunal de que un precepto legal determinado es constitucional, no podrá declararse inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia". En consecuencia, si se trata de vicios distintos, procede la inaplicabilidad. Presidente de la República (2005) Mensaje con el que inicia proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional correspondiente al Boletín N° 4059-07, de 7 de diciembre de 2005.

⁹¹ Así, Juan Colombo, ha sostenido que "Ese es un problema del tribunal correspondiente, lo que no pueden hacer es aplicar lo que nosotros hemos derogado. Ellos sabrán si esa ley puede o no tener efectos en un determinado proceso, nosotros no podemos entrar a calificar eso. Hoy el tribunal es el único que puede pronunciarse respecto de cuestiones de constitucionalidad de las leyes, de manera que cualquier tribunal que tenga un problema de constitucionalidad debe remitir el proceso al tribunal y así se ha estado haciendo (...)." COLOMBO CAMPBELL (2007) entrevista publicada en Revista La Semana Jurídica, N° 365, p. 5.

El precepto legal ya está derogado, por lo que su aplicación dependerá de los efectos temporales que dicha norma tiene producto de la irretroactividad de la sentencia derogatoria. Se trata de una norma que tuvo una vigencia temporal, por lo que queda protegida constitucionalmente en ese periodo. Esto ocasiona evidentes inequidades entre aquellos casos en que se dedujo oportunamente un recurso de inaplicabilidad, y aquellos en que dicho recurso no se dedujo. En mayo de 2007 la Corte Suprema envió un oficio al Tribunal Constitucional con el objeto de que este se pronuncie acerca de una causa particular, solicitando que precise los efectos de la sentencia derogatoria.⁹² El Tribunal Constitucional respondió el oficio que le dirigiera la Corte Suprema en julio de 2007. Se señaló que “Este Tribunal estima que la sentencia de inconstitucionalidad (...) no produce, ni puede producir, ningún efecto respecto de la facultad privativa que tiene vuestra Excelencia para resolver, en ejercicio de su competencia, la causa sub-lite, puesto que la potestad emanada de nuestra jurisdicción constitucional, se agota, en el caso concreto, con la decisión derogatoria expresada en dicha sentencia (...). No se pueden cuestionar los efectos que dicha norma contraria a la Constitución generaría hasta la fecha en que cesa su vigencia, ni cuestionar tampoco la validez de los actos realizados a su amparo, toda vez que la declaración de esta magistratura no produce efectos retroactivos. (...) la sentencia de este Tribunal que declara la inconstitucionalidad (...) en nada difiere, en cuanto a sus efectos, de los que hubiese tenido una ley derogatoria (...)”.⁹³

Conociendo de recursos de inaplicabilidad interpuestos con posterioridad a la sentencia derogatoria en contra del derogado Art. 116, del Código Tributario, la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional ha sostenido que el control concreto no procede luego de la declaración de inconstitucionalidad en abstracto.⁹⁴ Lo anterior implica que necesariamente el precepto legal impugnado debiera tener aplicación en el proceso pendiente, ya que la irretroactividad

⁹² CORTE SUPREMA (2007) Oficio N° 4292-2007, consid. 7°.

⁹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Oficio dirigido a la Corte Suprema en respuesta al oficio de la misma N° 4292-2007, consid. 4°, 6°, 7° y 8°.

⁹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Sentencia rol N° 686-2006, consid. 6°, 7°, 9° y 10°. Debe señalarse que el voto disidente de los Ministros Mario Fernández Baeza y Jorge Correa Sutil, quienes fueron partidarios de entrar a conocer el recurso de inaplicabilidad fundados en que en casos anteriores el Tribunal ha resuelto todo lo contrario; en que un precepto legal derogado puede perfectamente ser decisivo en la resolución de un asunto pendiente debido al efecto ultra activo de la ley derogada. Agregan que esta es la única manera de evitar las desigualdades que se producen por la coexistencia de dos estatutos jurídicos diferentes. Muchas son las sentencias que siguen el voto mayoritario. Véase sólo a modo ejemplar la sentencia rol N° 870; sentencia rol N° 871; sentencia rol N° 885; sentencia rol N° 964; todas del 31 de enero de 2008. Pueden encontrarse múltiples resoluciones en idéntico sentido, constituyéndose en una jurisprudencia que difícilmente se revertirá en el futuro.

de la declaración de inconstitucionalidad impediría la exclusión concreta del mismo.⁹⁵

Así, corresponderá al Poder Judicial determinar la forma de solucionar las inequidades que se producen. Sin perjuicio de lo anterior, debe recordarse que este precepto tiene un carácter especial, pues se trata de una norma ordenatoria litis, debido a lo cual las consecuencias de la derogación no son similares a las de una norma sustantiva. El efecto propio de la inconstitucionalidad declarada por la sentencia estimatoria es idéntico al de la derogación de las leyes, debiendo por consiguiente aplicarse el régimen jurídico de la derogación. Todo lo obrado procesalmente con anterioridad a la publicación de la sentencia derogatoria debe entenderse válido debido a la irretroactividad. Las normas procesales rigen, por regla general, *in actum*.

Una solución propuesta dentro del Poder Judicial, es la aplicación de la nulidad procesal. Así, puede citarse –entre varios casos similares– un proceso seguido ante la Corte de Apelaciones de Rancagua que había sido conocido en primera instancia por un juez tributario con facultades delegadas. La sentencia de inconstitucionalidad derogó el precepto que permitía la derogación de la facultad jurisdiccional de los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos. Entonces, se presentó el problema de si la derogación afectaba el proceso o no. La Corte de Apelaciones de Rancagua, en una resolución de junio de 2007, determinó que lo obrado por el delegado es nulo, ya que la delegación se quedó sin un sustento legal (Nulidad procesal: Art.83 y 84, del Código de Procedimiento Civil).⁹⁶

Con este fallo, se generó otro problema práctico, consistente en la gran cantidad de causas que pueden quedar sin efecto si se sigue el mismo criterio. No obstante ello, esta tesis jurisprudencial sólo puede tener aplicación respecto de procesos no afinados o no finalizados por sentencia que tenga autoridad de cosa juzgada.

⁹⁵ Por lo mismo, en el mismo fallo citado, el Ministro Enrique Navarro Beltrán previene que debió proveerse que no es necesario emitir pronunciamiento debiendo estarse a lo resuelto con la sentencia derogatoria del mismo artículo. Por otra parte, Enrique Aldunate señala que “La única forma de entender esto, en términos jurídicos, es asumiendo que la sentencia de 27 de marzo de 2007 incide en algo en los sucesos acaecidos con anterioridad, y en la vigencia misma del artículo 116, que pudo habérseles aplicado. En buen castellano, que su sentencia tiene, de alguna manera, efecto retroactivo. La Constitución prescribe lo contrario. ¿Quo vadis, tribunal?”. ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2007).

⁹⁶ CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA (2007) Sentencia rol N° 778-2006, consid. 5°, 6°, 7°, 8° y 9°. Este fallo es un ejemplo de las invalidaciones que algunas Cortes de Apelaciones han hecho respecto de aquellos juicios en que intervino el juez tributario delegado. Dicha nulidad se refiere a los actos del juez delegado pero “no anulan liquidaciones, giros, pagos o resoluciones que han incidido en el pago de un impuesto”, ya que el fallo del Tribunal Constitucional se ha limitado a declarar que el juicio en primera instancia debe ser tramitado por quien legalmente corresponda. En consecuencia, debe repetirse el proceso ante el Director Regional.

En una situación similar, la Corte Suprema optó por adoptar una decisión distinta con fecha 1 de octubre de 2007: determinó que la derogación no procede con efectos retroactivos, por lo que las causas pendientes donde tenga aplicación el Art. 116, del Código Tributario, deben seguir respetando la vigencia de dicho precepto. Reconoce la Corte Suprema la inequidad que ello genera, por lo que dispone la obligación del órgano jurisdiccional de requerir de oficio al Tribunal Constitucional para que éste se pronuncie acerca de una eventual inaplicabilidad.⁹⁷ Ya sentada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la comunicación entre los más altos tribunales de la República estuvo encerrada en remisiones recíprocas. La consecuencia de ello es que nadie se hizo cargo del problema.

Finalmente, ante la jurisprudencia reiterada y uniforme del Tribunal Constitucional en el rechazo de las inaplicabilidades que le llegaban de la Justicia Ordinaria, la Corte Suprema – con fecha 4 de junio de 2008- decidió invalidar de oficio mediante la nulidad procesal un proceso tributario. Los fundamentos de dicha sentencia dicen relación con que la sentencia derogatoria afecta las causas en actual tramitación, fundado en la igualdad ante la ley (consid. 19 y 20). Es de esperar que esta sentencia sienta un precedente final para uniformar la jurisprudencia existente al interior del Poder Judicial, y que el resto de los procesos sean anulados de igual manera.⁹⁸ Dicha sentencia utiliza el mismo criterio que propuse en mi tesis de grado.

En efecto, el Art. 116, del Código Tributario, es una norma ordenatoria litis, por lo que debieran aplicarse las normas generales de vigencia relativas al procedimiento. En efecto, las modificaciones legales introducidas en los procedimientos que se siguen ante los Tribunales de Justicia operan *in actum* (véase el consid. 17), por lo que si el proceso se encuentra pendiente entonces corresponde ha-

⁹⁷ CORTE SUPREMA (2007) Sentencia rol N° 4040-2006, consid. 6°, 7°, 8°, 9°, 10°, 11°, 12°, 13°, 14°, 15°.

⁹⁸ CORTE SUPREMA (2008) Sentencia rol N° 2849-2006, de fecha 4 de junio de 2008. Dicha sentencia fue redactada por el Ministro Pierry. Cabe reproducir las siguientes consideraciones: "Que de acuerdo a todo lo expuesto y por haber sido derogada la norma, no puede tener aplicación en el presente juicio; y los efectos de dicha derogación tienen que ser los mismos que los de la declaración de inaplicabilidad anterior, por cuanto –y repitiendo el concepto– la norma legal derogada producía efectos permanentes y la decisión acerca de la validez o nulidad del proceso depende precisamente de la aplicación o no de la norma o de su existencia. Al haber ésta desaparecido, no puede ser aplicada al juicio tributario respecto del cual ella era el sustento, produciéndose el decaimiento de sus efectos procesales y la correspondiente nulidad, por lo que procede así declararlo." (consid. 22) "en la especie ha existido respecto del tribunal que conoció de la causa falta de legitimación en el ejercicio de la jurisdicción, por lo que cabe concluir que de los tres presupuestos básicos de la relación procesal –a saber, el tribunal, las partes y la contienda– ha faltado el primero, es decir, no ha existido un tribunal con jurisdicción. Tal situación, por su naturaleza, puede ser observada en cualquiera etapa del juicio por el tribunal que esté conociendo de él y acarrea de un modo inevitable en nuestro sistema jurídico la correspondiente declaración de nulidad, lo que se hará en virtud de lo previsto en los artículos 83 inciso 1° y 84 inciso final del Código de Procedimiento Civil" (consid. 23).

cer las modificaciones que el cambio legal implica.⁹⁹⁻¹⁰⁰ En este mismo sentido, Paul Roubier recuerda que “el proceso mismo constituye una situación actual y pendiente, que nada tiene que ver con las situaciones pasadas que se debaten dentro del pleito. De ahí que sea lógico aplicar la nueva ley”.¹⁰¹⁻¹⁰²

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, debe analizarse si proceden o no los recursos de inaplicabilidad presentados con anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia derogatoria. El precepto legal inconstitucional estuvo vigente al momento de deducirse el recurso de inaplicabilidad por mandato de la Constitución. Debe analizarse si el tribunal de la instancia está obligado o no a aplicar el precepto cuestionado de acuerdo a las reglas relativas a los efectos de la ley en el tiempo. Si dichas reglas ordenan su vigencia, entonces

⁹⁹ En efecto, el Art. 24, de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, dispone que “Las leyes concernientes a la substanciación y ritualidad de los juicios prevalecerán sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, pero los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”. Véase también DUCCI CLARO, Carlos (2005) p. 74.

¹⁰⁰ Debe señalarse que el Mensaje del proyecto de Ley sobre efecto retroactivo expresó: “En orden a las leyes relativas al sistema de enjuiciamiento, el Proyecto establece que tengan inmediato efecto desde el instante de su promulgación. Las leyes de esta naturaleza jamás confieren derechos susceptibles de ser adquiridos; por consiguiente, nada hay que pueda oponerse a su inmediato cumplimiento. Para salvar los embarazos que pudieran resultar de los cambios súbitos en la ritualidad de los juicios, basta que los trámites pendientes se lleven a término con arreglo a la ley bajo cuyo imperio se hubieran iniciado”. Citado por ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 246-247.

¹⁰¹ ROUBIER, Paul, citado por ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 247. No obstante ello, debe reconocerse que el punto es polémico y que el mismo argumento que esgrimo puede ser utilizado por la doctrina contraria, ya que habría una “actuación o diligencia que ya estuvieren iniciadas”, las que se rigen por la “ley vigente al momento de su iniciación”. La discusión se centraría en si podemos considerar al Art. 116, del Código Tributario, como una norma que establezca una “actuación”, la que sería el acto delegatorio.

¹⁰² Por otra parte, debe recordarse que la materia en estudio dice relación con atribuciones de órganos públicos, materia de Derecho Público. Como es sabido, las modificaciones existentes en materia de Derecho Público también operan in actum. ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 252-255. Se reconoce una discusión en la doctrina respecto a este punto, donde ciertos autores opinan que las reglas de competencia no pueden ser alteradas por una ley nueva, mientras otros estiman que las nuevas legislaciones pueden aplicarse a todos los asuntos que no han sido fallados definitivamente. Comparto la última de estas. Los partidarios de la primera postura se sustentan en el principio de la radicación o fijeza (Art. 109, del Código Orgánico de Tribunales), entendiendo a la modificación o derogación de la ley procesal como una causa sobreviniente. También fundan su doctrina en el Art. 19, N° 3, de la Constitución, que prohíbe las comisiones especiales y establece el principio de legalidad del Tribunal, y que dicha legalidad sea anterior a la perpetración del hecho. La postura que sostengo señala que el tribunal comienza a carecer de competencia desde que la nueva ley principia a regir, “porque de otra manera se arrogaría facultades no conferidas por la ley”, vulnerando el Art. 7, de la Constitución. Se cita además al Art. 24, de la Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes, ya reproducido. Así, Manuel Egidio Ballesteros (también citado por ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 253-254) sostiene que “es indudable que una ley de Derecho Público rige desde su vigencia, cesando desde entonces las facultades que ella deroga, y adquiriendo desde ese momento los funcionarios a quienes las transfiere, salvo que la misma ley disponga otra cosa.

procede declarar la inaplicabilidad. Si por el contrario, dichas reglas excluyen su aplicación, luego el incidente de inaplicabilidad carece de objeto.¹⁰³

No corresponde analizar la cuestión tomando la fecha de publicación de la sentencia, debido a que dicha fecha importa con ocasión de los efectos que la misma producirá. La fecha que realmente debería tomarse en consideración es aquella que se invoca como momento jurídico para la aplicación o inaplicación del precepto impugnado con el incidente de inaplicabilidad. Si se invocan derechos adquiridos durante el período de vigencia transitoria de la ley derogada, entonces dicha ley existe y se aplica por efecto de la irretroactividad de la sentencia derogatoria (situación que no ocurre respecto del primitivo Art. 116, del Código Tributario, por tratarse de una norma no sustantiva). La única manera de eludir su aplicación es mediante el recurso de inaplicabilidad, y si este no se admite, entonces la única solución posible es la obligatoriedad de aplicar el precepto inconstitucional debido a su vigencia temporal. Asimismo, si el derecho fue adquirido fuera del período de vigencia de la ley eliminada, esto es, luego de la publicación en el Diario Oficial de la sentencia derogatoria, entonces no cabe el recurso de inaplicabilidad debido a que el precepto impugnado dejó de existir y nada tiene que ver con el derecho adquirido. En consecuencia, no resulta necesario impetrar el incidente de inaplicabilidad, ya que la norma no existe.¹⁰⁴ El recurso de inaplicabilidad cabe mientras exista una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial en que se pueda aplicar el precepto legal cuestionado. Por consiguiente, el derecho a formular el incidente persiste mientras no se termine con dicha gestión (Art. 93, N° 6, de la Constitución).

7. Efectos respecto a las causas terminadas y la cosa juzgada: El principio de seguridad jurídica en que se funda la cosa juzgada queda protegido ante una eventual declaración de inconstitucionalidad. Si se quisiera eludir la aplica-

¹⁰³ Para el profesor Díaz de Valdés, existe otra razón para sostener lo que señalo, a propósito de la declaración de inconstitucionalidad del Art. 116, del Código Tributario. En efecto, señala que: "(...) la desestimación del recurso de inaplicabilidad podría dejar al recurrente en una suerte de indefensión (recordemos que la declaración de inconstitucionalidad no tiene efectos retroactivos), a menos que los tribunales ordinario tomen cartas en el asunto (...). Más aún, se podría argumentar una vulneración fundamental de la igualdad, dado que el Art. 116 no regiría para quienes hubiesen obtenido un fallo favorable en sus recursos de inaplicabilidad con anterioridad a la Sentencia, y tampoco para todo el resto de la población después de esa fecha. En cambio, el Art. 116 sí regiría, no obstante su inconstitucionalidad, para quienes sufrieron su aplicación antes de la Sentencia". DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2007) p. 462. Por otra parte, resulta útil señalar que en la propia historia fidedigna del establecimiento de la reforma constitucional de la Ley 20.050, se dejó constancia de que la igualdad es justamente uno de los principios que se tuvieron en consideración. A modo ejemplar, debe recordarse la intervención de Juan Colombo (Intervención del Ministro del Tribunal Constitucional, Juan Colombo, I Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 516-520) y del profesor Otero (Intervención del profesor Otero, II Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, del Senado. Primer trámite constitucional. Boletín N° 2526-07 y 2534-07. P. 262).

¹⁰⁴ Véase NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005) p. 434.

ción de un precepto legal inconstitucional en el caso sub-lite, entonces debió interponerse el correspondiente incidente de inaplicabilidad. Si ello no tuvo lugar, entonces la sentencia no tiene ningún vicio reprochable debido a que se fundó en una ley que obligaba al juez en virtud de la presunción de constitucionalidad.

Ahora bien, si la sentencia se funda en un precepto legal derogado por la sentencia de inconstitucionalidad, pero los hechos en que ella se pronuncia no se encuentran dentro del ámbito de aplicación temporal del precepto, como puede ser el caso de una causa originada por un contrato que se celebró con posterioridad a la publicación de la sentencia derogatoria, entonces sería procedente un recurso de casación en el fondo. Lo anterior, debido a una evidente infracción a la ley. Así, estimo que se configura la causal del recurso de casación en el sentido de que existe una “falsa aplicación de la ley”, que tiene lugar, a juicio del profesor Benavente, cuando “el juez la aplica a una situación no prevista por el legislador, o bien, deja de aplicarla a un caso ya reglado”.¹⁰⁵ Se trata de una ley que ha sido derogada, por lo que no puede ser aplicada.¹⁰⁶

8. Sobre los derechos adquiridos y la ley sobre el efecto retroactivo de las leyes:¹⁰⁷ La sentencia derogatoria no puede afectar derechos adquiridos bajo la protección temporal de la ley expulsada.¹⁰⁸ Al igual que en la derogación

¹⁰⁵ BENAVENTE, Darío (1984) p. 256.

¹⁰⁶ BENAVENTE, Darío (1984) p. 258

¹⁰⁷ Un derecho adquirido es aquel que se encuentra incorporado al patrimonio de una persona, mientras que una mera expectativa es aquella esperanza de adquirir un derecho eventual que aún no se ha incorporado en el patrimonio de una persona. A juicio del profesor Ducci, “por derecho adquirido se entiende el derecho que por un hecho o acto del hombre o por ministerio de la ley se ha incorporado al patrimonio, o bien, la facultad legalmente ejercida. Una mera expectativa es el derecho no incorporado al patrimonio o la facultad no ejercida legamente.” DUCCI CLARO, Carlos (2005) p. 71. Según la definición de Gabba, los derechos adquiridos entran al patrimonio por un hecho o acto del hombre (...) o directamente por ministerio de la ley, aquellos que se obtienen ipso iure (...).” Ahora bien, según Ruggiero, la ley nueva no puede lesionar (...) los derechos adquiridos; pero sí puede vulnerar las facultades legales y las simples expectativas, porque ni éstas ni aquellas constituyen derechos que hayan entrado definitivamente a formar parte del patrimonio de una persona (...). Puesto que al patrimonio no entran sino derechos privados, toda una serie de derechos se substraen al principio de la irretroactividad como son los que derivan de normas de Derecho Público, que no pueden dar lugar a derechos adquiridos”. Ambos autores son citados por ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 219.

¹⁰⁸ En este mismo sentido, se pronuncia el profesor Díaz de Valdés al estudiar la historia fidedigna de la tramitación del proyecto de reforma a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, la que actualmente se encuentra en discusión. La Presidencia de la República presentó una indicación relativa al principio de irretroactividad, donde se agrega que “tampoco se alterarán las relaciones jurídicas preestablecidas, ni se afectarán los derechos previos ni se originarán acciones de ningún tipo”, indicación que fue rechazada por resultar “redundante”. En consecuencia, debe entenderse que el legislador entiende que la interpretación correcta relativa a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, implica el respeto por las relaciones jurídicas preestablecidas y los derechos adquiridos, los que se encuentran cautelados por el principio de irretroactividad. “Redundante”, implica que la indicación es innecesaria por repetir lo que la propia Carta Fundamental expresa, razón por lo cual el respeto a los derechos adquiridos estaría asegurado. Indicación N° 125 al Proyecto de Ley que modifica la Ley 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Citado por DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2007) p. 466.

por vía legislativa, los derechos adquiridos al amparo de la ley anterior sobrevivirán a la derogación de la ley, siendo protegidos por la propiedad que existe sobre las cosas incorporales. Por consiguiente, existe una suerte de efecto ultra activo de los derechos mencionados.¹⁰⁹ Al señalar que la ley inconstitucional “se entenderá derogada”, el Constituyente derivado persigue que el régimen jurídico aplicable a la derogación de las leyes tenga aplicación. De esta forma, la ley sobre el efecto retroactivo de las leyes cobra un especial valor. Como lo señaló el profesor Ducci, “La primera solución la constituyen las disposiciones transitorias de las leyes (...). Cuando no existen disposiciones transitorias que resuelvan los problemas derivados del cambio de legislación, se debe recurrir entre nosotros a la ley de 7 de octubre de 1861, denominada ley sobre el efecto retroactivo de las leyes”.¹¹⁰ Así, la ley sobre el efecto retroactivo sólo resulta aplicable a los casos en que el legislador no haya previsto un tratamiento especial de la materia que regula, situación que ocurre con la sentencia derogatoria. La sentencia derogatoria no reconoce la posibilidad de que se regule mediante una disposición transitoria el conflicto que se suscita por la aplicación de las leyes en el tiempo.

Así, a modo de ejemplo, rige plenamente lo dispuesto en el Art. 22, de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, que dispone que “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”. Pues bien, si la ley inconstitucional se encontraba vigente al momento de la celebración del contrato, entonces dicha ley se encuentra incorporada al acto jurídico bilateral, produciendo la sobrevivencia de la ley no obstante su derogación. Esta sobrevivencia de la ley, que existe sólo con efectos particulares, rige respecto de las partes contratantes de la convención ya que los efectos generales propios de la legislación se transforman en los efectos particulares propios de ella, salvo por las excepciones que el mismo Art. 22 señala.¹¹¹

De todo lo expuesto, y en razón del análisis desarrollado, me parece que resulta fortalecida la doctrina moderna acerca de la existencia de los derechos adquiridos en el Derecho Público chileno.¹¹²

¹⁰⁹ En este sentido, deben recordarse las palabras de grandes autores civilistas. “La circunstancia de que una ley que atente contra el derecho de propiedad constituido regularmente bajo el imperio de otra, sea inconstitucional, hace que el legislador no pueda dictar leyes retroactivas con respecto al derecho de propiedad.” ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 216. En consecuencia, los derechos que existían al amparo de la ley derogada sobreviven bajo la tutela de la propiedad sobre las cosas incorporales.

¹¹⁰ DUCCI, Carlos (2005) p. 71.

¹¹¹ De esta manera, en palabras del profesor Ducci, “es la ley antigua la que rige tanto los requisitos externos como los requisitos internos de los actos y contratos y aún más los efectos de dichos actos en el futuro.” DUCCI CLARO, Carlos (2005) p. 73-74. Según el mismo autor, este precepto se aplica no sólo a los contratos, sino a todo acto jurídico, debido a un error en la tramitación de la ley, la que omitió la expresión “actos”. En esta materia, véase también a ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) p. 242-243.

¹¹² Sobre esta materia, véase SOTO KLOSS, Eduardo (1996) p. 211 y ss.

9. Efectos en otros procesos de inconstitucionalidad relativos al mismo precepto legal inconstitucional. La enervación de otras acciones: Si ventilado un procedimiento por inconstitucionalidad se presenten acciones de inconstitucionalidad paralelas, o coexistiendo con un proceso de oficio relativos a la impugnación del mismo precepto, bien podría el Tribunal Constitucional sentenciar un proceso antes que otros, o acumularlos todos para dictar una sentencia derogatoria única. Si llegase a anular el precepto legal con una acción o a través del procedimiento de oficio sin pronunciarse respecto de los procedimientos paralelos, éstos pierden su razón de ser, careciendo de objeto y de un elemento esencial del procedo. No puede declararse la inconstitucionalidad de una norma legal si ella ya ha sido eliminada del ordenamiento jurídico. Por ello, comparto la tesis sostenida por el profesor Díaz de Valdés.¹¹³ Siguiendo la misma línea, el Tribunal Constitucional desechó una acción de inconstitucionalidad pendiente en contra del ya eliminado Art. 116, del Código Tributario.¹¹⁴

VIII. El problema de las sentencias derogatorias que intentan solucionar las dificultades ocasionadas con la declaración de inconstitucionalidad

El Tribunal Constitucional no debe realizar un examen de méritos respecto de la ley que modifica, debiendo limitar su razonamiento a consideraciones estrictamente jurídico-constitucionales. Por consiguiente, ninguna sentencia puede fundarse en la conveniencia o inconveniencia (política, económica, social, etc.) de derogar el precepto legal impugnado. Por otra parte, los efectos de la sentencia derogatoria se encuentran establecidos en la propia Carta Fundamental, por lo que el Tribunal no puede regularlos. Si lo hiciera, estaría modificando la Constitución o, al menos, actuando como un “legislador positivo”, en circunstancias que el Tribunal no goza de atribuciones expresas para ello.

¹¹³ “La presentación de tales acciones (acción de inconstitucionalidad cuando ya existe un proceso de oficio) no tiene sentido alguno una vez que el precepto legal en cuestión ha dejado de pertenecer al ordenamiento jurídico (...). Del mismo modo, aquellas acciones ya presentadas a la fecha de la declaración de inconstitucionalidad carecen de objeto por la misma razón señalada (...). Es claro, por lo tanto, que un efecto indubitable de una sentencia que acoge una acción de inconstitucionalidad es la enervación de toda otra acción deducida o por deducirse contra el mismo precepto legal derogado”. DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (2007) p. 461.

¹¹⁴ En dicho caso, la acción de inconstitucionalidad fue interpuesta en diciembre de 2006 y resuelta el 17 de abril del año 2007, en circunstancias que el precepto había sido derogado con anterioridad, por sentencia de inconstitucionalidad publicada en el Diario Oficial con fecha 29 de marzo de 2007. Así, correspondía que el Tribunal se pronunciara acerca de la inconstitucionalidad de una norma que ya había sido eliminada. En consecuencia, el propio Tribunal señaló que “en este proceso dejó de cumplirse el presupuesto procesal básico establecido por la Carta Fundamental para que prospere la acción pública de inconstitucionalidad, toda vez que ésta persigue la obtención de una sentencia derogatoria de un precepto legal vigente, la que no podrá obtenerse por encontrarse ya derogado el referido precepto legal.” TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Sentencia rol N° 665-2006, consid. 7°.

En el Derecho Comparado, existen casos en que las legislaciones permiten que el Tribunal Constitucional dictamine acerca de los efectos de sus sentencias, cuestión que en Chile es absolutamente inadmisibles.¹¹⁵ El Tribunal Constitucional no puede crear Derecho, sino que sólo eliminar normas legales cuando los supuestos constitucionales lo permitan. Debido a lo anterior, no tienen lugar las sentencias aditivas que modifican la ley que resulta eliminada con el ejercicio del control represivo abstracto.¹¹⁶ Una posición diferente la sostiene Humberto Nogueira, quien propone que el Tribunal Constitucional evalúe las consecuencias de sus fallos y evite los vacíos normativos, dando mayor flexibilidad a las sentencias derogatorias por una cuestión de seguridad jurídica.¹¹⁷ No comparto su opinión. La seguridad jurídica se expresa en la irretroactividad de la sentencia derogatoria, y no en la adición de sus contenidos. El Tribunal Constitucional “no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control.”¹¹⁸ No corresponde que el Tribunal fundamente sus decisiones con argumentos que no sean estrictamente jurídicos. En este sentido, la jurisprudencia del propio Tribunal en materia de control preventivo y en materia de recursos de inaplicabilidad, ha sido muy coherente.¹¹⁹ Así, el Tribunal debe limitarse a realizar un análisis comparativo entre la Constitución y el precepto legal impugnado. Lamentablemente, en un fallo el criterio de conveniencia ha sido utilizado por el Tribunal.¹²⁰

¹¹⁵ Por ejemplo, las Constituciones de Austria, Grecia y Albania disponen la facultad del Tribunal Constitucional para establecer un plazo por el cual la sentencia que dicta entrará en vigencia. Por otra parte, la jurisprudencia constitucional alemana suele dictar sentencias donde no declara la nulidad de la norma legal inconstitucional, sino que simplemente advierte al legislador que si vuelve a infringir la Constitución en el sentido que se señala, se declarará la nulidad de las normas futuras. Así, se ordena al legislador la corrección de la norma inconstitucional. Véase LETELIER W., Raúl y NICOLINI, Matteo (2004) p. 55-104.

¹¹⁶ En la fundamentación de un voto disidente de una sentencia del Tribunal Constitucional, se señaló lo siguiente: “Que, asimismo, es imprescindible recordar que las resoluciones del Tribunal Constitucional no pueden sino conducir a la eliminación de los preceptos calificados de inconstitucionales, sin que en caso alguno le sea lícito introducir agregaciones a los proyectos de ley que examina ni disponer que su aplicación pueda extenderse más allá de lo que el propio legislador ha señalado. Menos aún podría admitirse que el Tribunal procediera a establecer definiciones que corresponden a atribuciones propias del legislador.” TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1995) Sentencia rol N° 220-1995, consid. 3°, del voto disidente.

¹¹⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005) p. 433.

¹¹⁸ COLOMBO CAMPBELL, Juan (2005) p. 561.

¹¹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1996) Sentencia rol N° 231-1996, consid. 7° y 8°. La jurisprudencia en esta materia no ha admitido vacilaciones, pese a que ni en la doctrina ni en el Derecho Comparado la cuestión no es unánime. Véase a modo ejemplar las siguientes sentencias recientes del Tribunal Constitucional, roles N° 588, 608, 741, 747, 807, 914, 930, 932, 935, 986, todas las cuales rechazan en materia de inaplicabilidades el control de mérito como una atribución propia del Tribunal.

¹²⁰ “Dicha finalidad no se logra si la expulsión del precepto legal puede acarrear efectos aún más nocivos que los que produce su pervivencia. Una decisión de tal envergadura requiere, pues, la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es la determinación de las consecuencias de la desaparición del precepto legal. Si deviene una situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma.” TRIBUNAL

Este mismo criterio se reconoce como requisito de admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad en el proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, lo que a mi juicio es contrario a la Constitución.¹²¹

Sin perjuicio de lo anterior, no hay inconveniente en que el Tribunal dicte una sentencia de doctrina y principios, donde se establezcan parámetros legislativos que deberá respetar el legislador en sus futuras actuaciones,¹²² siempre que no importe la creación de reglas nuevas dirigidas al legislador. Así, por ejemplo, no puede fijarle plazos para corregir ciertas actuaciones. Asimismo, tampoco proceden las “recomendaciones” al legislador.¹²³

Algunos ordenamientos jurídicos han establecido la facultad de los Tribunales Constitucionales de manipular de manera discrecional y razonada los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, como ocurre con el caso de Colombia.¹²⁴ En el Derecho Constitucional Chileno lo anterior resulta contrario a la Carta Fundamental, ya que importaría alterar lo regulado por ella. Tampoco proceden las sentencias sustitutivas, que son aquellas que junto con eliminar un precepto legal contrario a la Carta Fundamental, lo reemplazan por otro que se ajuste al texto constitucional.¹²⁵ Todas estas sentencias manipulativas se acercan más a una suerte de legislación impropia, función que excede las competencias de la Jurisdicción Constitucional.¹²⁶

CONSTITUCIONAL (2007) Sentencia rol N° 558 (590)-2006, consid. 19°. En la misma sentencia, se señaló que el intérprete constitucional –guiado, como está, por el propósito de asegurar la primacía efectiva de la Carta Política- no debe desatender los efectos reales que sus decisiones pueden tener para el funcionamiento pleno de las instituciones que gobiernan el Estado de Derecho. En este contexto, la derogación del precepto legal puede –por la interpretación que se le ha estado otorgando a su inaplicación en causas determinadas- arriesgar la vigencia efectiva del mandato explícito contenido en el artículo 61, inciso segundo, de la Constitución (...). Consid. 23°.

¹²¹ Dicho requisito significa la inadmisibilidad del requerimiento cuando no aparezca demostrada la conveniencia de la declaración de inconstitucionalidad, el interés general que ella envuelve o su trascendencia para el ordenamiento jurídico. Oficio de modificaciones de la Cámara revisora a la Cámara de origen, que contiene el proyecto modificado por el Senado, de fecha 20 de diciembre de 2007. Boletín N° 4059-07. P. 45.

¹²² No obstante lo que señalo, debe decirse que, como lo demuestra Arturo Fermandois, la experiencia indica que el legislador no tiene mucha disciplina al momento de seguir la doctrina del Tribunal Constitucional. FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo (2005) p. 685-696.

¹²³ Estas sentencias también han sido denominadas como “exhortativas” por la doctrina. Véase NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005-a) p. 348-354, donde existen ejemplos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno y colombiano.

¹²⁴ Sobre el caso colombiano, véase NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005-a) p. 108-114, 319-320. Otros casos especiales los constituyen el portugués y el canadiense. Véase LETELIER W., Raúl y NICOLINI, Matteo (2004) p. 55-104.

¹²⁵ Existen casos de sentencias sustitutivas en Italia y Colombia. Véase NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005-a) p. 347-348.

¹²⁶ Tesis seguida por Romboli y Pizzorusso. Citado por PICA FLORES, Rodrigo y BILICIC CERDA, Tomislav (Noviembre de 2007) p. 24-25.

IX. ¿Procede la declaración de inconstitucionalidad por causa de inconstitucionalidad sobreviniente?

El caso de las leyes interpretativas de la Constitución: La inconstitucionalidad sobreviniente consiste en la existencia de un precepto legal que se subordina a la Carta Fundamental, pero que pierde dicha subordinación producto de una reforma a la Constitución Política. Así, un texto legal que era constitucional pasa a tener un vicio adquirido. En estricto sentido, podría sostenerse que no procede la declaración de inconstitucionalidad debido a que la norma legal fue eliminada con anterioridad del ordenamiento jurídica por la vía de la derogación tácita. La norma constitucional nueva se contradice con el precepto legal "conteniendo disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior" (Art. 52, inc. 3°, del Código Civil). Si la norma no existe, entonces no hay inconstitucionalidad alguna que declarar. La sentencia carecería de objeto.¹²⁷ Me atrevo a señalar, sin embargo, que esta posición no será dominante debido a que el Tribunal Constitucional no ha reconocido en su jurisprudencia la derogación tácita de la ley, entrando a ejercer sus competencias no obstante existir dicotomía sobreviniente.¹²⁸ Ello ocurre, por ejemplo, respecto de las normas dictadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1980.¹²⁹

La situación anotada en este apartado bien podría tener lugar con la dictación de una Ley Interpretativa de la Constitución que sea incompatible con una ley anterior que ejecute el texto constitucional interpretado por dicha

¹²⁷ El propio Tribunal Constitucional, al rechazar una acción pública de inconstitucionalidad en contra del derogado Art. 116, del Código Tributario, expresó que "en este proceso dejó de cumplirse el presupuesto procesal básico establecido por la Carta Fundamental para que prospere la acción pública de inconstitucionalidad, toda vez que ésta persigue la obtención de una sentencia derogatoria de un precepto legal vigente, la que no podrá obtenerse por encontrarse ya derogado el referido precepto legal." TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2007) Sentencia rol N° 665-2006, consid. 7°.

¹²⁸ En efecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido "Que, como lo ha señalado este Tribunal, en diversas resoluciones, la circunstancia de que la disposición legal que se objeta sea anterior a la entrada en vigencia de la Carta Fundamental no es óbice para el conocimiento y resolución de la acción de inaplicabilidad (Rol N° 472)", sentencia rol N° 755-2007, de 31 de marzo de 2008, considerando N° 9.

¹²⁹ En efecto, para el Ministro del Tribunal Constitucional, Eugenio Valenzuela, la derogación es también un problema de inconstitucionalidad que corresponde conocer al Tribunal Constitucional. Citado por SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, SILVA GALLINATO, Pía (2007) p. 367. Sostienen además que la "última jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la materia reconocía que ésta tenía atribuciones para declarar su derogación de una ley por la vía de declarar su inaplicabilidad". Reconocen que "lo más probable es que ahora, con mayor razón, un tribunal de inferior jerarquía se sentirá inhibido para declarar la derogación tácita de la ley por pugnar con la Carta y, frente a la duda que le plantee un asunto de esta naturaleza, acudirá al Tribunal Constitucional." Sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema que sostenía que la derogación tácita debía ser declarada a través del recurso de inaplicabilidad, véase HEISE BURGOS, Gustavo (2007) p. 383-384.

Ley Interpretativa. Así, el texto constitucional adquiere un sentido cierto y preciso que hace ineludible una inconstitucionalidad sobrevenida en la ley primitiva cuando ella contradice el sentido interpretativo de la ley posterior. No obstante lo dicho anteriormente, como la Ley Interpretativa se entiende incorporada al texto que interpreta en virtud del Art. 9, inc. 2°, del Código Civil (que excepciona de lo dicho a los casos en que existan sentencias con autoridad de cosa juzgada en el tiempo intermedio), bien podría sostenerse que el precepto inconstitucional es vicioso desde la entrada en vigencia de la norma constitucional. En consecuencia, la aplicación de la declaración de inconstitucionalidad en este caso podría resultar más polémica.¹³⁰

En mi opinión, la solución en este caso debe ser distinta. La propia Constitución limita la procedencia de las leyes interpretativas de la Carta Fundamental disponiendo un quórum especial de aprobación legislativa y regulando un control preventivo obligatorio de constitucionalidad de las mismas. Así, el Constituyente busca que la interpretación del legislador sea adecuada al correcto sentido de la Carta, no pudiendo vulnerar ni menoscabar su espíritu. Por lo mismo, la Ley Interpretativa viene a ratificar el verdadero sentido de la norma constitucional, precisando sus alcances sin contradecir la interpretación genuina que la norma tiene y tenía antes de la dictación de la ley interpretativa.¹³¹ Por ello, no resulta tan relevante determinar la procedencia o no de los efectos retroactivos de la ley interpretativa, como sí el esclarecer que su sentido real siempre fue el de la nueva ley (lo que aprobó el propio Tribunal Constitucional a través del control obligatorio). Por ello, la norma legal que contradice la interpretación dada es contraria a la propia Constitución a través de una incompatibilidad que existe desde que la ley entró en vigencia bajo el sistema constitucional existente en dicha época, y no desde que se publicó la ley interpretativa. Así, no existe en la especie una derogación tácita, sino una nulidad sancionable por la vía de la declaración de inconstitucionalidad.



¹³⁰ A juicio de los autores LETELIER W., Raúl y NICOLINI, Matteo (2004) p. 55-104, el caso de la Ley Interpretativa de la Constitución, debe tener igual solución que el de la reforma constitucional anotada.

¹³¹ En este sentido, se ha dicho que las leyes interpretativas "no modifican la letra o texto de la Constitución, sino que se dictan con el objeto de aclarar y explicar el sentido y alcance de una norma o expresión que se estima oscura de la Carta Fundamental". El control constitucional se justifica por "el peligro que conlleva la dictación de leyes interpretativas, de ir más allá de la mera determinación del verdadero sentido y alcance del precepto interpretado." VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1999) T. I, p. 10, 284.

X. Conclusiones

La declaración de inconstitucionalidad es una especie de nulidad de Derecho Público con efectos atenuados por la Constitución, teniendo su primera fuente en el Art. 7, de la Constitución. El mecanismo para hacer efectiva dicha nulidad está regulado en el Art. 93, N° 7, de la Carta Fundamental.

El Art. 94, de la Constitución, altera los efectos propios de la nulidad disponiendo que el precepto inconstitucional “se entenderá derogado”, y que la declaración de inconstitucionalidad se producirá “sin efectos retroactivos”, por lo que las consecuencias jurídicas de la nulidad de Derecho Público resultan atenuadas por las propias disposiciones constitucionales. Ello es una excepción en la teoría general de la nulidad.

La regulación constitucional de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, si bien es poco acabada, no requiere de una modificación constitucional para entenderla a plenitud. Es posible dar respuestas fundadas y coherentes a los problemas que se generan por la falta de detalle en la regulación constitucional relativa a las consecuencias jurídicas de la sentencia derogatoria.

Lamentablemente, es posible prever que la declaración de inconstitucionalidad será muy poco frecuente en la práctica del Tribunal Constitucional, ya que existen múltiples restricciones a su ejercicio, algunas de cuestionada procedencia. Entre ellas, debe mencionarse: el respeto por la presunción de constitucionalidad de la ley y la regla de deferencia hacia el legislador; el intento previo del Tribunal Constitucional por intentar buscar un sentido del precepto legal que permita conciliar sus disposiciones con las de la Constitución; la existencia de un elevado quórum para su declaración; la existencia de normas legales que nunca resultan decisivas para la resolución de un asunto; las enormes consecuencias que se generan en el ordenamiento jurídico producidas por la eliminación con efectos absolutos de una norma legal contraria a la Constitución.

XI. Bibliografía

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo: (2005) "El fin de la transición hacia una Constitución de poca importancia. Visión crítica de la reforma de la Ley N° 20.050", artículo publicado en *Reforma Constitucional* (Santiago, Editorial Lexis Nexis) p. 67-80. ISBN 956-238-593-0; (2007) "¿Hacia dónde vas, tribunal?", carta enviada al Director del Diario El Mercurio, publicada con fecha 10 de septiembre de 2007.
- ALESSANDRI R., Arturo, SOMARRIVA U., Manuel, VODANOVIC H., Antonio (1990) *Derecho Civil, Parte Preliminar y Parte General, Tomo I* (Santiago, Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda.)
- BENAVENTE, Darío (1984) *Derecho Procesal. Juicio Ordinario y Recursos Procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición, 1992). ISBN 956-10-0924-1.
- BRUNET BRUCE, MARCELO (2007) "Admisibilidad en materias constitucionales: Principio In Dubio Pro Admittere", *Revista de Derecho Público*, Vol. 69, Tomo I, Santiago, p. 417-430. ISSN 07160267.
- Boletines N° 2526-07 y 2534-07, los que contienen toda la historia fidedigna del establecimiento de la reforma constitucional de la Ley N° 20.050, de agosto de 2005, con sus discusiones parlamentarias, indicaciones, informes y demás antecedentes; Boletín N° 4059-07, correspondiente a la historia del proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional; Boletín N° 1454-07 y 1455-07, sobre Moción parlamentaria que propone proyecto de reforma constitucional sobre atribuciones del Tribunal Constitucional. Todo lo anterior se encuentra disponible en www.senado.cl.
- BULNES ALDUNATE, Luz: (2004) "Las reformas necesarias a las competencias del Tribunal Constitucional de Chile", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca* (2004), p. 181-194; (2005) "Efectos de las sentencias de la jurisdicción constitucional en la Justicia Ordinaria", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca* (2005), p. 55-65; (2006) "Los recursos de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad en la reforma constitucional", *Actualidad Jurídica*, N° 13, Universidad del Desarrollo, p. 97-114. ISSN 0717-5914.
- CABALLERO BRUN, Felipe (Diciembre de 2006) "Derecho Penal sustantivo y efectos en el tiempo de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal", *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XIX, N° 2, p. 161-185.
- CEA EGAÑA, José Luis: (2005) "El proyecto de reforma constitucional. Sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la Justicia Ordinaria", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca* (2005), p. 67-72; (2006) *Escritos de Justicia Constitucional* (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 35, año 2007). ISBN 978-956-8186-09-8; (2006-a) "La Jurisdicción Constitucional", *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, N° 10, p. 11-19. ISSN 0717-716X; (2006-b) entrevista titulada "La Constitución no está sujeta a la contingencia política", publicada en el Diario El Mercurio de 21 de mayo de 2006, Cuerpo D, p. 15; (2007) "Efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

Dificultades y desafíos”, exposición inaugural del seminario sobre Sentencias de inaplicabilidad e inconstitucionalidad y sus efectos. Revista Actualidad Jurídica, N° 17, enero de 2008, de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Santiago, p. 165-174. ISSN 0717-5914; (2007-a) “Praxis del Control de Constitucionalidad en Chile”, ponencia presentada en las XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público, organizadas por la Facultad de Derecho de la P. Universidad Católica de Valparaíso, el 8 y 9 de noviembre de 2007.

COLOMBO CAMPBELL, Juan: (2005) “Tribunal Constitucional: integración, competencia y sentencia”, artículo publicado en Reforma Constitucional (Santiago, Editorial Lexis Nexis) p. 551-592. ISBN 956-238-593-0; (Diciembre de 2007) entrevista titulada “Sólo el Tribunal Constitucional puede controlar la constitucionalidad de la ley”, publicada en Revista La Semana Jurídica, N° 365, p. 4-5.

Sentencias y otros instrumentos de la CORTE SUPREMA: Resolución rol de ingreso N° 3812-2006, de fecha 18 de octubre de 2007. Resolución de nulidad de oficio (Art. 84 del Código de Procedimiento Civil). Sistema computacional de la Corte Suprema; Requerimiento al Tribunal Constitucional sobre eventual inaplicabilidad en la causa rol de ingreso N° 4040-2006, de fecha 1 de octubre de 2007. Sistema computacional de la Corte Suprema; Oficio N° 4292-2007, 3ª sala de la Corte Suprema, dirigido al Tribunal Constitucional con fecha 31 de mayo de 2007.

Sentencias de CORTES DE APELACIONES: Corte de Apelaciones de Rancagua (2007) Resolución rol de ingreso N° 778-2006, de fecha 29 de junio de 2007. Resolución de nulidad de oficio (Art. 84 del Código de Procedimiento Civil).

CRUZ-COKE OSSA, Carlos: (2002) “Inconstitucionalidad del Tribunal Penal Internacional”, Actualidad Jurídica, N° 6, Universidad del Desarrollo, p. 137 y ss.; (2005) Manual de educación cívica (8ª Edición, Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo). ISBN 956-10-1154-9; (2006) “Ley 20.050, del 26 de agosto de 2005, sobre reforma constitucional”, Actualidad Jurídica, N° 13, Universidad del Desarrollo, p. 43-96. ISSN 0717-5914.

DÍAZ GARCÍA, Iván (2007) “Las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad en la Constitución chilena”, Revista de Derecho Público, Vol. 69, Tomo I, Santiago, p. 389-406. ISSN 07160267.

DÍAZ DE VALDÉZ BALBONTÍN, Rodrigo (Noviembre de 2007) “Improcedencia de la acción de nulidad de derecho público respecto de actos jurisdiccionales”, ponencia presentada en las XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, el 8 y 9 de noviembre de 2007.

DÍAZ DE VALDÉS JULIÁ, José Manuel (Julio de 2007) “Inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario: primera sentencia constitucional derogatoria de una norma legal”, Actualidad Jurídica, N° 16, Universidad del Desarrollo, p. 435-478. ISSN 0717-5914.

DUCCI CLARO, Carlos (2005) Derecho Civil parte general (4ª Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile). ISBN 956-10-0189-6.

ESPINOZA TORRES, Manuel (2007) “Efectos para los contribuyentes de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario”, Revista Derecho Mayor,

año VI, N° 6, p. 325-334, Escuela de Derecho de la Universidad Mayor. ISBN 956-7459-06-1.

FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo: (2005) "Efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional: ¿mito o realidad?", artículo publicado en *Reforma Constitucional* (Santiago, Editorial Lexis Nexis) p. 685-698. ISBN 956-238-593-0; (2007), "Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley", presentación realizada en el seminario sobre Sentencias de inaplicabilidad e inconstitucionalidad y sus efectos. *Revista Actualidad Jurídica*, N° 17, enero de 2008, de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Santiago, p. 175-194. ISSN 0717-5914.

GÓMEZ BERNALES, Gastón (2005) "La reforma constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional chileno.", artículo publicado en *Reforma Constitucional* (Santiago, Editorial Lexis Nexis) p. 651-684. ISBN 956-238-593-0.

HEISE BURGOS, Gustavo (2007) "Mecanismos de control de constitucionalidad en el derecho chileno y su evolución", *Revista de Derecho Público*, Vol. 69, Tomo I, Santiago, p. 379-388. ISSN 07160267.

KELSEN, HANS, "Quién debe ser el defensor de la Constitución", Ed. Tecnos, 2ª, ed., 1999, Madrid.

LETELIER W., Raúl y NICOLINI, Matteo (2004) "Nulidad y Democracia en la Justicia Constitucional", *Revista de Derecho*, N° 11, p. 55-104

MARTINEZ COHEN, Rafael (Noviembre de 2007) "Algo más sobre la derogación del artículo 116 del Código Tributario", *Revista La Semana Jurídica*, N° 362, p. 3.

MARTINEZ ESTAY, José Ignacio: (2003) "Algunas reflexiones sobre la nulidad de derecho público", documento de trabajo N° 56, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes; (2005) "Recurso de inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y juez ordinario en la reforma constitucional", artículo publicado en *La Constitución Reformada de 2005*, (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Editorial Librotecnia) p. 457-472. ISBN 956-7950-31-8; (2007) "¿Es posible plantear cuestión de inaplicabilidad en un procedimiento arbitral ante un árbitro arbitrador?", *Revista de Derecho Público*, Vol. 69, Tomo I, Santiago, p. 407-416. ISSN 07160267; (2007-a) "Inaplicabilidad y control de aplicación de la ley", *Revista La Semana Jurídica*, N° 359, p. 3.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2006) "Inaplicabilidad e inconstitucionalidad de las leyes", *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 51-71. ISSN 0717-716X.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto: (2006). "El aparente conflicto de los artículos 68 y 127 de la Carta Fundamental respecto de la tramitación legislativa de los proyectos de reforma constitucional y la interpretación constitucional." *Ius et Praxis*, 2006, vol.12, N°.1, p.95-115. ISSN 0718-0012; (2005) "El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias", artículo publicado en *La Constitución Reformada de 2005*, (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de la

- Universidad de Talca. Editorial Librotecnia) p. 421-456. ISBN 956-7950-31-8; (2005-a) La Justicia y los tribunales constitucionales de indoiberoamérica del sur (Santiago, Editorial Lexis Nexis Chile). ISBN 956-238-562-0; (2004) "Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur", *Ius Et Praxis*, vol. 10, p. 113-158. ISSN 0718-0012; (2002) "La reforma constitucional a la Jurisdicción Constitucional: el doble control concentrado de constitucionalidad a la concentración del control en el Tribunal Constitucional", *Ius Et Praxis*, vol. 8, p. 337-370. ISSN 0718-0012.
- PEÑA TORRES, Marisol (2007) Cuatro estudios de Justicia Constitucional (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Nº 36, año 2007). ISBN 978-956-8186-08-1.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos (2006) Teoría constitucional y otros escritos (2ª Edición, Santiago, Editorial Lexis Nexis Chile). ISBN 956-238-618-X.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2005) Reformas Constitucionales 2005 Antecedentes-Debates-Informes (Santiago, Editorial Jurídica de Chile). ISBN 956-10-1660-5.
- PICA FLORES, Rodrigo y BILICIC CERDA, Tomislav (Noviembre de 2007) "Algunos aspectos fundamentales acerca de los efectos de la sentencia que resuelve conflictos de constitucionalidad de la ley", ponencia presentada en las XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, el 8 y 9 de noviembre de 2007.
- REYES RIVEROS, Jorge (1998) La Nulidad de Derecho Público, (Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda.). ISBN 956-238-202-8.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro: (2005) "El nuevo Tribunal Constitucional", artículo publicado en Reforma Constitucional (Santiago, Editorial Lexis Nexis) p. 627-650. ISBN 956-238-593-0; (2007) "El Poder del Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Público*, Vol. 69, Tomo I, Santiago, p. 329-346. ISSN 07160267.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2004), "Ley de Matrimonio Civil", Curso de Actualización Jurídica. Nuevas Tendencias en el Derecho Civil, Santiago, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, p. 9-61.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro: (1997) Tratado de Derecho Constitucional. Tomo IV. La Constitución de 1980. Bases de la Institucionalidad. Nacionalidad y Ciudadanía. Justicia Electoral. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile). ISBN 956-10-1180-8; (2002) Tratado de Derecho Constitucional. Tomo VIII. Poder Judicial. Ministerio Público. (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile). ISBN 956-10-1383-5; (2003) Tratado de Derecho Constitucional. Tomo IX. Tribunal Constitucional. Contraloría General de la República. Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública. Consejo de Seguridad Nacional. Banco Central. (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile). ISBN 956-10-1416-5; (2007) "Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Público*, Vol. 69, Tomo I, Santiago, p. 347-378. ISSN 07160267.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1996) Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. Tomo II, el principio de juridicidad, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile). ISBN 956-10-1126-3.
- Sentencias y otros instrumentos del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: Sentencia rol Nº 226-

1995, de 30 de octubre de 1995. Requerimiento parlamentario sobre proyecto de ley; Sentencia rol N° 220-1995, de 13 de agosto de 1995 Requerimiento parlamentario sobre proyecto de ley; Sentencia rol N° 309-2000, de 4 de agosto de 2000. Requerimiento parlamentario sobre convenio internacional; Sentencia rol N° 231-1996, de 18 de marzo de 1996. Requerimiento parlamentario del primitivo Art. 82, N° 3, de la Constitución; Sentencia rol N° 312-2000, de 3 de octubre de 2000. Requerimiento parlamentario sobre Tratado Internacional; Sentencia rol N° 409-2004, de 12 de mayo de 2004, consid. 7° y 8°, recaído en proyecto de ley que indica; Sentencia rol N° 631-2006, de 23 de octubre de 2007. Recurso de inaplicabilidad; Sentencia rol N° 681-2006, de 26 de marzo de 2007. Proceso de oficio sobre declaración de inconstitucionalidad; Sentencia rol N° 558 (590)-2006, de 5 de junio de 2007. Acción pública de inconstitucionalidad; Sentencia rol N° 686-2006, de 4 de septiembre de 2007. Recurso de inaplicabilidad; Sentencia rol N° 665-2006, de 17 de abril de 2007. Acción pública de inconstitucionalidad; Oficio dirigido a la Corte Suprema con fecha 17 de julio de 2007, en respuesta al oficio de la misma N° 4292-2007. Todas las sentencias del Tribunal Constitucional se encuentran disponibles en www.tribunalconstitucional.cl.

VARAS ALFONSO, Paulino (2007) "¿La institución del precedente anglosajón aprobada por la Cámara de Diputados en el proyecto de ley adecuatorio de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional a la Reforma de la Carta Fundamental de 26 de agosto de 2005?", *Revista de Derecho Público*, Vol. 69, T. I, Santiago, p. 431-444. ISSN 07160267.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1999) *DERECHO CONSTITUCIONAL* (2ª Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, T. I y II) ISBN 956-10-1172-7, y 956-101266-9.

VIERA GALLO Q., José Antonio (1998) "Revisión de las competencias del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en Chile", *Ius Et Praxis*, año 4, N° 1, Corte Suprema y Tribunal Constitucional: Competencias y Relaciones, p. 339-347. ISSN 0717-2877.

VODANOVIC H., Antonio (2004) *Manual de Derecho Civil*, Tomo I, Parte Preliminar y General (4ª Edición, Santiago, Editorial Lexis Nexis Chile). ISBN 956-238-393-8.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2005) "Control concreto de constitucionalidad: recurso de inaplicabilidad y cuestión de constitucionalidad en la reforma constitucional", artículo publicado en *La Constitución Reformada de 2005*, (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca. Editorial Librotecnia) p. 473-494. ISBN 956-7950-31-8.