

Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Notas sobre su evolución histórica en Chile.

Enrique Navarro Beltrán

Ministro del Tribunal Constitucional

Profesor de Derecho Constitucional

UNIVERSIDAD DE CHILE Y UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

Resumen: Bajo un criterio histórico, el presente artículo desarrolla el control de constitucionalidad inserto en la institucionalidad jurídica nacional, su evolución, sus fundamentos y su consagración positiva actual.

* * *

I. El Control Constitucional en Chile en el siglo XIX

1. El sistema norteamericano

Sabido es que los inicios de la justicia constitucional¹ se remontan a principios del siglo XIX en el clásico fallo “Marbury vs. Madison”, en 1803, que se resume en la recordada afirmación del juez Marshall, en cuanto a que “una Ley contraria a la Constitución es nula”.²

Por eso que Hamilton, años antes en *El Federalista*, resaltaba que los tribunales de justicia en Estados Unidos tienen el deber de “declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución”³, puesto que “debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios”. Lo anterior, concluye, “no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras”.⁴

Como recuerda Tocqueville, al caracterizar dicho sistema judicial, “los norteamericanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones sobre

¹ Una visión histórica del mundo anglosajón en ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT, *Teoría Constitucional*, 2ª ed. Santiago, 2006; pp. 216 y ss. Para una perspectiva europea continental vid. MAURO CAPPELLETTI, *La Justicia Constitucional*, México, 2007.

² El texto completo en MIGUEL BELTRÁN DE FELIPE y JULIO GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2ª ed., CEPC, Madrid, 2006, pp. 93-121. Sobre la materia vid. ZAPATA L., PATRICIO, *Justicia Constitucional, Teoría y práctica en el Derecho chileno y comparado*, Santiago, 2008.

³ A. HAMILTON, J. MADISON y J. JAY, *El Federalista*, México, 2006, p. 331.

⁴ *Ibid.*, p. 332.

*la Constitución más bien que sobre las leyes. En otros términos, les han permitido no aplicar las leyes que les parezcan anticonstitucionales”.*⁵ Y ello se justifica por la circunstancia que en Estados Unidos *“la Constitución está sobre los legisladores, como lo está sobre los simples ciudadanos. Es la primera de las leyes y no puede ser modificada por una ley, es, pues, justo que los tribunales obedezcan a la Constitución, preferentemente a todas las leyes”.*⁶

2. La Constitución de 1833

En Chile, durante la vigencia de la Carta de 1833, tanto la doctrina como la jurisprudencia estuvieron contestes en cuanto a que los tribunales carecían de atribuciones para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Así, el control político era ejercido por el Congreso Nacional, siendo aquél la única forma de resguardar esta supremacía.

Por lo mismo, el texto constitucional precisaba que *“sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de algunos de sus artículos”.*⁷

3. La opinión de la doctrina

En dicho contexto no puede resultar extraño que los publicistas más connotados de la época sostuvieran la tesis de que el Poder Judicial debía aplicar la ley, fuera buena o mala, no pudiendo dejarla sin aplicación aunque contraríe la Constitución.

Así lo señala Jorge Huneeus, al hacer presente que los tribunales *“llamados a fallar un negocio, no pueden dejar la lei sin aplicación, aun cuando, a juicio de ellos, fuera inconstitucional”.*⁸ De este modo, carecen de dicha atribución, *“pues ella los haría jueces del Congreso mismo i les suministraría un medio fácil de hacer nugatorias e ineficaces las leyes, so pretexto de reputarlas como inconstituciona-*

⁵ ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La Democracia en América*, 13ª ed., México, 2005, p. 107.

⁶ *Ibíd.*, p. 108.

⁷ Constitución de 1833, artículo 164. Vid. en VALENCIA AVARIA, LUIS, *Anales de la República*, p. 195. Los artículos 40 y siguientes decían relación con las normas relativas a la formación de la ley. Las anteriores cartas también contenían idénticas disposiciones. Así, la Constitución Provisoria le otorgaba al Senado el velar por la *“puntual observancia de esta Constitución”* (cap. III, art. 1°). Similar disposición incluye la Constitución de 1822 respecto de la Corte de Representantes, en tanto debe *“cuidar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes”* (art. 67, 1°). La Carta de 1823 confiere al Senado Conservador y Legislador el *“cuidar de la observancia de las leyes”*, a la vez que *“proteger y defender las garantías individuales”* (art. 38 N° 1). Por último, la Constitución de 1828 le otorga al Congreso la *“protección de todos los derechos individuales”* (art. 46 N° 2), a la vez que la Comisión Permanente, que sesiona estando en receso el Congreso, le atribuye especialmente *“velar por la observancia de la Constitución y de las leyes”* (art. 92 N° 1). Una visión panorámica histórica en FRANCISCO ZUÑIGA URBINA, *Elementos de Jurisdicción Constitucional*, Santiago, 2002, especialmente Tomo II.

⁸ HUNEEUS Z., JORGE, *La Constitución ante el Congreso*, 1880, Tomo II, p. 252.

les”, concluyendo que *“el Poder Judicial no es juez de la ley; ha sido creado para aplicarla, sea ella buena o mala”*.⁹

Lastarria, por su lado, expresaba que *“toca sólo al Congreso Nacional interpretar, explicar y detallar, por medio de leyes especiales, las disposiciones de la Constitución. El uso de esta atribución puede ser un importante y provechoso efecto para la República, puesto que por medio de leyes pueden ser, si no modificados, a lo menos aplicados en un buen sentido los preceptos del Código Fundamental, y neutralizados, hasta cierto punto, los males que pueden nacer de sus defectos o de la falsa aplicación de sus disposiciones”*.¹⁰

Carrasco Albano en igual sentido afirmaba que *“es verdad que la interpretación de las leyes comunes sólo pertenece a los Tribunales de Justicia; pero no sería posible sino hasta cierto punto extender el mismo principio a las leyes fundamentales del Estado, si sujetamos a las vacilaciones consiguientes a la vaguedad de la ley suprema”*. Concluyendo que, en definitiva, *“parece, pues, más lógico conceder la atribución de interpretar la Constitución al Poder Legislativo que al Judicial”*.¹¹

4. La opinión oficial de la Corte Suprema

En dicho contexto se entiende el oficio emanado de la Corte Suprema, de fecha 27 de junio de 1848, en el que se afirmaba que *“ninguna magistratura goza de prerrogativas de declarar la inconstitucionalidad de leyes promulgadas después del Código Fundamental i de quitarles por este medio sus efectos i su fuerza obligatoria. Este poder, que por su naturaleza sería superior al del Lejislador mismo, puesto que alcanza a anular sus resoluciones, no existe en Magistratura alguna, según nuestro sistema constitucional. El juicio supremo del Lejislador, de que la ley que dicta no es opuesta a la Constitución, disipa toda duda en el particular i no permite retardos o demoras en el cumplimiento de sus disposiciones”*.¹²

En el mismo sentido, en nota dirigida por el Ministro de Justicia a la Corte Suprema, se señala que la única misión de la Corte Suprema, tal como los demás tribunales, *“está reducida a la recta aplicación de las leyes a los casos particulares que ocurren en las causas sometidas a sus fallos, sin que sea lícito evadir su cumplimiento, ya porque sean justas o injustas, ya por ser conformes o contrarias a la Constitución”*.¹³

⁹ *Ibíd.*, p. 253.

¹⁰ LASTARRIA, JOSÉ VICTORINO, *Derecho Público Constitucional Teórico o Filosófico*, Santiago, 1906, p. 473.

¹¹ MANUEL CARRASCO ALBANO, *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833*, 2ª ed., Santiago, 1874, p. 198.

¹² Citado en HUNEEUS Z., JORGE, *ob. cit.*, Tomo II, p. 253.

¹³ Citado en HUNEEUS Z., JORGE, *ob. cit.*, Tomo II, p. 255.

5. La tesis de fines de siglo de la Corte Suprema

Dicha doctrina es reiterada con posterioridad, en circular dirigida a las Cortes de Apelaciones, aunque con matices, desde el momento que se indica que *"ninguna Magistratura encargada de aplicar las leyes goza de la prerrogativa de declarar su inconstitucionalidad, y todas las promulgadas con posterioridad al Código Fundamental llevan consigo el juicio Supremo del legislador de no ser contrarias a este Código"*. Sin embargo, *"las autoridades encargadas de aplicar a un caso determinado la ley o disposición, deben, no obstante, dar preferencia en el asunto especial en que se ocupan, a la Constitución, si estuvieren en clara y abierta pugna con ellas"*. Concluyendo que *"no le es dado pues al Gobierno corregir las leyes por inconstitucionales que sean, pero tampoco le es lícito mantener en vigor un acto de una autoridad de su dependencia fundado únicamente en una ley a que se da carácter inconstitucional por el sentido que se le atribuye o que lo tiene clara y evidentemente. La Corte, que no reputa inconstitucional el artículo de la Ordenanza, no ha reclamado que se corrija, atribución propia del Congreso, sino que se derogue el bando que ha pretendido fundarse en ese artículo, lo que es atribución del Presidente de la República"*.¹⁴

Cabe por último destacar que en el primer fallo pronunciado a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Organización de los Tribunales de 1875, con motivo de la falta de aprobación de una disposición legal, la Corte Suprema, presidida por don Manuel Montt, razonó que, considerando que *"los dos últimos incisos del núm. 3.º del art. 95 de la lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales no han sido aprobados por el Congreso Nacional i por consiguiente no tienen el carácter de una verdadera lei, el Tribunal, de unánime acuerdo, resuelve que la sentencia en la presente causa se pronuncie en conformidad al mencionado art. 95 i sin tomar en cuenta los dos últimos incisos del núm. 3.º del predicho artículo"*.¹⁵

6. Evolución de la doctrina

Manuel E. Ballesteros, en la mejor obra acerca de la Ley Orgánica de Tribunales, reafirma la poca viabilidad de un sistema de control constitucional de la ley por parte de los tribunales, dado que *"en países en que existe el sistema unitario, la Corte Suprema no está llamada a declarar que una lei es inconstitucional i mucho menos pueden hacerlo, por consiguiente, los tribunales de una inferior jerarquía"*.¹⁶

¹⁴ Oficio dirigido a las Cortes de Apelaciones, de fecha 2 de enero de 1867. Vid. también CARVAJAL R., HORACIO, *La Corte Suprema*, 1940, en la que el autor señala que *"la práctica de nuestros tribunales siguió una línea jurisprudencial variada en la materia y asilándose en la idea de que ante la pugna de la Constitución con una ley cualquiera, era deber dar preferencia a la Carta Fundamental de la Nación, hubo mayor número de resoluciones que en el hecho expresaban la inconstitucionalidad de la ley citada que se discutía"*.

¹⁵ Corte Suprema, 1º de marzo de 1876. Sobre la materia, vid. NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, *La Corte Suprema de Justicia y don Manuel Montt*, en obra en homenaje a 200 años de su nacimiento (2009).

¹⁶ MANUEL BALLESTEROS, *Lei de organización i atribuciones de los tribunales de Chile*, Tomo I, 1890, p. 525. En el mismo sentido, HUNNEEUS, quien alude al sistema norteamericano federal (ob. cit., p. 254).

Incluso, la literatura jurídica de fines de vigencia de la Carta de 1833 –en pleno siglo XX– mantiene esta posición, aunque avizorando cambios. Así, Alcibíades Roldán expresa que *“ningún tribunal, aun cuando sea la Corte Suprema, se halla autorizado para dejar sin aplicación una ley por considerarla inconstitucional, ya sea que esta inconstitucionalidad se funde en irregularidades producidas en la formación o promulgación de la ley, ya se funde en violación de algún precepto de la carta fundamental, es decir, en defectos de forma o de fondo. Desde que la ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en el modo que la Constitución determina, no es admisible que un poder diferente del legislativo posea una atribución semejante”*.¹⁷

Sin perjuicio de lo anterior, hace presente que *“no faltan, sin embargo, quienes piensan que en el caso de hallarse en contradicción una ley cualquiera con lo dispuesto en la carta fundamental, los tribunales no podrían dejar de aplicar con preferencia la última. Fundan esta opinión en que las disposiciones constitucionales son de un orden superior a las legales, así como lo son éstas con respecto de los decretos del Ejecutivo”*.¹⁸

7. Balmaceda y la necesidad de un tribunal especial que resuelva conflictos constitucionales entre órganos del Estado

En todo caso, para comprender el rol de este tipo de tribunales, especialmente visionarias resultan las palabras pronunciadas por el ex Presidente Balmaceda en un discurso pronunciado el 20 de abril de 1891 ante el Congreso Nacional –casi tres décadas antes de que las formulara Kelsen– y que han sido catalogadas como su testamento político:

“Las diversas cuestiones de jurisdicción o competencia entre el Presidente de la República y sus agentes y el Poder Judicial, o entre el Poder Legislativo y los Poderes Ejecutivo y Judicial, acerca de la constitucionalidad de las leyes han creado conflictos muy serios, y por último el que ha convocado la convocatoria de la constituyente. Sería conveniente crear un tribunal especial compuesto de 3 personas nombradas por el Presidente de la República, de 3 nombradas por el Congreso y de otras 3 nombradas por la Corte Suprema, para dirimir sin ulterior recurso los conflictos entre poderes en los casos y en la forma que la Constitución establezca. No es natural, ni justo, que en los conflictos de poderes sea alguno de éstos el que se pronuncie y resuelva, porque se establece una supremacía de autoridad con menoscabo de las otras, ni habría jamás conveniencia en que uno solo de los poderes públicos sea únicamente juez, siendo al mismo tiempo parte”.¹⁹

¹⁷ ALCIBÍADES ROLDÁN, *Elementos de Derecho Constitucional de Chile*, 1924, p. 467.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 468. Se cita al efecto el Informe de don Ambrosio Montt, Dictámenes Fiscales, Tomo II, p. 227.

¹⁹ Discurso del Presidente José Manuel Balmaceda, efectuado ante el Congreso Nacional, el 20 de abril de 1891. En BALMACEDA, JOSÉ MANUEL. *Discursos de José Manuel Balmaceda: Iconografía*. Santiago: Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, 1991-1992. 3 v. Vol. II páginas 359-371.

II. El Control Constitucional en el siglo XX

1. La Constitución de 1925

La Constitución de 1925, inspirada en el modelo norteamericano, facultó a la Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueran sometidas en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro tribunal, para declarar inaplicable para ese caso cualquier precepto legal contrario a la Constitución.

En la subcomisión de reforma constitucional, fue don Luis Barros Borgoño quien planteó *“la conveniencia que habría en establecer en la nueva Constitución algún poder o autoridad que determine si las leyes que en lo sucesivo se dicten, van o no contra los principios constitucionales”*, facultad que estima podría entregarse a la Corte Suprema.²⁰ En tal sentido, el Presidente Alessandri hace ver su preocupación por una declaración con efectos generales, dado que *“habría un grave peligro porque se constituiría el Tribunal en Poder Legislativo”*.²¹

Con posterioridad se discute acerca de la facultad de la Corte Suprema de *“declarar sin efecto cualquier precepto legal contrario”* a la Constitución,²² haciendo presente el Ministro de Justicia que debe referirse a *“casos particulares en que se pretenda aplicarla”*.²³

En tal sentido, el Presidente Alessandri propone un texto que señale que *“cualquier ciudadano que considere lesionados sus derechos por un fallo de los tribunales basado en una ley inconstitucional, podrá recurrir a la Corte Suprema”*.²⁴ Del mismo modo, que este recurso *“no suspenderá la tramitación del juicio”*.²⁵ Incluso, en otra sesión, propone que *“los tribunales, en los negocios de que conozcan con arreglo a la ley, aplicarán preferentemente los preceptos de esta Constitución cuando entre ellos y las leyes hubiere oposición”*.²⁶ O, en su defecto, que *“en todo caso en que se alegare la oposición entre un precepto constitucional y la ley, tendrán las partes derecho de ocurrir, en cualquier estado del juicio, a la Corte Suprema, sin*

²⁰ Actas de las sesiones, 12 de mayo de 1925, p. 81.

²¹ *Ibíd.* El mismo Presidente Alessandri en otra sesión expresa que *“disposición semejante daría a ese tribunal un poder superior al del Presidente de la República y al del Congreso, pues como existe la tendencia humana a acentuar las propias facultades, dicho tribunal enmendaría a menudo la obra legislativa, declarando sin fuerza, por inconstitucionales las leyes que se dictasen, es decir, asumiendo en el hecho todo el poder, cuando su papel debe ser pasivo y no activo”* (sesión N° 19, de 8 de junio de 1925, p. 254). Con posterioridad expresa que *“no hay conveniencia en dar a la Corte Suprema amplia facultad de declarar la inconstitucionalidad de la ley fuera de casos concretos y determinados, porque así se crearían continuamente conflictos entre el poder Legislativo y el Judicial”* (sesión N° 28, 9 de julio de 1925, p. 366).

²² Sesión N° 19, de 8 de junio de 1925, p. 254.

²³ Intervención del señor José Maza. *Ibíd.*

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ Sesión N° 28, 8 de julio de 1925, p. 366.

alterar la substanciación de él".²⁷ De esta forma, "lo que se desea es que lleguen a la Corte Suprema estos conflictos entre la ley y la Constitución que se producen en un juicio entre partes".²⁸

El texto, en definitiva, redactado por el Ministro de Justicia, indica que "La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para este caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación" (artículo 87, inciso segundo).²⁹

2. La doctrina

Uno de los autores más cercanos al texto, José Guillermo Guerra, afirma que el artículo 86 de la Carta de 1925 "es completamente nuevo para nuestro país. Ha sido tomado, en su fondo, de la Constitución de los Estados Unidos y, aunque de procedencia extranjera, consideramos que corresponde a una necesidad nacional que se había hecho sentir varias veces".³⁰ Justificando su conveniencia afirma que ahora "Chile se encuentra en la misma situación que los Estados Unidos en esta materia, porque la Sub-Comisión reformadora de 1925, aleccionada por la dolorosa experiencia de la dieta parlamentaria³¹, tan reciente como notoria, estableció la disposición que faculta a la Corte Suprema para declarar la inconstitucionalidad de preceptos legales".³²

Por lo mismo, agrega que "esta disposición es de suma importancia y de gran utilidad, pues importa un correctivo contra los posibles desvaríos del Poder Legislativo, y una apreciable garantía para los habitantes de la República".³³ Por último hace presente que si bien su efecto es de carácter particular, "se supone que el legislador, en vista de que la Corte Suprema ha declarado una o más veces la inconstitucionalidad de su precepto, se apresurará a derogarlo por medio de otra ley".³⁴ En todo caso, anota que ya en algunos países, como Austria, existe un órgano "llamado Tribunal Constitucional" a quien se concede la "facultad de anular leyes inconstitucionales".³⁵

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ Sesión N° 29, de 10 de julio de 1925, p. 369.

³⁰ JOSÉ GUILLERMO GUERRA, *La Constitución de 1925*, Santiago, 1929, p. 457.

³¹ Vid. ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN, *La Dieta Parlamentaria: estudio histórico institucional y su consagración en la Constitución de 1980*. Actas de las XXIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Concepción (1993); pp. 75-91. Una versión más actualizada en *Ius Publicum* N° 2 (1999), pp. 103-118.

³² *Ibíd.*, p. 458.

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ibíd.*, p. 460.

³⁵ *Ibíd.*, p. 460.

Otro autor expresa sobre la materia que *“el control constitucional es una excepción al principio de la separación de Poderes Públicos. No es fácil darse cuenta de la gravedad que reviste el hecho de colocar a los Poderes del Estado, soberanos e independientes, frente a frente. Para disminuir este inconveniente las legislaciones positivas han solido restringir el control o declaración de inconstitucionalidad a los casos particulares en que se pronuncie; éste ha sido el alcance que le ha atribuido nuestra propia Constitución. Así la declaración se limita al juicio en que se expide y afecta jurídicamente sólo a los que en él han litigado, sin perjuicio de la influencia moral que tenga en el Poder Legislativo”*.³⁶

Bernaschina hace presente en relación a su carácter que la inaplicabilidad es *“una especie de inconstitucionalidad, que es el género, y que tiene efectos especiales. En todo caso, ambas suponen la violación de un precepto constitucional”*.³⁷ Y en cuanto a sus modalidades se sostiene que *“parece más aceptable la tesis de que toda ley contraria a la Constitución, en su fondo o forma, puede ser declarada inaplicable”*.³⁸ Esta tesis también es compartida por otros constitucionalistas.³⁹

3. Aplicación práctica de la inaplicabilidad

Este recurso podía deducirse en cualquier estado del juicio, siempre que se encontrare pendiente⁴⁰, sin suspender su tramitación. La Corte Suprema entendió que sus facultades se limitaban a declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de fondo y no de forma.⁴¹

Dicho tribunal precisó que la finalidad primordial del mismo era declarar que determinados preceptos legales tachados de ser contrarios a los principios constitucionales no debían ser aplicados en cierto juicio que esté ventilándose ante un tribunal de justicia.⁴² Obviamente sólo resultaba procedente respecto de preceptos legales y no de normas infralegales.⁴³ Para lo cual se exigía que existiera una completa y perfecta contradicción entre el precepto legal

³⁶ ESTÉVEZ GAZMURI, CARLOS, *Elementos de Derecho Constitucional*, p. 342.

³⁷ BERNASCHINA GONZÁLEZ, MARIO, *Manual de Derecho Constitucional*, 1958, p. 467.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ ANDRADE GEYWITZ, CARLOS, *Elementos de Derecho Constitucional chileno*, 1971, p. 635.

⁴⁰ Incluyendo los recursos de casación y queja ante la Corte Suprema. El concepto juicio se entendió en sentido amplio, como el conjunto de actuaciones sometidas a la decisión del juez competente, aunque aún no exista controversia (CORTE SUPREMA 27.12.55, RDJ 52, Tomo II, sec. 1ª, p. 428).

⁴¹ CORTE SUPREMA 25.05.62, RDJ 59, Tomo II, sec. 1ª, p. 149. Señala la improcedencia de declarar la inaplicabilidad por vicios relativos a la formación de la ley. Sobre el punto vid. BERTELSEN R. RAÚL, *Control de constitucionalidad de la ley* (1969). En cuanto a la revisión de la jurisprudencia de los dos siguientes párrafos se ha seguido la excelente obra de LÓPEZ BOURASSEAU, ENRIQUE, *Jurisprudencia constitucional 1950-1979*, Santiago, 1984.

⁴² CORTE SUPREMA 20.01.71, RDJ 68 Tomo II, sec. 1ª, p. 30.

⁴³ CORTE SUPREMA 9.01.52, RDJ 49, Tomo II, sec. 2ª, p. 3.

y la Carta Fundamental⁴⁴, de modo que ambas disposiciones no pudieran coexistir.⁴⁵

Del mismo modo la Corte Suprema reiteró que no le correspondía detenerse en aspectos referidos a la aplicación práctica que pudiere hacerse de los preceptos objetados.⁴⁶ Por lo mismo, no cabía estudiar los hechos⁴⁷, dado su carácter abstracto.⁴⁸ Se trataba de un recurso que debía interpretarse restrictivamente.⁴⁹ No siendo por tanto un instituto creado para enjuiciar la política legislativa.⁵⁰ Por otro lado, debía referirse a preceptos legales concretos y específicos⁵¹, los que en todo caso debían tener relación con el pleito⁵², en términos que pudieran ser tomados en cuenta en el pronunciamiento⁵³, o sea, bastaba que existiera la posibilidad de que pudieran ser aplicados.⁵⁴

4. Proyectos de reforma que no prosperaron en relación a la acción de inaplicabilidad

Durante los años cincuenta y sesenta se presentaron sendos proyectos para reformar la materia tanto en cuanto a la procedencia de la acción, tanto por vicios de forma como de fondo, cuanto a su eventual alcance general.

Así, en un proyecto de reforma constitucional, aprobado por la Cámara de Diputados en 1950, se proponía que “La Corte Suprema, a petición de parte, deberá declarar inconstitucional cualquier precepto que contraríe las disposiciones de la Constitución Política del Estado, sea en cuanto a la forma como se haya dictado la ley o en cuanto al fondo de su contenido”. Del mismo modo se indicaba que “acogido el recurso de inconstitucionalidad, la Corte Suprema, dentro del quinto día, ordenará publicar el fallo respectivo en el Diario Oficial, y, a partir de la fecha de esta publicación, el precepto inconstitucional dejará de producir efectos sin que esta declaración pueda afectar las sentencias ejecutoriadas dictadas con anterioridad a dicha publicación”⁵⁵

Por su parte, en 1964, durante la Presidencia de Jorge Alessandri se propuso un texto conforme al cual “acogido el recurso de inconstitucionalidad o inapli-

⁴⁴ CORTE SUPREMA 8.05.50, RDJ 47, Tomo II, sec. 1ª, p. 1669.

⁴⁵ CORTE SUPREMA 7.12.66, RDJ 63, Tomo II, sec. 4ª, p. 359.

⁴⁶ CORTE SUPREMA 4.01.68, RDJ 65 Tomo II, sec. 1ª, p. 2.

⁴⁷ CORTE SUPREMA 23.09.61, RFM III, N° 34, p. 180.

⁴⁸ CORTE SUPREMA 23.09.61, RDJ 58 Tomo II, sec. 1ª, p. 357.

⁴⁹ CORTE SUPREMA 22.04.70, RDJ 67, Tomo II, sec. 4ª, p.124.

⁵⁰ CORTE SUPREMA 29.07.50, RDJ 47, Tomo II, sec. 1ª, p. 301.

⁵¹ CORTE SUPREMA 30.03.71, RDJ 68 Tomo II, sec. 1ª, p. 67.

⁵² CORTE SUPREMA 25.12.66, RDJ 63, Tomo II, sec. 1ª, p. 413.

⁵³ CORTE SUPREMA 16.11.50, RDJ 58 Tomo II, sec. 1ª

⁵⁴ CORTE SUPREMA 25.11.53, RDJ 50, Tomo II, sec. 1ª, p. 479.

⁵⁵ Citado en ANDRADE GEYWITZ, CARLOS, *Elementos de Derecho Constitucional chileno*, 1971 p. 635.

cabilidad, la Corte Suprema ordenará publicar de inmediato el fallo respectivo en el Diario Oficial, y a partir de la fecha de esta publicación el precepto inconstitucional dejará de producir efecto, sin que esta declaración pueda afectar las sentencias ejecutoriadas dictadas con anterioridad a dicha publicación”.⁵⁶

5. La reforma constitucional de 1970

A mediados de la década del sesenta se había discutido a nivel académico acerca de la necesidad de contar con un Tribunal Constitucional. Específicamente, en un seminario efectuado en 1963 en la Biblioteca Nacional, bajo la dirección del profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, Jorge Guzmán Dinator, el destacado jurista Alejandro Silva Bascuñán propuso crear una Corte Constitucional.⁵⁷ Luego, ello se profundiza en las III Jornadas Chilenas de Derecho Público, en una ponencia del profesor Francisco Cumplido, quien resalta la necesidad de un control preventivo de la constitucionalidad de las leyes.⁵⁸

La reforma constitucional de 1970⁵⁹ incorpora –por primera vez en Chile– un Tribunal Constitucional para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad suscitadas durante la tramitación de los proyectos de ley, el que lamentablemente tuvo una efímera existencia y no alcanzó a lograr una jurisprudencia relevante.⁶⁰

Sobre la importancia de esta nueva institución, el ex Presidente Eduardo Frei Montalva señaló al efecto, en su Mensaje, que *“todo ordenamiento jurídico requiere la existencia de un Tribunal que vele por la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Poder Legislativo, ya que de otra manera el imperio de la Constitución queda sin resguardo ante los posibles excesos de leyes que violan las garantías constitucionales o cualquiera otra disposición fundamental de la Constitución Política”*. Agrega luego que *“El Tribunal Constitucional que por este Mensaje propongo crear, ya existente en otras legislaciones más avanzadas, cumplirá satisfactoriamente su objetivo primordial, cual es la definición de los conflictos de poderes que surgen por la desigual interpretación de las normas constitucionales, cuyo imperio y observancia así quedan robustecidos”*.

Dicho Tribunal, que sesionó por cerca de dos años, y que fuera presidido por el profesor de Derecho Administrativo Enrique Silva Cimma, dictó 17 sentencias,

⁵⁶ El texto es citado por el Ministro de Justicia de la época en las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC), 14.04.77, sesión N° 285, p. 948.

⁵⁷ JORGE GUZMÁN DINATOR, *Nueva Constitución Vieja Constitución*, Santiago, 1964.

⁵⁸ FRANCISCO CUMPLIDO CERECEDA, *Ponencia a III Jornadas de Derecho Público*, Revista de Derecho Público N° 3, 1965.

⁵⁹ Con anterioridad también se había enviado en 1965 por el Presidente Frei un proyecto de reforma constitucional que incluía, entre otras materias, la creación de un Tribunal Constitucional, idea de legislar que no prosperó.

⁶⁰ Primeros 5 fallos dictados por el Tribunal Constitucional de la República de Chile (1972).

siendo en 1973 disuelto por la Junta Militar por estimar que su existencia era "innecesaria", lo que sólo puede entenderse en un contexto institucional en el que el Congreso Nacional había sido clausurado.⁶¹

III. La Constitución Política de 1980

1. Los antecedentes del texto constitucional. Inaplicabilidad e inconstitucionalidad

El texto preparado por la Subcomisión de reforma constitucional del Poder Judicial incluía una norma facultando a la Corte Suprema, en los casos particulares de que conociera o que le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio seguido ante otro tribunal, para declarar inaplicable para ese caso cualquier precepto legal contrario a la Constitución. De igual forma se facultaba a la Corte para ordenar la suspensión del procedimiento. Y como una innovación, y por razones de economía procesal⁶², se indicaba que *"después de tres fallos, en un mismo sentido, acogiendo el recurso, la inaplicabilidad producirá efectos generales"*.⁶³ La materia fue discutida especialmente durante las sesiones 285 a 288 de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC). Uno de los aspectos controvertidos fue el relativo a la posibilidad de declarar la inaplicabilidad por vicios de fondo y de forma.

También generó controversia la necesidad de un juicio pendiente. Incluso algunos se manifestaron reacios a que se tuviera que *"fabricar un juicio para ese efecto"*⁶⁴, puesto que lo que se trataba era de *"evitar que se le aplique a una persona una ley que le causa perjuicio y que es inconstitucional"*.⁶⁵ Sin embargo, otros consideraron *"preferible mantener la idea de que exista juicio pendiente, porque en ese caso ya se limita mucho la posibilidad de que cualquiera pueda lisa y llanamente lanzar un recurso de inconstitucionalidad"*.⁶⁶ En todo caso, se dejó constancia que su alcance era de carácter amplio, esto es, incluía *"cualquier gestión judicial, de cualquier naturaleza que sea, como podría ser, por ejemplo, el recurso de protección"*.⁶⁷

⁶¹ Sobre los antecedentes históricos vid. SILVA CIMMA, ENRIQUE, *El Tribunal Constitucional 1971-1973*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 38 (2008).

⁶² El es Presidente de la Corte Suprema afirma que ello se justificaría dado que lo contrario importaría "un costo inútil para los litigantes y un recargo de trabajo completamente injustificado para la Corte" (sesión N° 285, 14.04.77, Actas de la CENC, p. 944).

⁶³ Anexo, en sesión N° 251, de 19.10.1976, Actas de la CENC, p. 169.

⁶⁴ Señor Guzmán, sesión N° 285, 14.04.77, Actas de la CENC, p. 966.

⁶⁵ Señor Guzmán, sesión N° 286, 21.04.77, Actas de la CENC, p. 975.

⁶⁶ Señor Diez, sesión N° 286, 21.04.77, Actas de la CENC, p. 973.

⁶⁷ Señor Ortúzar, sesión N° 288, 28.04.77, Actas de la CENC, p. 1012. Se reitera ello en sesión N° 297, 14.06.77, Actas de la CENC, p. 1168, en donde se señala que "no se estimó necesaria la existencia de un juicio, sino que bastaba con la de cualquier gestión que se siga ante nuestros tribunales".

La temática más debatida fue aquella relativa a la conveniencia de otorgar efectos generales a la declaración de inconstitucionalidad. Ello motivó que algunos comisionados señalaran sus reparos frente a dicha idea, dado que *“puede ser peligroso colocar a la Corte Suprema en pugna con una mayoría del Congreso Nacional”,* afectando así *“el equilibrio que ha habido entre los poderes”*.⁶⁸ Se reafirma lo anterior agregando que *“en un país de legislación unitaria es demasiado fuerte entregar a la Corte Suprema la facultad de imponer su voluntad”*⁶⁹, de modo que se transformaría en una especie de *“superpoder”*.⁷⁰

Otros, sin embargo, afirmaron que *“es conveniente que cuando el más alto Tribunal de la República lo ha declarado en forma reiterada en tres, cuatro, cinco o seis fallos consecutivos (...) se estime que esa disposición ha perdido su fuerza legal, porque la verdad es que la ciudadanía no se explica esto de que, habiendo declarado la Corte Suprema reiteradamente que un precepto es contrario a la Constitución, tenga que seguir aplicándose ese precepto legal, y se vea obligada a recurrir a los Tribunales de Justicia con todo el costo y las molestias que ello significa, etcétera, para obtener una nueva decisión en el mismo sentido”*.⁷¹ En el mismo sentido, matizando lo anterior, se expresó que *“si hubiera de parte de la Corte Suprema algún fallo que estimara que ese precepto legal recurrido es inconstitucional, deberían exigirse cinco fallos consecutivos de la Corte Suprema en el sentido inverso para estimar que el precepto queda con una inconstitucionalidad de efectos generales”*.⁷² Cabe tener presente que un comisionado se manifestó absolutamente partidario de *“mantener, en primer lugar, el recurso en la forma en que ha sido propuesto y mantener, además, los caracteres generales que emanan de tres fallos uniformes y consecutivos”*.⁷³

Del mismo modo, se discutió acerca de cuál debía ser el órgano encargado de declarar la inconstitucionalidad. Así, el presidente de la Comisión de Estudio instaba a *“encontrar un mecanismo, sobre la base de un tribunal especial integrado por Ministros de la Corte Suprema, que permita conocer de las inconstitucionalidades que se generen durante la tramitación de las leyes o de aquellas leyes que no violen intereses particulares determinados, sino generales, dejando entregada a la Corte Suprema la posibilidad ya sea de conservar el recurso de inaplicabilidad o darle efectos generales y, en este caso, permitir que pueda ser el Fiscal de la Corte Suprema quien requiera la inconstitucionalidad para evitar el uso abusivo de estos recursos”*.⁷⁴

⁶⁸ Señor Díez, sesión N° 285, 14.04.77, Actas de la CENC, p. 949.

⁶⁹ Señor Díez, sesión N° 287, 26.04.77, Actas de la CENC, p. 985.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 986.

⁷¹ Señor Ortúzar, sesión N° 285, 14.04.77, Actas de la CENC, p. 951.

⁷² Señor Guzmán, sesión N° 285, 14.04.77, Actas de la CENC, p. 954.

⁷³ Señor Ovalle, sesión N° 285, 14.04.77, Actas de la CENC, p. 963.

⁷⁴ Señor Ortúzar, sesión N° 287, 26.04.77, Actas de la CENC, p. 998.

Como lo afirmara un miembro de la Comisión, el dilema ineludible se traducía en que *“si hay que garantizar la supremacía constitucional, algún órgano ha de haber que en definitiva haga prevalecer su criterio frente a una ley dictada por el Poder Legislativo para el solo efecto de ponderar, desde el punto de vista jurídico, si una ley se opone a la Carta Fundamental”*.⁷⁵ Incluso se manifestó más partidario de que fuera la Corte Suprema, lo que fue controvertido por la Ministra de Justicia de la época, quien se inclinó por *“estudiar la posibilidad de la creación de un tribunal especial”*.⁷⁶ Igual tesis sostendrá el Presidente de la Corte Suprema.⁷⁷

Sin embargo, en definitiva, y tras un largo debate, la norma quedó redactada de la siguiente manera: *“La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueran sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares, todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento”*.

De este modo, si bien la Comisión de Estudio eliminó la posibilidad de una inconstitucionalidad con efectos generales, en cambio le otorgó la facultad de declarar dicha inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional. En efecto, el artículo 88 N° 12 del Anteproyecto de la CENC establecía: *“Son atribuciones del Tribunal Constitucional: (...) 12. Declarar con efectos generales la inconstitucionalidad de un precepto legal de acuerdo a lo prescrito en el inciso final de este artículo”*. Dicho inciso final disponía lo siguiente: *“En el caso del N° 12, la Corte Suprema deberá requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional cuando aquélla haya declarado inaplicable un precepto legal mediante tres fallos uniformes y consecutivos. Si el Tribunal Constitucional considera que dicho precepto se ajusta a la Constitución, la Corte Suprema no podrá en el futuro declarar su inaplicabilidad”*.

Posteriormente, el Consejo de Estado discutió el precepto en diversas sesiones⁷⁸, concluyéndose que dicha declaración de inconstitucionalidad debía quedar radicada en la Corte Suprema.

⁷⁵ Señor Guzmán, sesión N° 287, 26.04.77, Actas de la CENC, p. 990.

⁷⁶ Ministra Madariaga, sesión N° 287, 26.04.77, Actas de la CENC, p. 993.

⁷⁷ Presidente Eyzaguirre, en sesión N° 287, 26.04.77, Actas de la CENC, p. 996. Se manifestó partidario de un Tribunal Constitucional con una integración parecida a la del Tricel, recordando ciertas críticas de la Corte Suprema al proyecto del Presidente Frei de fines de los sesenta. Concluye sosteniendo que otorgar la declaración de inconstitucionalidad a la Corte Suprema sería *“mezclarla de lleno en la lucha política, lo cual considera que es totalmente funesto. Por ello se inclina por la solución de un Tribunal Constitucional con mayoría de magistrados, pero que no sea la Corte Suprema”* (Ibíd., p. 997).

⁷⁸ Vid. especialmente sesiones N° 85, 87 y 102 del Consejo de Estado. El ex Presidente de la Corte Suprema, Enrique Urrutia, recordó que la norma de la Carta de 1925 *“fue el resultado de una transacción, pues se consideró impropio que la Corte Suprema quedara por encima del Congreso y pudiera dejar sin efecto lo dispuesto por éste”* (Actas del Consejo de Estado en Chile (1976-1990), Tomo II, pp. 552-553).

De esta forma, el anteproyecto del Consejo de Estado incorporó una disposición según la cual: *“Si la Corte Suprema declarar inaplicable un mismo precepto legal en tres fallos uniformes y sucesivos, declarará al mismo tiempo la inconstitucionalidad de dicho precepto y ordenará de inmediato la publicación de este acuerdo en el Diario Oficial. A partir de la fecha de la publicación, el precepto inconstitucional dejará de producir efectos, lo que no empecerá a las sentencias ejecutoriadas con anterioridad”*.⁷⁹

Finalmente, la Junta de Gobierno volvió a la redacción propuesta por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, quitándole nuevamente a la Corte Suprema la prerrogativa de declarar la inconstitucionalidad con efectos generales, la que tampoco se la otorgó al Tribunal Constitucional.

Es decir, el texto de la Constitución que fue sometido al plebiscito de 1980 no contaba con ninguna norma que previera la posibilidad de una declaración de inconstitucionalidad con efectos generales, ni por parte de la Corte Suprema, ni por parte del Tribunal Constitucional, ni de ninguna otra institución, en términos similares a la Carta de 1925. Establecerá un mecanismo de control difuso. El Tribunal Constitucional revisará preventivamente las leyes y la Corte Suprema efectuará el mismo ex post, a través del recurso de inaplicabilidad.⁸⁰

2. La acción de inaplicabilidad durante la aplicación del texto primitivo (1981-2005)

La Corte Suprema entendió que para la procedencia de la acción de inaplicabilidad era menester la concurrencia de diversos requisitos⁸¹:

- a) La existencia de una **gestión pendiente** ante otro tribunal, vale decir, *cualquier actividad jurisdiccional ejercida ante otro tribunal y no sólo a gestiones y acciones de jurisdicción contenciosa*⁸² Obviamente debía tratarse de tribunales sujetos a la superintendencia de la Corte Suprema, excluyéndose por tanto, por ejemplo, el Tribunal Calificador de Elecciones.⁸³ En tal sentido, bajo ciertos supuestos no se consideró como gestión el recurso de protección⁸⁴ y el recurso de queja.⁸⁵

⁷⁹ Así se aprueba en la sesión 87, de 28 de agosto de 1979, ob. cit., p. 560.

⁸⁰ GÓMEZ B., GASTÓN, *La Jurisdicción Constitucional Chilena*, 1999.

⁸¹ Sobre la materia vid. ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN, *El recurso de inaplicabilidad, revisión de 20 años de jurisprudencia 1981-2001*. Un muy buen estudio sistemático en FERNANDO SAENGER GIANONI y GUILLERMO BRUNA CONTRERAS, *Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad. Jurisprudencia, 1980-2005*, Santiago, 2006.

⁸² C. Suprema, 30.09.88, Rep.85, Sec 5ª, p. 240. En el mismo sentido, C. Suprema, 28.01.88, RDJ 85, sec. 5ª, p. 25.

⁸³ C. Suprema, 18.08.93, GJ 158, p. 52.

⁸⁴ C. Suprema, 23.12.87, GJ 97, p. 25 y 1.08.97, GJ 206, p. 50.

⁸⁵ C. Suprema, 6.12.96, GJ 198, p. 152.

- b) Que se pretenda invocar un precepto **que tenga jerarquía de ley**, esto es, leyes propiamente tales –sea común o de quórum especial u orgánica constitucional–, decretos con fuerza de ley, decretos leyes e incluso los tratados internacionales. Sobre éstos, en su oportunidad se estimó que se ajustaban a la Carta Fundamental las normas contenidas en la Convención sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, de La Haya.⁸⁶ Ahora bien, debe tratarse de **preceptos legales determinados**, puesto que unánimemente nuestra jurisprudencia señaló que no resultaba posible mediante este recurso solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la totalidad de una ley, esto es, orgánicamente, sino que debe tratarse de normas específicas y precisas que contravengan la Carta Fundamental⁸⁷ En el mismo sentido, se sentenció *“Que fluye de lo ya manifestado que el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad restringe la facultad de esta Corte para declararla, permitiéndola sólo respecto de **disposiciones precisas y determinadas** de una ley y vedándola cuando se pretende que se extienda a todo un cuerpo legal”*.⁸⁸
- c) Las normas legales deben estar vinculadas directamente con la gestión. En relación a este segundo requisito, la Corte Suprema sentenció que *“Para que pueda prosperar un recurso de inaplicabilidad es indispensable que **las normas legales que se objetan de inconstitucionales deban estar en vinculación directa con la gestión judicial** para la que se pide la respectiva declaración, de manera que ellas tengan o puedan tener aplicación en la decisión del asunto controvertido”*.⁸⁹
- d) Debe tratarse de una **absoluta contradicción entre el precepto legal y la Constitución**. Dicha exigencia supone que el precepto legal impugnado debe contravenir de tal forma la Carta Fundamental, que comparadas ambas no puedan coexistir en el ordenamiento jurídico vigente, resultando que en tal caso debe preferirse la norma superior, esto es, la Constitución Política. Confirmando lo anterior se resolvió que: *“La finalidad que persigue el recurso de inaplicabilidad es efectuar una comparación entre un determinado precepto legal con una disposición precisa de la Constitución Política de la República, con el objeto de declarar si pugna o no aquél con ésta, normas ambas vigentes al momento de realizar el cotejo o examen de ellas”*.⁹⁰ De esta forma, *“la declaración de inaplicabilidad procede cuando el precepto a que ella se refiere es contrario a la Constitución. Ello quiere decir que la norma cuya*

⁸⁶ C. Suprema, 24.10.97, GJ 208, p. 75.

⁸⁷ C. Suprema, 23.11.94, GJ 173, p. 30.

⁸⁸ C. Suprema, 26.07.92, RDJ 89, sec 5ª, p. 172. En el mismo sentido, C. Suprema, 2.12.92, GJ 150, p. 31; C. Suprema, 13.04.93, GJ 154, p. 52; C. Suprema, 24.09.93, GJ 159, p. 51; C. Suprema, 28.12.94, GJ 173, p. 30, y C. Suprema, 5.05.93, RDJ 90, sec 5ª, p. 143.

⁸⁹ C. Suprema, 25.01.88, RDJ 85, sec 5ª, p. 12.

⁹⁰ C. Suprema, 9.12.88, RDJ 85, sec. 5ª, p. 262.

inaplicabilidad se pretende sea declarada para el caso particular, considerada en abstracto, pugna con las disposiciones de superior jerarquía contenidas en la Carta Fundamental; en otras palabras, significa que el mandato, prohibición o permiso contenido en la norma cuestionada contrasta en general con aquellos que se consagran en la Constitución, de manera que el precepto constitucional resulta incompatible con la norma impugnada 'en sí', y no sólo en la forma específica en que esta última pretende aplicarse en el caso concreto de que se trata"⁹¹

- e) Que el precepto no haya sido declarado constitucional por el Tribunal Constitucional. Según lo preceptuaba el inciso final del artículo 83 de la Constitución, *"resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia"*. Sobre este aspecto se dictaminó que *"El mismo precepto demuestra que en dicho caso no es procedente declarar la inadmisibilidad del recurso, en razón de que la Corte 'no puede declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia', pero sí puede hacerlo por otro, y para ello es necesario estudiar el fondo del recurso para resolver los precedente"⁹²* Así, *"queda excluido del ámbito del recurso de inaplicabilidad el caso concreto fallado por el Tribunal Constitucional en su labor preventiva y con relación a un vicio determinado"*.⁹³

Finalmente, cabe destacar dos aspectos que tuvieron una larga discusión en relación a la acción de inaplicabilidad.

El primero dice relación con la posibilidad de declarar la inaplicabilidad respecto de las disposiciones dictadas con anterioridad a la entrada en vigencia del texto constitucional. Sobre esta materia cabe señalar que hasta 1990 la Corte Suprema entendía que en tal situación se había producido una derogación tácita, conflicto que debía ser resuelto por el juez de la instancia.⁹⁴ Sin embargo, a partir de 1990 y hasta el 2005 la Corte sostuvo que tenía plena competencia.⁹⁵

⁹¹ C. Suprema, 28.08.98, RDJ 95, sec. 5ª, p. 113.

⁹² C. Suprema, 16.04.87, RDJ 84, sec. 5ª, p. 73.

⁹³ C. Suprema, 29.01.92, RDJ 89, sec 5ª, p. 12.

⁹⁴ *"No procede el recurso de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad si una ley queda en pugna con una Constitución posteriormente dictada. El problema no es de inconstitucionalidad, sino de supervivencia de la ley o de derogación tácita de ella, asuntos ambos que toca resolver a los jueces de fondo y no a la Corte Suprema"* (C. Suprema, 22.12.88, GJ 102, p. 86).

⁹⁵ *"No es exacto que sólo incumba a los jueces de la instancia resolver si las leyes anteriores a la Constitución son opuestas a su texto, como tampoco parece acertado estimar que se trata en la especie de una eventual derogación por la Constitución Política posterior de una ley anterior a ella. Si los jueces de la instancia pueden decidir que la ley general que es la Constitución ha derogado una ley especial común, también puede la Corte Suprema declarar la inconstitucionalidad de esta última conforme al artículo 80 de la Carta Política, que no hace diferencia entre leyes anteriores y posteriores a ella. La tesis de la derogación, que pretende eliminar las facultades de la Corte Suprema cuando la ley de cuya inaplicabilidad se trata es anterior a la Constitución, no resuelve el caso de la creación, por ésta, de un sistema incompatible con la aplicación de la norma común y si lo puede resolver en cambio la Corte Suprema, que tiene como tribunal*

El otro aspecto dice relación con la declaración de inaplicabilidad por razones de forma, esto es, por vicios durante la tramitación de la ley. Invariablemente la Corte Suprema sustentó que a través del recurso de inaplicabilidad no se podía entrar a conocer vicios de forma que invalidaran la ley. Así, se sentenció que *“La facultad que la Constitución otorga a la Corte Suprema para declarar la inaplicabilidad en los casos a que se refiere, sólo procede para resguardar la inaplicabilidad de fondo de las leyes, no la de forma que sólo mira a la formación de la ley; pues no es facultad del máximo tribunal anular la ley o derogarla, como ocurriría en el segundo caso, ya que éste interesa a todos los ciudadanos por igual y por ende no podría quedar limitado a los casos particulares de que conozca, como en cambio ocurre en el primero, dado que la Constitución consagra únicamente el dejar de aplicarlo en el caso concreto de que se trata, de manera de amparar solamente a las personas afectadas en sus derechos”*.⁹⁶

IV. Los Tribunales Constitucionales en el siglo XX en Europa y América como guardianes de la Constitución

Los Tribunales Constitucionales surgen en Europa, en 1920, creación del notable jurista austríaco Hans Kelsen, quien en su famosa controversia con Carl Schmitt acerca del defensor de la Constitución insiste en la necesidad de una *“jurisdicción constitucional, por la cual la función de garantía de la Constitución sea transferida a un tribunal independiente”*.⁹⁷

Agregando, luego, que dicho tribunal *“funciona como jurisdicción constitucional en la medida en que deba decidir, a través de un procedimiento contencioso de partes, sobre la constitucionalidad de actos del Parlamento (en especial de las leyes), así como también del Gobierno (especialmente de los decretos), cuando hayan sido cuestionados, anulando tales actos en el caso de inconstitucionalidad y eventualmente juzgando a determinados organismos imputados, acerca de la responsabilidad probada”*⁹⁸.

único el control de la constitucionalidad de la ley en la forma dispuesta por el mencionado artículo 80” (C. Suprema, 8.06.90, FM 379, p. 286. En el mismo sentido, C. Suprema, 19.06.91, RDJ 87, sec 5º, p. 161 y C. Suprema, 24.04.92, GJ 143, p. 29). La doctrina también controvertió el punto. Entre otros, vid. SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, *El valor jurídico del DL 1136*, Revista Chilena de Derecho 8 N° 2, 1982, p. 331; BERTELSEN REPETTO, RAÚL, *La jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el recurso de inaplicabilidad*, Revista de Derecho Público 37-38, 1995, pp. 171 y 184, respectivamente; CEA EGAÑA, JOSÉ L., *Notas sobre inaplicabilidad y derogación de preceptos legales*, Revista Chilena de Derecho 13 N° 1, 1986, p. 31; BULNES ALDUNTE, LUZ, *Análisis sobre la última jurisprudencia sobre el recurso de inaplicabilidad*, Revista Chilena de Derecho 20, 1993, pp. 524-525; y PRECHT PIZARRO, JORGE, *Derogación Tácita e Inaplicabilidad: análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile (1987-1995)*, en la Jurisdicción Constitucional Chilena ante la Reforma, Cuaderno de Análisis Jurídico 41, 1999, p. 156.

⁹⁶ C. Suprema, 19.04.85, RDJ 82, sec. 5º, p. 86.

⁹⁷ HANS KELSEN, *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?*, Madrid, 1995, p. 14.

⁹⁸ *Ibid.*, pp. 14-15.

Explicando su funcionamiento señala Kelsen que dicho tribunal “*aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes anticonstitucionales no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el actus contrarius correspondiente a la producción jurídica, o sea, que –tal como lo he señalado– oficia de ‘legislador negativo’*”.⁹⁹

A partir de la Constitución de Austria de 1920¹⁰⁰ y en particular después de la Segunda Guerra, se expanden por el continente: Italia (1947), Alemania (1949), Francia (1958) y España (1978), por mencionar algunos¹⁰¹. En Hispanoamérica también se establecen, siguiendo el modelo español. Hoy además se aprecia su presencia en la Europa oriental, Asia y África. Su papel fundamental es resolver las controversias de constitucionalidad entre los diversos órganos del Estado.

Como se sabe, el control de la constitucionalidad en el Derecho Comparado tiene características disímiles.¹⁰² En algunos casos existen controles de carácter preventivo (Consejo Constitucional de Francia, aunque recientemente modificado) y en otros a posteriori (Alemania y España). Ciertamente también los hay mixtos (Tribunal Constitucional de Italia). En cuanto a su forma, el control puede ser concentrado o radicado en un órgano (modelo constitucional kelseniano de Tribunal Constitucional) o entregado a diversos entes (modelo constitucional de Estados Unidos).

Respecto de los efectos del control también pueden ser diversos. Así, en algunos sistemas la sentencia tiene efectos de carácter general, como es el caso típico de las sentencias de los Tribunales Constitucionales (España, Alemania o Italia) o sólo al caso concreto (Corte Suprema en Chile desde 1925 al 2005).

Por su lado, en Sudamérica existen variadas experiencias en materia de control. Así, ciertos países le entregan el conocimiento de la misma a los tribunales de justicia en general (Argentina) o específicamente a la Corte Suprema (Uruguay) o al Tribunal Constitucional (Bolivia) o a los tribunales ordinarios y al Tribunal Constitucional (Perú y Ecuador).¹⁰³

⁹⁹ *Ibíd.*, pp. 36-37.

¹⁰⁰ En 1885 Jellinek había señalado la necesidad un Tribunal Constitucional. Sobre la materia vid. PEDRO CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad 1919-1939*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987. Citado en Zapata, Patricio, *ob. cit.*

¹⁰¹ DOMINIQUE ROUSSEAU, *La justicia constitucional en Europa*, Madrid, 2002.

¹⁰² Una obra clásica sobre la materia: FAVOREAU LOUIS, *Los Tribunales Constitucionales* (1994). Una visión como juez: GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, 2005.

¹⁰³ NOGUEIRA A., HUMBERTO, *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur*, 2005.

V. La Reforma Constitucional de 2005 y Nueva Acción de Inaplicabilidad

La reforma constitucional de 2005¹⁰⁴ le otorga al Tribunal Constitucional la totalidad del control de la constitucionalidad de las leyes, tanto *a priori* –que lo tenía desde 1980– como *a posteriori* –que se radicaba en la Corte Suprema–. Así, se establecen dos instituciones: la inaplicabilidad (para el caso concreto) y la inconstitucionalidad (derogación de la ley).

Como se ha expresado, la aludida reforma constitucional facultó al Tribunal Constitucional para resolver por la mayoría de sus miembros en ejercicio la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.¹⁰⁵

En efecto, el artículo 93, inciso primero, N° 6 de la Constitución Política de la República señala expresamente que es atribución del Tribunal Constitucional “Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.

El mismo artículo 93 citado, en su inciso décimo primero, explicita aquella atribución –en cuanto a sus presupuestos procesales– añadiendo que “la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto”, agregando que le corresponderá a cualquiera de las salas del tribunal declarar la admisibilidad de la cuestión “siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”.¹⁰⁶ Por su parte, el artículo 47 G de la Ley Orgánica del Tribunal señala las causales de inadmisibilidad.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Sobre las reformas constitucionales de 2005 vid. NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, *Reformas constitucionales 2005*, Revista del Colegio de Abogados de 2005, pp. 46 y 47. Del mismo modo, vid. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador), *La Constitución reformada de 2005* (2005) y ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador), *Reforma constitucional* (2005).

¹⁰⁵ En relación a los antecedentes de la acción de inaplicabilidad vid. NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, *El Tribunal Constitucional y las reformas constitucionales de 2005*, Revista de Derecho Público 68 (2006), pp. 11 y ss.

¹⁰⁶ Sobre la historia vid. SENADO DE LA REPÚBLICA, *Reformas constitucionales 2005*, Historia y tramitación (2006). En idéntico sentido, PFEFFER URQUIAGA, EMILIO, *Reformas constitucionales 2005. ANTECEDENTES-debates-informes* (2005).

¹⁰⁷ “Artículo 47 G.- Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos: 1° Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado; 2° Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva; 3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada; 4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal; 5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el

Al Tribunal le ha correspondido pronunciarse durante los primeros cuatro años en más de un millar de presentaciones, pudiendo destacarse los siguientes presupuestos de admisibilidad¹⁰⁸ de la acción que, como se ha señalado, se encuentran establecidos en la propia Carta Fundamental.¹⁰⁹

1. Que el requerimiento sea formulado por una persona u órgano legitimado. Requerimiento de los jueces¹¹⁰

La Comisión del Senado al discutir, en primer trámite, la reforma constitucional de 2005, tuvo especialmente presente la experiencia de derecho comparado, en particular la europea.

En tal sentido, se observó que la Ley Fundamental alemana entrega al Tribunal Constitucional diversas atribuciones, entre ellas, “la resolución de los conflictos de interpretación de la Constitución, referidos al alcance de los derechos y obligaciones de órganos de alta jerarquía y de compatibilidad entre el derecho federal o de un Estado y la Carta Fundamental”. Así, “en caso de que un tribunal considere inconstitucional una ley de cuya validez dependa el fallo, se suspenderá el procedimiento. Si se trata de una violación de la Constitución de un Estado, se recabará el pronunciamiento del tribunal regional competente en litigios constitucionales, o el del Tribunal Constitucional Federal, tratándose de una infracción a la Ley Fundamental”.¹¹¹ En efecto, en Alemania, la Ley Federal señala que: “*Si un Tribunal considera que una ley –de cuya validez depende el fallo– es inconstitucional, se suspenderá el procedimiento. En tal caso, se someterá la cuestión –cuando se trate de la violación de la Constitución de un Estado Federado– al tribunal competente en materia de litigios constitucionales; cuando se trate de violaciones de esta Ley Fundamental, el asunto se someterá a consideración del Tribunal Constitucional Federal. Lo anterior rige también cuando se trate de la*

precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto; y 6° Cuando carezca de fundamento plausible”. A la fecha no se ha fijado el texto refundido de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

¹⁰⁸ NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, *Presupuestos de la acción de inaplicabilidad*, Revista de Derecho Público 72, 2010.

¹⁰⁹ Vid. N° 10 (2006) de la Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, en que se analiza la jurisprudencia del primer año del Tribunal Constitucional.

¹¹⁰ Artículo 47 A.- *En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.*

Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso.

¹¹¹ Informe de la Comisión del Senado, en Pfeffer, ob. cit., p. 374.

violación de la presente Ley Fundamental por la legislación de un Estado Federado o la incompatibilidad de una ley de un Estado Federado con una Ley Federal".¹¹²

También se tuvo presente que en España "el Tribunal Constitucional conoce los recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, del recurso de amparo por violación de ciertos derechos y libertades y de conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí. Asimismo, que en caso de que un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma legla aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser inconstitucional, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos".¹¹³ En efecto, en España, la Constitución Política establece que: "*Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos*".¹¹⁴ De este modo, en el modelo español, una de sus características es la "incorporación de los órganos judiciales a la tarea de depuración del ordenamiento", en cuanto si bien no pueden declarar la inconstitucionalidad de la norma, "colaboran en dicha tarea instando el control del Tribunal Constitucional mediante la denominada cuestión de inconstitucionalidad".¹¹⁵

Entre las opiniones escuchadas en el Senado deben destacarse las vertidas por el ex Ministro Eugenio Valenzuela, quien dejó constancia que estimaba prudente establecer una dualidad de acciones, en términos que "la acción de inaplicabilidad pueda ser iniciada por el juez que conoce de la causa o por las partes del litigio y que para el recurso de inconstitucionalidad exista acción popular, vale decir, que cualquier persona pueda pedir la inconstitucionalidad de la ley con efecto general después de que previamente hubiere sido declarada inaplicable".¹¹⁶

De este modo, el criterio adoptado por la Comisión del Senado en esta materia fue que la acción de inaplicabilidad podía "deducirse de oficio por el tribunal que conoce de la gestión, en cualquier estado de la misma, y por quien sea parte en ella, antes de la sentencia".¹¹⁷

¹¹² Ley Federal, artículo 100.1. Vid. ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN, *60 años de la Constitución Alemana*, Ed. Jurídica, 2009, en imprenta.

¹¹³ *Ibíd.* Una excelente revisión histórica de la vía incidental judicial en España en JUAN MANUEL LÓPEZ ULLA, *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Madrid, 1999.

¹¹⁴ Constitución Política de España, artículo 163.

¹¹⁵ PABLO PÉREZ TREMPES, *La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho Español*, Estudios Constitucionales N° 1, 2005, p. 128.

¹¹⁶ En Pfeffer, *ob. cit.*, pp. 375-376.

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 386.

Por último, en relación al derecho europeo, cabe tener presente que en Italia la Ley Fundamental prescribe que: “*El Tribunal Constitucional conocerá de: 1° Las controversias acerca de la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las Regiones*”.¹¹⁸ En tal sentido, el control incidental de las leyes ha tenido especial relevancia en Italia, lo que se plantea por un juez respecto de una norma de rango legal, quien dicta al efecto “una resolución –denominado auto de planteamiento– con la que suspende el juicio en curso ante él y somete la cuestión a la Corte”. Dicha resolución “no vincula a los jueces de otros procesos en cuyo ámbito sea aplicable la disposición o norma denunciada como sospechosa de inconstitucionalidad”¹¹⁹. De este modo, “el juez, tras una expresa solicitud realizada por una de las partes del proceso seguido en su instancia o de oficio, debe elevar la cuestión de legitimidad constitucional cuando dude que una determinada disposición pueda estar en contradicción con la Constitución, pudiendo negarse sólo en el supuesto que, con respecto a la instancia de parte, considere la excepción propuesta absolutamente carente de cualquier fundamento real”, debiendo tratarse sí de “una norma cuya aplicación el juez entienda necesaria e indispensable para la decisión del proceso”, a lo que debe agregarse “la obligación por parte del juez de intentar, previamente a elevar la cuestión de constitucionalidad, la posibilidad de una interpretación adecuada, esto es, más conforme a la Constitución y, de esta manera, salvar la duda de constitucionalidad”.¹²⁰

Para algunos autores, el juicio incidental de inconstitucionalidad chileno, con la modalidad de control concreto, se alejaría del sistema previsto en Alemania, Italia o España, “donde la modalidad de juicio incidental tiene el carácter de control abstracto con efecto *erga omnes*, teniendo más cercanía con el modelo portugués, considerado en el artículo 280 de la Constitución portuguesa, el cual prevé un juicio incidental con modalidad de control concreto ante el Tribunal Constitucional y cuya sentencia produce efectos *inter pares*”.¹²¹

Durante este período se han presentado peticiones de inaplicabilidad a instancia de jueces, de competencias disímiles.¹²² Incluso, la propia Corte Suprema.¹²³

¹¹⁸ Artículo 134 de la Constitución de la República de Italia.

¹¹⁹ ALESSANDRO PIZZORUSSO, *La Justicia Constitucional en Italia*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 4, UNED, 1999, p. 167.

¹²⁰ ROBERTO ROMBOLI, *El control de constitucionalidad de las leyes en Italia*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, N° 4, UNED, 1999, p. 187.

¹²¹ HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, *El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias*, *Estudios Constitucionales* 1, 2005, p. 12.

¹²² Roles N° 537 (Tribunal Penal Oral de Concepción, respecto del artículo 434 del Código Penal), 541 (3ª Sala de la ICA de Santiago, en relación al inciso 1° del artículo 42 de la Ley de Concesiones), 575 (Juez de Policía Local de Renca, impugnando el artículo 541 del COT), y 659 (1ª Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco, en relación al artículo 116 del Código Tributario).

¹²³ Así lo hizo, por ejemplo, la Primera Sala del máximo tribunal, respecto de los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2695 (Rol N° 707-2007) y la Sala Constitucional, en relación al derogado artículo 116 del Código Tributario.

Excluyendo los innumerables requerimientos referidos al artículo 116 del Código Tributario, en tres oportunidades se han acogido peticiones de jueces.¹²⁴ La Corte de Valparaíso solicitó la inaplicabilidad del **artículo 13 de la Ley N° 18.575**, que establecía como causal de reserva o secreto el que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada, efectuada por el jefe superior del órgano requerido¹²⁵. Por su parte, la Primera Sala Civil de la Corte Suprema consultó la aplicación de los **artículos 15 y 16 del DL 2.695** referidos a la regularización de la pequeña propiedad raíz, por cuanto se podría afectar el derecho de propiedad¹²⁶. Finalmente, el Juez Presidente del Juzgado de Familia de Pudahuel solicitó la inaplicabilidad del **artículo 206 del Código Civil**, que preceptúa que si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad, lo que se estimó vulneraba el derecho a la propia identidad.¹²⁷

2. Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que no haya sido declarado conforme a la constitución por el tribunal (sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento), y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva

Tal como se dejó constancia en la historia fidedigna de la discusión de la ley orgánica, el precepto en cuestión recoge la jurisprudencia uniforme del Tribunal Constitucional desde 1980.¹²⁸ En tal sentido, cabe recordar que el antiguo artículo 83 inciso final de la Constitución Política señalaba que: *“Resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia”*. Obviamente debía tratarse del mismo vicio.¹²⁹

El primer caso en que al Tribunal Constitucional le correspondió pronunciarse por supuesta cosa juzgada constitucional, dice relación con un requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 161 N° 10 del Código Tributario, habida consideración que ya se había sentenciado –en sede de control preventivo– que la recopilación de antecedentes por parte del Servicio de Impuestos Internos

¹²⁴ Sobre la materia vid. NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE, *Requerimiento de inaplicabilidad de jueces*, ponencia enviada a XXXIX Jornadas Chilenas de Derecho Público, 2009. Por publicarse en Revista de Derecho de la U. Católica de Chile.

¹²⁵ Rol N° 634, de 9 de agosto de 2007.

¹²⁶ Rol N° 707, de 25 de octubre de 2007.

¹²⁷ Rol N° 1.340, de 29 de septiembre de 2009.

¹²⁸ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En ARELLANO GÓMEZ, PILAR, *Historia fidedigna de la LOC de TC*, 2008 (inéedita).

¹²⁹ Corte Suprema, 16 de abril de 1987, RDJ 84, sec. 5ª, p. 69.

no importaba investigación.¹³⁰ Debe tenerse presente que en diversos pronunciamientos de inaplicabilidad, se había insistido en el carácter administrativo de las facultades contempladas en el aludido precepto legal.¹³¹

En atención a lo anterior, el Tribunal Constitucional concluye que *“de conformidad con lo señalado, este Tribunal está impedido de entrar a examinar la posible inaplicabilidad del artículo 161, N° 10, del Código Tributario, por su posible contradicción con el artículo 83 de la Carta Fundamental, pues tal contradicción fue, precisamente, el vicio considerado y desechado por la sentencia de 30 de abril de 2002, a través del entendido que se ha recordado”*.¹³²

Debe tenerse presente que el artículo 47 M de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOCTC) señala que *“resuelta la cuestión de inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional, no podrá ser intentada nuevamente, por el mismo vicio, en las sucesivas instancias o grados de la gestión en que se hubiere promovido”*.¹³³

3. Que exista una gestión pendiente ante otro tribunal ordinario o especial

El artículo 47 D de la LOCTC señala que se podrá interponer respecto de *“cualquier gestión judicial en tramitación”* o *“en cualquier oportunidad procesal”*.

Sobre este aspecto, el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse con ocasión de un recurso de inaplicabilidad desestimado, al dirigirse en contra de una resolución administrativa emanada de la Superintendencia de Valores, dictada en un procedimiento de igual naturaleza antes de que se incoara la acción impugnatoria ante los tribunales de justicia.¹³⁴ Tampoco se estimó procedente respecto de actuaciones de la Tesorería no actuando como órgano jurisdiccional.¹³⁵

En otro asunto se declara inadmisibles las peticiones, atendido que el asunto se encontraba radicado ante una autoridad administrativa que había actuado en ejercicio de su potestad sancionadora.¹³⁶ Igualmente, se desecha un recurso por concluirse que el asunto en el que podría incidir el mismo se encontraba concluido mediante sentencia firme, no existiendo, en consecuencia, gestión judicial pendiente alguna.¹³⁷

¹³⁰ Rol 349, de 30 de abril de 2002.

¹³¹ Entre otros, Roles N°s 1183, 1184, 1203, 1205, 1221, 1223, 1229, 1233 y 1245.

¹³² Rol 1406, 31 de diciembre de 2009.

¹³³ Fue el diputado Cardemil quien agregó la precisión de que se trataría de *“el mismo vicio”*, según consta en la historia fidedigna del precepto, según consta en Informe Complementario de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en ob. cit., p. 368.

¹³⁴ Rol N° 514, 27 de junio de 2006.

¹³⁵ Rol 1381, de 20 de mayo de 2009.

¹³⁶ Rol 1477, de 29 de septiembre de 2009.

¹³⁷ Roles N° 495, de 30 de mayo de 2006; 516, de 28 de junio de 2006; 532, de 18 de julio de 2006;

En relación a este requisito, se ha sentenciado que no existe gestión pendiente respecto de un asunto en que el procedimiento de protección se encuentra rechazado por sentencia confirmada por la Corte Suprema.¹³⁸ Tampoco si la Corte Suprema ha desechado un recurso de aclaración¹³⁹, un recurso de apelación¹⁴⁰, una nulidad de derecho público¹⁴¹, un recurso de queja¹⁴² o un recurso de casación¹⁴³ o ha declarado inadmisibles una casación desechando la reposición.¹⁴⁴ En definitiva, si se ha dictado sentencia ejecutoriada.¹⁴⁵

Por último, debe tenerse presente que el Tribunal ha señalado que la existencia de gestión pendiente debe acreditarse debidamente por el requirente y de no ser así debe declararse inadmisibles.¹⁴⁶ Igualmente, se ha dictaminado que el requerimiento no puede extenderse a otros procesos judiciales.¹⁴⁷

4. Debe tratarse de un precepto de rango legal

En primer lugar, debe tenerse presente que la acción de inaplicabilidad no es la vía para impugnar decisiones judiciales¹⁴⁸. Contrariamente a lo que sucede en otros sistemas jurídicos, en el caso chileno la acción no puede transformarse en un amparo.¹⁴⁹ Por lo mismo, tampoco puede ser una acción que pretenda ser el mecanismo para cuestionar la constitucionalidad de una sentencia.¹⁵⁰

507, de 6 de junio de 2006; 575, de 15 de octubre de 2006; y 688, de 16 de enero de 2007. En el caso del Rol N° 476, de 17 de agosto de 2006, se declara inadmisibles en atención a que se encontraba ya resuelto el recurso de casación que se invocaba como gestión pendiente.

¹³⁸ Rol 1494, de 3 de noviembre de 2009.

¹³⁹ Rol N° 1020-2008, 17 de enero de 2008.

¹⁴⁰ Respecto de una sentencia de amparo económico (Rol N° 1259-2008, de 30 de octubre de 2008).

¹⁴¹ Rol 1499, de 14 de noviembre de 2009.

¹⁴² Rol 1349, de 2 de abril de 2009. En el mismo sentido, Rol 1334, de 19 de marzo de 2009 y Rol N° 1226-2008, 16 de septiembre de 2008.

¹⁴³ Rol 1447, de 4 de agosto de 2009. En el mismo sentido, Rol 982-2007, 5 de diciembre de 2007 y Rol N° 1271-2008, 27 de noviembre de 2008.

¹⁴⁴ Rol 1371, de 4 de mayo de 2009.

¹⁴⁵ Rol N° 1139-2008, 19 de junio de 2008. Igualmente, respecto de decisiones de Cortes de Apelaciones, cuando la decisión se encuentra firme (Rol N° 1211-208, 16 de septiembre de 2008).

¹⁴⁶ Rol N° 1213-2008, 16 de septiembre de 2008. En igual sentido Rol N° 1189-2008, 7 de agosto de 2008.

¹⁴⁷ Rol N° 727, de 7 de febrero de 2007. Precizando la exigencia, en Rol N° 984, de 15 de noviembre de 2007, el Tribunal Constitucional ha declarado que *"Lo anterior se confirma por el hecho de que la decisión jurisdiccional que emita esta Magistratura en la materia de que se trata, ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso sub lite"*.

¹⁴⁸ Roles N° 493 y 494, ambos de 27 de abril de 2006. En similar sentido, Rol N° 777, de 16 de mayo de 2007. El mismo criterio jurídico se encuentra también en el Rol N° 794, de 12 de junio de 2007 y Rol N° 817, de 26 de julio de 2007. En otro caso se desecha la acción por estimarse que *"básicamente el requirente formula un cuestionamiento acerca de la resolución dictada por el tribunal de la causa"*, concluyéndose que *"resulta evidente que esa clase de asuntos genera un conflicto jurídico que no compete resolver a esta Magistratura Constitucional, sino que es propio de los jueces de fondo"* (Rol N° 842-2007, 4 de octubre de 2007).

¹⁴⁹ Rol 1214-2008, 9 de septiembre de 2008.

¹⁵⁰ Rol 1416, de 14 de julio de 2009.

En segundo lugar, esta acción no es un medio idóneo para impugnar actuaciones administrativas judiciales dictadas en uso de facultades de carácter económico.¹⁵¹ Adicionalmente, no resulta procedente esta acción respecto de actuaciones administrativas del Ejecutivo¹⁵². Ciertamente tampoco resulta procedente si se ha dirigido en contra de un reglamento de una ley.¹⁵³

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional ha precisado que no se encuentra dentro de sus facultades aclarar el sentido que pudieran tener determinados preceptos legales, lo que es propio del juez de fondo.¹⁵⁴ Y es que tampoco es competencia de esta Magistratura resolver acerca de la eventual aplicación incorrecta o abusiva de un determinado precepto legal por parte de un juez.¹⁵⁵ Para tal efecto existen los mecanismos procesales establecidos por el legislador.¹⁵⁶

En concordancia con lo anterior, la acción de inaplicabilidad tampoco es la vía para declarar cuál es el derecho aplicable en un caso concreto.¹⁵⁷ No le incumbe, por tanto, a la Magistratura Constitucional determinar si debe o no aplicarse un determinado precepto legal.¹⁵⁸

Ahora bien, también se ha señalado que este mecanismo constitucional debe dirigirse contra preceptos legales determinados¹⁵⁹ Por lo mismo, no resulta una vía idónea para efectuar impugnaciones de carácter genérico o abstracto.¹⁶⁰

¹⁵¹ Rol 1264-2008 y 1286-2009.

¹⁵² Rol N° 497, de 10 de mayo de 2006. Consúltese el mismo criterio jurídico en Rol N° 743, de 15 de marzo de 2007.

¹⁵³ Rol N° 1067-2008, 15 de mayo de 2008 y Rol N° 1147-2008, 1 de julio de 2008. Lo mismo se indica respecto un Reglamento de Evaluación Docente (Rol N° 1194-2008, 27 de agosto de 2008). En el mismo sentido, respecto de pretensión de declarar la inconstitucionalidad de un acto administrativo (Rol N° 1227-2008, 29 de septiembre de 2008).

¹⁵⁴ Rol N° 522, de 16 de agosto de 2006. En el mismo sentido, se declara inadmisibles una acción al considerarse que *"el conflicto que se ha sometido a la decisión de la Magistratura dice relación con la aplicación que los tribunales de primera y de segunda instancia han hecho del precepto que se impugna en la gestión en que incide el requerimiento (...) por su naturaleza se trata, entonces, de un asunto que compete a los jueces de fondo resolver"* (Rol N° 684, de 5 de marzo de 2007). Véase además, Rol N° 824, de 14 de agosto de 2007. Siguiendo el criterio anterior, el Tribunal Constitucional ha precisado la interpretación que haga la administración del ordenamiento jurídico y la forma de aplicar las normas por parte de los tribunales ordinarios de justicia constituyen asuntos de competencia de los jueces de fondo (Rol N° 706, de 30 de marzo de 2007). De este modo, las cuestiones de legalidad son de competencia de los jueces de fondo (Rol N° 1214-2008 y 1220-2008, de 16 de septiembre de 2008).

¹⁵⁵ Rol 1324, de 26 de marzo de 2009. De esta forma, la aplicación que ha dado una autoridad administrativa a un determinado precepto legal es de competencia de los jueces de fondo (Rol N° 1195-2008, 8 de septiembre de 2008).

¹⁵⁶ Rol 794-2007.

¹⁵⁷ Rol N° 626, de 16 de enero de 2007. La determinación de la ley decisoria de la litis y de su vigencia no es propia de la acción de inaplicabilidad (Rol N° 522-2006 y 1214-2008, 9 de septiembre de 2008).

¹⁵⁸ Rol 1513, de 22 de octubre de 2009.

¹⁵⁹ Rol 1512, de 3 de noviembre de 2009.

¹⁶⁰ Entre otras, en sentencias roles N°s 495, de 30 de mayo de 2006, 523, de 19 de junio de 2007, 1036, de 7 de febrero de 2008 y 1360, de 22 de abril de 2009.

En lo que respecta al requisito del 'precepto legal', el Tribunal dictó un interesante fallo abordando esta materia, señalando que se trata de una unidad de lenguaje que tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución.¹⁶¹ En el mismo sentido se ha reiterado que una unidad de lenguaje debe ser considerada un precepto legal cuando tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución".¹⁶² Ahora bien, *"para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal de aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa, sino que se baste a sí misma"*.¹⁶³

Ejemplos de lo anterior son la declaración de inaplicabilidad del precepto "procediendo de plano", contenida en el artículo 539 del Código Orgánico de Tribunales y "en cuenta, salvo que estime conveniente".¹⁶⁴ Del mismo modo, se ha declarado la inaplicabilidad de las expresiones "y establecidos en virtud del Reglamento que para estos efectos fije el Ministerio de Educación y el Instituto Nacional del Deporte", a que alude el artículo 2° de la Ley N° 20.033, modificatoria del cuadro anexo N° 1 de la Ley de Impuesto Territorial, N° 17.235.¹⁶⁵ En igual sentido, se estimó como contrarias a la Constitución Política de la República las expresiones "para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa", contenida en el artículo 171 del Código Sanitario¹⁶⁶, lo que incluso motivó una sentencia de inconstitucionalidad¹⁶⁷. De igual forma, y luego de tres declaraciones de inaplicabilidad¹⁶⁸, se estimó como inconstitucional y se derogó la expresión "gratuidad", incluida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, que regula la institución del turno de los abogados.¹⁶⁹

Finalmente, cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha emitido diversos pronunciamientos en relación con el requisito que versa sobre la necesaria vigencia del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita¹⁷⁰, particularmente como consecuencia de los incidentes promovidos con posterioridad a la derogación del artículo 116 del Código Tributario, norma que permitía la delegación de facultades jurisdiccionales a través de un acto administrativo.¹⁷¹

¹⁶¹ Rol N° 626, de 16 de enero de 2007.

¹⁶² Roles N°s 626-2007 y 944-2008.

¹⁶³ Rol 1254-2009.

¹⁶⁴ Rol 747-2007.

¹⁶⁵ Roles N°s 718, 773 y 759, todos de 2007.

¹⁶⁶ Rol 1061-2008.

¹⁶⁷ Rol N° 1345-2009.

¹⁶⁸ Roles 755, 1138, 1140.

¹⁶⁹ Rol 1254.

¹⁷⁰ Rol N° 1021-2008, 11 de enero de 2008.

¹⁷¹ Resulta interesante destacar el Rol N° 760, de 12 de noviembre de 2007, en el que se declara inadmisibles el requerimiento de inaplicabilidad solicitado en relación al artículo 116 del Código Tributario, por cuanto, a la fecha de interposición de dicha acción constitucional, el precepto se encontraba derogado en virtud de la declaración de inconstitucionalidad emitida por la aludida Magistratura Constitucional en sentencia Rol N° 681, de 26 de marzo de 2007. También en relación a la necesaria vigencia del precepto legal, el Tribunal ha señalado en Rol N° 779, de 16 de mayo de 2007, que para la procedencia

5. Que el precepto legal sea aplicable en la gestión

La Carta Fundamental señala que la aplicación del precepto legal sea contraria a la Constitución Política de la República. Se trata de un nuevo presupuesto esencial de la acción de inaplicabilidad. Por lo mismo, se ha expresado que *“la forma en que la disposición legal objetada contraría la Carta Fundamental en su aplicación al caso concreto debe ser expuesta circunstanciadamente”*, ello en atención a que *“la explicación de la manera en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción de inaplicabilidad”*.¹⁷²

Como puede apreciarse la situación no es idéntica a la facultad que se le otorgaba hasta el 2005 a la Corte Suprema, desde que se exige ahora que la aplicación del precepto legal resulte contraria a la Constitución.

En efecto, precisando el alcance de la facultad, el Tribunal ha consignado que *“De la simple comparación del texto de la norma actual con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental, que entregaba esta facultad a la Corte Suprema, se desprende que mientras antes se trataba de una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior”*.¹⁷³ Agregándose luego que *“Lo dicho deja de manifiesto que las características y circunstancias del caso concreto de que se trate, han adquirido en la actualidad una relevancia mayor de la que debía atribuírseles antes de 2005, pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto sub lite, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional”*. Concluyéndose en definitiva que *“De esta manera, el que en un caso determinado se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá igual declaración”*.¹⁷⁴

De este modo, se sostiene en relación al examen de constitucionalidad, que el *“Tribunal Constitucional lo hará después de confrontarlo con el caso concreto,*

de la acción de inaplicabilidad *“es preciso que el precepto legal impugnado se encuentre vigente, por lo que resulta contradictorio pedirle respecto de una norma que se sostiene está derogada tácitamente”*. Véase también Rol N° 1021, de 11 de enero de 2008.

¹⁷² Rol N° 632, de 28 de noviembre de 2006. Anteriormente, en similar sentido, Rol N° 498, de 2 de mayo de 2006. También Rol N° 482.

¹⁷³ Roles N° 546, de 17 de noviembre de 2006, y N° 536, de 8 de mayo de 2007.

¹⁷⁴ Rol N° 536, de 8 de mayo de 2007.

cuando se manifiesten los resultados de su aplicación". Así, "la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto y no necesariamente en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional. Además, cuando (...) se declare inaplicable determinado precepto legal, ello no significa que siempre éste sea per se inconstitucional, sino que, únicamente, en el caso concreto dentro del cual se formula el requerimiento, dicha norma legal impugnada no podrá aplicarse por resultar, si así se hiciera, contrario a la Constitución".¹⁷⁵

En otras palabras "en sede de inaplicabilidad, el Tribunal está llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución. Lo que el Tribunal debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución".¹⁷⁶

6. Que la aplicación del precepto resulte decisiva en la resolución de un asunto

El precepto legal en cuestión debe ser decisivo en la resolución de un asunto, sea contencioso o no, e independiente de la naturaleza jurídica de la norma, esto es, procedimental o de fondo. Lo relevante es que el juez de la instancia pueda aplicar el precepto para resolver alguno de los asuntos o materias que le han sido sometidos a su conocimiento.

Precisando el alcance de este supuesto, se ha indicado que *"supone que el tribunal efectúe un análisis para determinar si de los antecedentes allegados al requerimiento puede concluirse que el juez necesariamente ha de tener en cuenta la aplicación de la norma legal que se impugna, para decidir la gestión".¹⁷⁷*

En efecto, como ha señalado este mismo Tribunal¹⁷⁸, independiente de la naturaleza del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita, se exige que el precepto legal pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto o gestión pendiente, *"lo que implica que la inaplicabilidad declarada deba ser considerada por el juez llamado a resolverla, tanto en lo que se refiere a los fundamentos de ésta cuanto a todo otro razonamiento que implique que la decisión del asunto no resultará contraria a la Constitución".* Así, la referida exigencia no puede, en-

¹⁷⁵ *Ibíd.*

¹⁷⁶ Rol N° 480, de 27 de julio de 2006.

¹⁷⁷ Roles N° 668, de 5 de enero de 2007, y 809, de 24 de julio de 2007. La aplicación del precepto debe tener el efecto de influir en la decisión sustantiva del asunto judicial (Rol N° 1225-2008, 8 de septiembre de 2008).

¹⁷⁸ Rol N° 472, de 30 de agosto de 2006. En similar sentido, Rol N° 809, de 24 de julio de 2007, y Rol N° 831, de 10 de octubre de 2007.

tonces, interpretarse prescindiendo de la finalidad que anima a la institución de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley. Lo mismo señaló en su momento la Corte Suprema, al precisar que la Carta Fundamental no distinguía entre normas sustantivas y adjetivas.¹⁷⁹

Así, se desecha una presentación al estimarse que no forma parte de la discusión de una casación penal.¹⁸⁰ En otro, se estima inadmisibile dado que el precepto no resulta aplicable a los procedimientos de familia.¹⁸¹ Igual razonamiento se efectúa en relación a una acción de protección.¹⁸² Finalmente, en otra decisión se desecha la acción que se dirigía contra el artículo 116 del Código Tributario al comprobarse que el asunto había sido resuelto por el Director Regional y no por el juez delegado.¹⁸³

7. Que la impugnación esté fundada razonablemente

Sobre este requisito se ha señalado que ello *"supone una explicación de la forma cómo se infringen las normas constitucionales"*. Y al respecto ha agregado: *"el término 'razonablemente', de acuerdo a su sentido natural y obvio, supone la idea de 'conforme a la razón' y, adicionalmente, 'más que meridianamente'. Por su lado, 'fundadamente' importa una actuación realizada con fundamento y este término significa 'razón principal o motivo con que se pretende afianzar y asegurar una cosa'; a la vez que fundar es 'apoyar con motivos y razones eficaces o con discursos una cosa'".* En otras palabras, *"la exigencia constitucional de fundamentar razonablemente el requerimiento de inaplicabilidad supone una suficiente y meridiana motivación, de modo que pueda comprenderse en términos intelectuales la pretensión que se solicita al tribunal"*.¹⁸⁴

En otro fallo de admisibilidad, el Tribunal Constitucional declaró que la fundamentación razonable implica como exigencia básica *"la aptitud del o de los preceptos legales para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución, lo que debe ser expuesto circunstanciadamente (...) la explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada"*.¹⁸⁵ De este modo,

¹⁷⁹ Corte Suprema, sentencia de 18 de marzo de 2005, Rol N° 1589-2003, considerando 5°.

¹⁸⁰ Rol 1493, de 27 de octubre de 2009.

¹⁸¹ Rol 1451, de 15 de octubre de 2009.

¹⁸² Rol 1476, de 24 de septiembre de 2009.

¹⁸³ Rol N° 844-2007, 31 de octubre de 2007. En igual sentido, Rol N° 838-2007, 19 de diciembre de 2007.

¹⁸⁴ Rol N° 495, de 30 de mayo de 2006. En el mismo sentido, Rol N° 617, de 16 de diciembre de 2006; Rol N° 643, de 12 de diciembre de 2006; Rol N° 693, de 28 de diciembre de 2006; y Rol N° 651, de 5 de enero de 2007. En autos Rol N° 1199 se considera ininteligible tanto la explicación de los hechos como la del conflicto de constitucionalidad.

¹⁸⁵ Rol N° 482, de 17 de mayo de 2006. En términos similares Rol 652, de 4 de diciembre de 2006; Rol N° 693, de 28 de diciembre de 2006; Rol N° 746, de 10 de abril de 2007; Rol N° 777, de 16 de mayo de 2007; Rol N° 779, de 16 de mayo de 2007; Rol N° 782, de 6 de junio de 2007; Rol N° 802,

el fundamento razonable *“consiste en plantear un conflicto de constitucionalidad específico, derivado de la aplicación de preceptos legales, en contraste con preceptos constitucionales determinados”*.¹⁸⁶ Se trata de contener *“una exposición, sustentada de manera adecuada y lógica, acerca de la forma en que se produciría la contradicción entre la norma impugnada y los preceptos fundamentales invocados”*.¹⁸⁷ Debe verificarse que los fundamentos de la acción sean suficientemente sólidos o convincentes para dar plausibilidad al asunto,¹⁸⁸ evitando así que el Tribunal *“se avoque a resolver cuestiones que, en su presentación inicial, no demuestran siquiera fundamento plausible”*.¹⁸⁹

Así, se incumple el presupuesto si *“no se contiene descripción alguna del modo en que dichas disposiciones violan las normas constitucionales que se estiman transgredidas, dejándose de configurar así los vicios de inconstitucionalidad que deben servir de fundamento al requerimiento deducido”*. Así, el vicio de inconstitucionalidad *“debe ser expuesto de manera circunstanciada, puesto que la explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada”*.¹⁹⁰

Así, se desecha una presentación en la que no se contiene *“una exposición precisa y clara acerca del conflicto constitucional que podría producir la aplicación de la norma legal que se impugna en el caso concreto de que se trata, lo cual constituye una exigencia básica para considerar cumplido el requisito de admisibilidad según el cual el requerimiento debe contener una impugnación razonablemente fundada”*.¹⁹¹ La sola invocación de un precepto constitucional sin precisar cómo se infringe el mismo importa falta de fundamento, ha señalado el Tribunal Constitucional.¹⁹²

VI. La Acción de Inconstitucionalidad

La reforma constitucional de 2005 tuvo su origen en sendas mociones parlamentarias.¹⁹³ En ambas se buscaba traspasar la inaplicabilidad al Tribunal Cons-

de 20 de junio de 2007; Rol N° 803, de 9 de julio de 2007; y Rol N° 832, 14 de agosto de 2007. Es inadmisibile una presentación en la que *“no se explica la forma en que las disposiciones del Código Orgánico de Tribunales que impugna contradice las normas constitucionales”* (Rol N° 1198-2008, 14 de agosto de 2008).

¹⁸⁶ Rol N° 1241-2008, 10 de noviembre de 2008.

¹⁸⁷ Rol N° 1263-2008, 13 de noviembre de 2008.

¹⁸⁸ Rol N° 1046-2008, 22 de julio de 2008.

¹⁸⁹ Rol N° 1249-2008, 13 de noviembre de 2008. Con anterioridad, en igual sentido, Rol N° 1138.

¹⁹⁰ Roles N°s 518, de 12 de julio de 2006, 543, 544 y 545, todos de 9 de agosto de 2006.

¹⁹¹ Rol N° 1285-228, 13 de enero de 2009.

¹⁹² Rol N° 1004-2008, 17 de enero de 2008.

¹⁹³ Una de los senadores de la Concertación señores Sergio Bitar, Juan Hamilton, Enrique Silva Cimma y José Antonio Viera-Gallo y la otra de senadores de la Alianza señores Hernán Larraín, Andrés Chadwick, Sergio Romero y Sergio Díez.

titucional, no contemplándose la posibilidad de una inconstitucionalidad con efectos generales.

Más tarde, en primer trámite constitucional, en el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado recaído sobre ambas mociones, se acordó conferirle al Tribunal Constitucional la facultad de declarar la inconstitucionalidad luego de tres fallos uniformes y unánimes.¹⁹⁴ Con algunos matices, esta fue la norma aprobada por el Senado en primer trámite constitucional.

La Cámara de Diputados, en segundo trámite constitucional, mantuvo lo referente al recurso de inaplicabilidad en los mismos términos en que fue aprobado por el Senado. Sin embargo, en lo que dice relación con la inconstitucionalidad con efectos generales, eliminó como requisito de tal declaración la existencia de tres fallos anteriores de inaplicabilidad, estableciendo, en cambio, que bastaba sólo uno.¹⁹⁵

En definitiva, esta fue la idea que primó respecto de la declaración de inconstitucionalidad en el texto de la Ley N° 20.050 despachado por el Congreso. En conclusión, el texto de las normas vigentes sobre las atribuciones del Tribunal Constitucional para conocer de las inaplicabilidades y las inconstitucionalidades encuentra su origen en la redacción que despachó el Senado en primer trámite constitucional, salvo la modificación que respecto a la inconstitucionalidad, efectuó la Cámara en segundo trámite constitucional.

Como puede apreciarse, la reforma de 2005 contempla –y por primera vez en nuestra historia institucional– la posibilidad que el precepto legal sea expulsado del ordenamiento jurídico por contravenir la Carta Fundamental. Si bien el proyecto inicialmente indicaba que era menester que se pronunciaran tres fallos uniformes para que la norma legal desapareciera del ordenamiento jurídico, ello en definitiva fue desechado.¹⁹⁶ Así las cosas, el texto aprobado

¹⁹⁴ “6°. Declarar la inaplicabilidad de todo precepto legal contrario a la Constitución, por motivo de forma o fondo, que corresponda aplicar en la decisión de cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial. El tribunal conocerá estos asuntos en sala. La resolución que dicte sólo producirá efectos en los casos particulares en que se interponga la acción de inaplicabilidad. Ella podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar el Tribunal Constitucional la suspensión del procedimiento.

Después de tres fallos uniformes y unánimes, el Tribunal en pleno, de oficio o a petición de parte, declarará la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo, con efectos generales.

Después de tres fallos uniformes, aun cuando no unánimes, el Tribunal, en pleno, de oficio o a petición de parte, podrá declarar, por los dos tercios de sus miembros, la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo, con efectos generales”. Se señaló que la acción “podrá ser deducida de oficio por el tribunal que conoce de la gestión y por quien sea parte en ella, antes de la sentencia”.

¹⁹⁵ “7° Decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el número anterior. El Tribunal conocerá estos asuntos en pleno y para declarar la constitucionalidad de un precepto de rango legal, deberá hacerlo por los dos tercios de sus miembros en ejercicio”.

¹⁹⁶ SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE, Reformas Constitucionales 2005. Historia y tramitación.

expresa que ahora el Tribunal, por los 4/5 de sus integrantes en ejercicio, podrá declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal ya declarado inaplicable; lo que podrá efectuarse de oficio o por petición, existiendo al efecto acción popular.¹⁹⁷

De la lectura de disposición constitucional y de lo resuelto por la Magistratura se desprende que los presupuestos para declarar la inconstitucionalidad de una determinada norma legal son los siguientes: a) Debe tratarse de la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal; b) La referida norma debe haber sido declarada previamente inaplicable por sentencia de dicho Tribunal; c) El proceso de inconstitucionalidad debe haberse iniciado por el ejercicio de una acción pública o de oficio; y d) Debe abrirse proceso sustanciándose y dictándose la correspondiente sentencia en que se concluya la absoluta contradicción entre el precepto legal en cuestión y las disposiciones de la Constitución Política de la República.

A la fecha se ha declarado en tres oportunidades la inconstitucionalidad de preceptos legales: a) el artículo 116 del Código Tributario, que contemplaba la delegación de la jurisdicción en materia tributaria¹⁹⁸; b) el artículo 171 del Código Sanitario, en lo relativo a la consignación previa para recurrir judicialmente¹⁹⁹; y c) la expresión "gratuidad" del turno de los abogados, establecida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales.²⁰⁰

VII. Conclusiones

1. El control de constitucionalidad tiene sus antecedentes históricos en los primitivos pronunciamientos de la Corte Suprema de Estados Unidos a principios del siglo XIX, particularmente en el recordado caso "Marbury vs. Madison" (1803).
2. En el siglo XIX en Chile tanto los diversos textos constitucionales, la jurisprudencia como la doctrina, estuvieron contestes en cuanto a que sólo le correspondía al Congreso Nacional interpretar la Carta Política y velar por su cumplimiento. Excepcionalmente, existen algunos pronunciamientos

¹⁹⁷ Con fecha 5 de junio de 2008, el TC rechazó la solicitud de inconstitucionalidad presentada en relación al artículo 416, inciso 3° del Código Procesal Penal, al estimar que la norma, en abstracto, admitía una interpretación ajustada a la Constitución Política. Vid. Roles N°s 558, 590, 615 y 665. Se estimó que "es dable concluir que el procedimiento relativo a personas que gozan de fuero constitucional, tratándose de delitos de acción privada, admite la recepción de pruebas, cuando procede, y, por tanto (...) permite ser interpretado en una forma que lo compatibiliza con las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos".

¹⁹⁸ Rol 681-2006.

¹⁹⁹ Rol 1345-2008.

²⁰⁰ Rol 1254.

de la Corte Suprema que dan cuenta de que debía darse preeminencia a la Carta Fundamental e, incluso, se restó validez a una disposición legal no aprobada en la forma prescrita en la Constitución.

3. La Constitución de 1925 le otorga por primera vez a la Corte Suprema, siguiendo el modelo norteamericano, la facultad de declarar inaplicable preceptos legales, pero sólo para un caso concreto, siendo interpretada su procedencia sólo por vicios de fondo y no de forma, entendiéndose que se trata de un control abstracto.
4. Los Tribunales Constitucionales surgen a partir de 1920, creación del jurista austríaco Hans Kelsen. De allí se expanden por los demás países de Europa, particularmente después de la Segunda Guerra (Alemania, 1949; Italia, 1947, Francia, 1958 y España, 1978). Del mismo modo, ocurre en Hispanoamérica. En Chile se establece por la reforma constitucional de 1970, pero sólo para las controversias constitucionales durante la tramitación de las leyes. Su necesidad histórica para resolver conflictos constitucionales entre órganos del Estado ya la había planteado el Presidente Balmaceda en 1891.
5. La Carta de 1980 establecía en su texto primitivo un sistema de control constitucional difuso. Así, al Tribunal Constitucional le correspondía el control preventivo de la constitucionalidad de las leyes y a la Corte Suprema el control a posteriori.
6. La acción de inaplicabilidad de que conoció la Corte Suprema entre los años 1981 y 2005 decía relación con el control de constitucionalidad por vicios de fondo y no de forma de las leyes, a la vez que a partir de los noventa no distinguió entre preceptos legales dictados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Carta. La acción podía incluso ejercerse de oficio, lo que sucedió excepcionalmente. La jurisprudencia entendió que se trataba de un control abstracto.
7. Finalmente, mediante la reforma constitucional de 2005, se le otorgó al Tribunal Constitucional el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes a través de la acción de inaplicabilidad (previo requerimiento de parte o de juez) e, incluso, se le facultó para declarar la inconstitucionalidad de las mismas con efectos generales, derogando así la norma con efectos futuros. La acción no es idéntica a la que anteriormente conocía la Corte Suprema, desde que ahora corresponde declarar la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación resulte contraria a la Constitución Política de la República.