

Reflexiones en torno a los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad a la luz de la reforma constitucional de 2005¹

Salvador Mohor Abuauad

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: se examina la acción de inaplicabilidad y la declaración de inconstitucionalidad luego de la reforma constitucional de 2005. Se describen los aspectos más relevantes y se suscriben, entre otras, las siguientes ideas: se vincula el carácter concreto de la inaplicabilidad con el efecto relativo de las sentencias; se muestra un concepto amplio del tribunal dentro de cuya gestión puede provocarse un incidente de inaplicabilidad; se plantea el problema de la incompatibilidad del control de los vicios de forma con el control concreto; se acepta la procedencia de la inaplicabilidad en contra de preceptos contenidos en tratados internacionales, pero no su inconstitucionalidad con efectos generales; la inconstitucionalidad es, en realidad una nulidad de derecho público generada por falta de competencia del legislador a la cual se asignan efectos derogatorios.

1. Introducción

El control de constitucionalidad represivo de los preceptos legales, cuyo origen histórico más inmediato, sabemos, se remonta al fallo del juez Marshall en el caso *Marbury v/s Madison* (1803)², representa un esfuerzo consciente dirigido a la protección y conservación de un sistema jurídico-político cuyos aspectos fundamentales, relativos a la organización y funcionamiento del Estado y especialmente a la salvaguarda de los derechos de las personas, se encuentran precisamente plasmados en la Constitución.

¹ "Esta es una versión revisada y actualizada de un trabajo que se publicó en el libro de la Asociación de Derecho Constitucional (2011) *Estudios Sobre Justicia Constitucional. Libro Homenaje a la Profesora Luz Bulnes* (Editorial Jurídica de Chile) pp. 103-123.

² 5 U.S. (1 Cranch) 137

Si, desde el punto de vista político, una Constitución es considerada como la expresión suprema de la voluntad soberana; si dentro del sistema institucional representa el cuerpo normativo de mayor jerarquía, al cual por tanto deben subordinarse, formal y materialmente, todas las demás normas del ordenamiento jurídico; si ella, por esta razón, solo puede modificarse por medio de un procedimiento distinto y más complejo que el empleado para la elaboración de la ley ordinaria; y si, en fin, las Constituciones, hoy en día, han perdido su carácter tradicionalmente programático para asumir en cambio un rol eminentemente normativo susceptible de vincular directamente a los titulares e integrantes de los órganos del Estado, como a toda persona, institución o grupo, se comprenderá la importancia y conveniencia de contar con los mecanismos institucionales de control de constitucionalidad más adecuados a la preservación y actualización interpretativa de la Carta Fundamental, especialmente frente al riesgo de defraudación de su texto y espíritu.

El objeto de nuestro análisis se vincula directamente con el control de constitucionalidad represivo de los preceptos legales, control este último que la Carta Fundamental ha terminado por concentrar en el Tribunal Constitucional, a partir de la reforma constitucional de 2005³. Con anterioridad a dicha reforma el Tribunal mencionado solo ejercía el control preventivo de los preceptos legales, en sus modalidades obligatorias, o eventual y facultativa, sin perjuicio del control represivo y eventual que la Constitución de 1980, bajo determinadas condiciones, le otorga desde su entrada en vigencia sobre los decretos con fuerza de ley. De modo, pues, que el control de constitucionalidad represivo de los preceptos legales se encontraba prácticamente radicado en la Corte Suprema desde la institucionalización del llamado recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad a través de la Constitución de 1925. Por tanto, entre el 11 de marzo de 1981, fecha de entrada en vigor de la Constitución, y la reforma de 2005, el control de constitucionalidad de los preceptos legales fue compartido por la Corte Suprema, que retuvo la competencia para ejercer dicho control en su modalidad represiva, y por el Tribunal Constitucional, que asumió el control de constitucionalidad en la modalidad preventiva, obligatoria o eventual, configurándose así un claro sistema de control difuso.

2. La concentración del control constitucional en el Tribunal Constitucional

La concentración de ambos tipos de control (preventivo y represivo) en el Tribunal Constitucional tuvo por fin evitar las contradicciones o conflictos de interpretación que pudieran suscitarse por causa de la disociación de competencias en dos órganos igualmente autónomos que funcionaban al margen de toda coor-

³ Introducida por la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, de 26 de agosto de 2005.

dinación. Conocida es la diversa posición interpretativa asumida por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, en relación con el artículo 19 N°3, inciso 4° de la Constitución, sobre la oportunidad en que debía establecerse un tribunal para poder conocer válidamente de los hechos. Mientras la Corte Suprema mantenía la tesis tradicional, según la cual el tribunal debía haberse establecido o, en su caso, asumido la competencia, a lo menos con anterioridad a la dictación del fallo, pudiendo consecuentemente cambiarse el tribunal en tanto no se hubiere dictado fallo en el proceso en curso, el Tribunal Constitucional, por su parte, con motivo del control de constitucionalidad preventivo y obligatorio que debió hacer respecto de la L.O.C sobre el Congreso Nacional, adhería a la tesis que hoy ha terminado por imponerse a partir de la reforma de 2005, consistente en que el tribunal para conocer válidamente de unos hechos debe haberse establecido, o haber asumido la competencia, en su caso, con anterioridad a esos mismos hechos. Esta disímil evaluación del artículo 19 N° 3 inciso 4° de la Constitución, tuvo su desenlace más dramático a propósito de la controversia interpretativa que se suscitó en relación con la constitucionalidad de una de las leyes Cumplido que, en 1992, dispuso el traslado de las causas pendientes sobre derechos humanos, desde los tribunales militares de justicia a los tribunales ordinarios. Estando en esa época radicada en la Corte Suprema la competencia para conocer del recurso de inaplicabilidad, ésta, a despecho de la posición interpretativa sustentada por el Tribunal Constitucional, resolvió, por esa vía que la disposición que ordenaba el traslado era perfectamente constitucional desde que no habiéndose aun dictado fallo en esas causas, era constitucionalmente posible el cambio de tribunal, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 inciso 4°.

3. La inaplicabilidad y la inconstitucionalidad en el Tribunal Constitucional

Los comúnmente llamados recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y recurso de inconstitucionalidad (artículo 93 N°s 6 y 7 de la Constitución), tema central de estas reflexiones, constituyen hoy básicamente las dos únicas vías procesales a través de las cuales se materializa el control de constitucionalidad represivo de los preceptos legales, exceptuando el procedimiento especial de reclamación relativo al Decreto con Fuerza de Ley previsto en el artículo 93 N° 4 de la Constitución en relación al inciso 6° del mismo artículo, y sin perjuicio de la acción constitucional de nulidad de Derecho Público, cuya eventual procedencia respecto de los preceptos legales no es por cierto punto pacífico en doctrina, sobre todo a la luz de la reforma constitucional de 2005, mediante la cual se instituyó el mencionado recurso de inconstitucionalidad, al cual nos referiremos más adelante.

Por lo que respecta a la vías procedimentales que conforman el objeto material de nuestro análisis y de conformidad con el parecer más o menos generali-

zados de la doctrina, parecen más bien encuadrarse dentro de la categoría procesal de la acción, puesto que obviamente su interposición no busca impugnar resoluciones judiciales, sino provocar el ejercicio de la jurisdicción, originando cada una de ellas un proceso autónomo, cuyas características más fundamentales arrancan directamente de la Constitución. En efecto, por lo que respecta a la inaplicabilidad, que paradójicamente se hace valer por vía de excepción, su interposición da origen a un juicio incidental de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que es sustanciado por el Tribunal Constitucional en conexión con una gestión judicial pendiente radicada en un tribunal ordinario o especial; por su parte la acción de inconstitucionalidad da origen a un juicio especial de inconstitucionalidad que, a diferencia del anterior, es enteramente independiente de cualquier otro y cuya substanciación corresponde igualmente al Tribunal Constitucional.

4. La acción de inaplicabilidad, control concreto y efecto relativo

En relación con el llamado recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, podemos definirlo como aquella acción o requerimiento que se interpone ante el Tribunal Constitucional con la finalidad de impedir la aplicación de un precepto legal en una gestión judicial radicada en un tribunal ordinario o especial que se encuentra pendiente, cuando se estima por alguna de las partes, o de oficio por el propio tribunal de la gestión, que esa aplicación producirá un efecto contrario a la Constitución.

A través de la acción o requerimiento de inaplicabilidad se busca llevar a efecto un control eminentemente concreto, cuyos efectos, por tanto, se circunscriben a la gestión judicial respectiva y a las partes que actúan en ella; se trata, pues, de un control concreto e inter partes. En relación con el carácter concreto de este control debemos advertir que está dirigido solo a impedir la aplicación de un precepto legal respecto de los hechos materia de la gestión judicial y de las partes que intervienen en ella, si se estima por el Tribunal Constitucional que su aplicación es contraria al contenido normativo o a los fines de la Constitución. De tal manera que lo que se ataca esencialmente, vía inaplicabilidad, es la aplicación eventual de un precepto legal a unos hechos determinados y no necesariamente el precepto legal en sí, que, considerado objetivamente y en abstracto, podría conformarse perfectamente a la Constitución. La aplicación del precepto legal puede resultar inconstitucional, por ejemplo, si estuviera referida a personas, circunstancias, tiempo, espacio o materias diferentes de los previstos en el precepto legal, casos en los cuales el conflicto no necesariamente aparecería referido al precepto legal mismo, sino solo a su aplicación, circunstancia que explica la continuidad de su vigencia más allá de la eventual declaración de inaplicabilidad.

El precepto legal cuya inaplicabilidad es acogida será, en consecuencia, susceptible de volver a aplicarse, a menos que nuevamente se interponga un recurso de inaplicabilidad para impedirlo y sea acogido, o bien, que el precepto sea derogado con posterioridad, vía requerimiento de inconstitucionalidad, si llegara a estimarse, por el mismo Tribunal Constitucional, que objetivamente es inconciliable con los principios y normas de la Constitución.

Si, fundamentalmente, es la aplicación de un precepto legal determinado en una gestión judicial concreta y particular el objeto o finalidad del recurso de inaplicabilidad, en razón de que ella pudiera producir efectos contrarios a la Constitución, y no el precepto legal en sí, se comprenderá que los efectos del fallo del tribunal que lo acoge se circunscriban solo a dicha gestión, ya que el precepto legal cuya aplicación se controvierte mantiene su vigencia más allá del fallo que eventualmente haya acogido el recurso. Desde este punto de vista la sentencia pronunciada por el Tribunal no difiere de los efectos de cualquier fallo, de acuerdo al principio general de la relatividad de los efectos de las sentencias previsto en el artículo 3° del Código Civil. Sin embargo la relatividad de los efectos del fallo del recurso de inaplicabilidad es particularmente marcada, si se la considera desde el punto de vista de los efectos de cosa juzgada que en general derivan de toda sentencia.

Si bien, como expresa el artículo 90 de la Ley N° 17.997, orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, “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 hubiera promovido”, nada impide que, por el mismo vicio, la cuestión de inaplicabilidad vuelva a plantearse en otra gestión judicial, incluso, como luego se hará notar, por las mismas partes y con el mismo objeto. Lo anterior nos permite afirmar que la sentencia del Tribunal que resuelve la cuestión de inaplicabilidad solo produce efectos de cosa juzgada formal pero no material. Tal conclusión parece quedar reafirmada por lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley 17.997, en cuyo inciso primero se previene: “La sentencia que declare la inaplicabilidad solo producirá efectos en el juicio en que se solicite”.

Se ha dicho que mediante el llamado recurso de inaplicabilidad se busca llevar a efecto un control eminentemente concreto e inter partes. Pues bien, contrasta esta situación con la existente antes de la reforma constitucional de 2005. En efecto con anterioridad a esa época y como lo evidencia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de inaplicabilidad solo se hacía por este tribunal en caso de existir una incompatibilidad o contradicción objetiva y total entre el precepto legal impugnado vía inaplicabilidad y una o más normas constitucionales, por existir contenidos o fines contrapuestos. En el hecho se trataba de un control en abstracto del precepto legal incompatible a nuestro juicio con la finalidad propia del recurso de inaplicabilidad que, como su nombre lo indica,

solo busca la inaplicación del precepto legal al caso sub-lite, es decir, a un caso concreto y particular. Con el criterio jurisprudencial descrito, no se justificaba estrictamente mantener la vigencia de una norma legal más allá de su declaración de inaplicabilidad si objetiva y totalmente se consideraba incompatible con la Constitución. Esta circunstancia contribuía a agravar la situación de desigualdad jurídica entre quines lograban obtener liberarse de la aplicación de un precepto legal, vía inaplicabilidad, y quienes seguían sujetos a sus disposiciones por no intentar la acción, o haber sido ésta rechazada, situación que, por cierto, no se produce en EE.UU. (cuna y modelo más reciente de la institución que nos ocupa) gracias al régimen de los precedentes. Estábamos, pues, bajo una modalidad de control abstracto de constitucionalidad que, sin embargo, generaba efectos relativos, lo que solo parece explicarse a la luz del clásico principio de soberanía de la ley, reforzado por la tradicional concepción de la separación de los poderes de Montesquieu, que predominó hasta mediados del siglo XX, y que hoy pervive convenientemente atenuada en la interdependencia por integración propia de los regímenes parlamentarios, o en la interdependencia por cooperación, característica de los regímenes presidenciales. Resabio de esta doctrina son los artículos 4° del C.O.T., que prohíbe al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes del Estado y, por cierto, el artículo 1° del Código Civil, que considera a la ley como expresión de la voluntad soberana.

Una sentencia de la Corte Suprema de 1998 retrata con toda claridad la situación preexistente a la reforma constitucional de 2005, en lo que respecta a la modalidad de control que se materializaba por medio del recurso de inaplicabilidad. Expresa ese fallo que "la errónea aplicación de un precepto legal, en una determinada gestión judicial, que lleva a una consecuencia inconstitucional, hace improcedente el recurso de inaplicabilidad, puesto que no significa que dicho precepto sea en sí mismo contrario a la Constitución, problema que deberá ser resuelto por lo jueces del fondo y no por esta Corte"⁴.

5. Legitimación activa en la acción de inaplicabilidad

Por lo que respecta a la legitimación activa para requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, y considerando la finalidad propia de la acción de inaplicabilidad, ya reseñada, sólo las partes de la gestión judicial en progreso, o el interesado, si se trata de una gestión voluntaria, o bien, de oficio, el propio tribunal en que se radica la gestión, habilitación esta última incorporada por la reforma constitucional de 2005, pueden válidamente requerir la intervención del Tribunal Constitucional e iniciar, así, el juicio incidental respectivo. Lo anterior descarta, razonablemente, una eventual intervención de oficio por parte de ese tribunal.

⁴ R.D.J., tomo 45, sesión 5ª, página 111.

En efecto, ni la reforma constitucional de 2005, ni la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, han previsto una situación que en cambio sí contempló la Constitución de 1980 originariamente (artículo 80) y también la Constitución de 1925 (artículo 86, inciso 2°): la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda, de oficio o a petición de parte, en los casos, materias o asuntos particulares de que esté conociendo, declarar la inaplicabilidad de algún precepto constitucional que sea susceptible de aplicarse en tales asuntos, materias o casos, como por ejemplo, cuando se encuentra examinando la constitucionalidad de un partido político (artículo 93 N°10 de la Constitución); o cuando debe resolver sobre las inhabilidades legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo, o desempeñar simultáneamente otras funciones (artículo 93 N° 13); o bien, en los casos en que debe pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios (artículo 93 N° 14 de la Constitución). Estamos pues, ante un vacío normativo que deberá subsanarse mediante una futura reforma constitucional.

La innovación introducida por la reforma constitucional de 2005, basada en el modelo europeo, que habilita al tribunal de la gestión para requerir de oficio al Tribunal Constitucional la inaplicabilidad de un precepto legal, pone de manifiesto la improcedencia jurídica de que algún órgano del Estado pueda decidir por sí y ante sí dejar de aplicar un precepto legal a pretexto de que produciría efectos contrarios a la Constitución, puesto que si ni aun un tribunal de justicia, cualquiera sea su jerarquía, puede válidamente hacerlo, con mayor razón cabe excluir a cualquier otro órgano que no ejerce jurisdicción. Lo contrario haría simplemente inviable el funcionamiento del Estado y la inseguridad jurídica pasaría a reinar en todos los ámbitos del quehacer nacional.

El artículo 6° de la Constitución, que impone a los órganos del Estado el deber de someter su acción a la Constitución, es técnicamente un principio cuyas modalidades específicas de aplicación las encontramos en el desarrollo que de sus requerimientos hacen las normas de la parte orgánica de la Constitución, y que dan forma a los diversos mecanismos de control de constitucionalidad. Sólo así se armonizan razonablemente los principios de supremacía constitucional y de vinculación directa de la Carta Fundamental, por una parte, con el principio de sujeción irrestricta a los mandatos de la ley, por otra.

6. El tribunal de la gestión judicial pendiente en la acción de inaplicabilidad

En relación con el tribunal en que debe estar radicada la gestión judicial que habilita para la interposición de la acción de inaplicabilidad, la Constitución reformada en 2005 hace referencia a los tribunales ordinarios y especiales, sin

distinguir si se trata de tribunales especiales que forman parte del Poder Judicial o se encuentran fuera de él, por lo cual debe entenderse que el Constituyente de 2005 ha querido emplear un criterio lo suficientemente amplio como para incluir a todo órgano que tenga facultades legales para juzgar⁵.

Se trata, púes, de un criterio semejante al utilizado originariamente en la redacción del artículo 19°, n°3, inciso 5° de la Constitución, que hace alusión a "toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción", para designar de forma amplia a los destinatarios del deber de actuar conforme a los requerimientos del debido proceso, independientemente si se actúa en sede judicial, administrativa, política, económica o cualesquiera otras. Mencionamos a modo de ejemplo los tribunales de aduana, de evaluación, de la libre competencia, los alcaldes y los intendentes, conociendo de la reclamación de ilegalidad, el Consejo Nacional de Televisión, el Servicio Electoral, etc. En efecto, si la exigencia de obrar de conformidad con los requerimientos del debido proceso se predica respecto de cualquier órgano que ejerza jurisdicción, no se divisa una razón valedera para no exigir igualmente que la sentencia fundada en el debido proceso, se dicte teniendo como sustento un precepto legal que se conforme a la Constitución y, siendo así, nada impide que ese proceso sea utilizado como procedimiento habilitante para accionar de inaplicabilidad.

De este modo se cumple con las disposiciones de los artículos 6° y 7° de la Constitución y muy especial con el mandato de que todo órgano debe someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Más aún. Si se considera que las normas de la Constitución obligan no sólo a los titulares e integrantes de los órganos del Estado, si no a cualquier persona, institución o grupo, integren o no el aparato del Estado, debiéramos concluir que la condición de procedimiento habilitante para la interposición de un recurso de inaplicabilidad debiera reconocerse igualmente a aquellos que se substancian en el seno de los cuerpos u organizaciones intermedias de la sociedad, como por ejemplo, los tribunales de disciplina de los partidos políticos o los tribunales de ética de los colegios profesionales, en la medida que, en tales escenarios, la resolución de la gestión pendiente dependiera en definitiva de la aplicación de un precepto legal cuyos efectos eventualmente pudieran considerarse contrarios a la Constitución.

7. Presupuestos de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad

La declaración de inaplicabilidad demanda el cumplimiento previo de ciertos presupuestos constitucionales de cuya satisfacción depende la admisibilidad

⁵ Así, por ejemplo, no ha habido problemas cuando el Tribunal Constitucional ha conocido de una acción de inaplicabilidad presentada durante procedimiento de casación en la forma ante la Corte de Apelaciones, de una causa que había sido resuelta por un tribunal arbitral inicialmente. Véase Tribunal Constitucional, roles 505 y 506.

del recurso, y que deben ser evaluados por algunas de las dos salas en que se divide dicho tribunal, antes de que el pleno se pronuncie sobre el fondo.

7.1 Existencia de una gestión judicial radicada en un tribunal ordinario o especial

A la luz de lo dicho precedentemente en relación con la naturaleza del tribunal en que debe estar radicada la gestión habilitante, las expresiones "gestión judicial" deben entenderse en un sentido amplio y no solo comprensivos de aquella que se sustancia en sede propiamente judicial. Se trata, pues, a nuestro juicio, de cualquier procedimiento jurisdiccional, sea de carácter contencioso o voluntario, que conduzca a la dictación de una sentencia o resolución que pueda producir efectos en la esfera subjetiva de las personas. La Constitución de 1980 sustituyó, por su carácter restrictivo, la expresión "juicio" que empleaba la Constitución de 1925, por "gestión judicial".

Conceptual y jurídicamente comprende tanto la gestión principal, es decir, aquella que se substancia para la resolución de la cuestión o asunto que motiva la interposición de la correspondiente acción civil o penal, o, en su caso, la presentación de la respectiva solicitud, como también la o las gestiones secundarias o incidentales que pudieran suscitarse dentro de la gestión principal, todas las cuales, a nuestro juicio, independientemente, pueden servir de base para la interposición de un recurso de inaplicabilidad.

7.2. La gestión judicial debe estar pendiente

Vale decir, la gestión no debe haberse agotado procesalmente, puesto que el recurso persigue precisamente evitar la aplicación de un determinado precepto legal en una gestión determinada y ello será técnicamente posible solo si aún no se ha dictado el fallo que lo pone en aplicación, o éste no se encuentra ejecutoriado, o ya no es posible procesalmente revertirlo.

Por lo dicho precedentemente, si una gestión incidental dentro de la gestión principal se ha consumado procesalmente, no será procedente cuestionar, vía inaplicabilidad, la aplicación del precepto legal en que se haya fundado su resolución, aun cuando se encuentre pendiente la gestión principal.

Como el tribunal que conoce de la inaplicabilidad solo está constitucionalmente habilitado para fallarla mientras la gestión judicial se encuentra pendiente, lo que obliga al actor a presentar oportunamente su acción, éste, constitucionalmente, está facultado para solicitar la suspensión del procedimiento al que se encuentra sometida la tramitación de la gestión y evitar así que el Tribunal Constitucional se declare inhabilitado para fallar, en la eventualidad de que dicha gestión se agote procesalmente antes de que pueda pronunciarse. La

suspensión puede pedirse en el mismo requerimiento de inaplicabilidad, o con posterioridad ante la misma sala que resolvió la admisibilidad del recurso. El Tribunal Constitucional no está obligado a concederla, si por ejemplo advierte que solo persigue fines dilatorios. Si la concede, podría, por la misma razón, dejarla sin efecto. En todo caso la solicitud puede reiterarse. El Tribunal también puede decretarla de oficio (artículo 19 N° 6 de la Constitución en relación con el artículo 85 de la Ley 17.997).

Pienso que está dentro de la órbita competencial del Tribunal precisar el momento u oportunidad procesal a partir de la cual deberá suspenderse la tramitación de la gestión. Es razonable admitir que pueda decretar solo la suspensión de la dictación del fallo, que es la actuación jurisdiccional a través de la cual se pone precisamente en aplicación el precepto legal cuestionado, evitándose con ello el riesgo de una dilatación inútil en la tramitación de la gestión.

Conviene, en fin, destacar por su razonabilidad la innovación introducida por la Constitución de 1980 a la de 1925, en orden a hacer posible la suspensión del procedimiento. Con anterioridad a la Constitución vigente, el riesgo inherente a la consumación procesal de la gestión pendiente solo podía aminorarse, de hecho, por la vía de solicitar y obtener del tribunal que conocía la inaplicabilidad que ordenara la remisión del expediente respectivo para así tenerlo a la vista al momento de fallar.

7.3. Que en la gestión judicial se pretenda aplicar un precepto legal

Es decir, debe impugnarse la aplicación de un instrumento jurídico de rango legal, cuando se estime que esa aplicación pudiera producir un efecto contrario a la Constitución.

El precepto legal no solo se caracteriza por su jerarquía normativa (superior a la de los reglamentos administrativos e inferior a la de la Constitución y sus leyes de reforma e interpretativas), sino también porque versa sobre materias propias de ley.

Al margen de la ley ordinaria que comprende las especies, ley orgánica constitucional, ley de quórum calificado, ley de quórum supercalificado, y ley común u ordinaria propiamente tal, deben incluirse en la categoría de preceptos legales los decretos con fuerza de ley, los decretos leyes y los tratados internacionales, excluyéndose, por lo tanto, los reglamentos, decretos, resoluciones, ordenanzas administrativas u otras que no tengan el rango de ley.

Parece dudoso que las leyes interpretativas de la Constitución teóricamente puedan quedar sometidas al control de constitucionalidad represivo, si se considera que son dictadas por el órgano legislativo en virtud de una

facultad privativa otorgada por la propia Constitución bajo el control preventivo del mismo Tribunal Constitucional, para definir con carácter general y obligatorio el sentido y alcance de las normas constitucionales oscuras o ambiguas, y si existe, por tanto, el deber de todos los órganos del Estado, personas, instituciones o grupos de acatarlas en cuanto expresión oficial del significado e inteligencia de las normas constitucionales (artículo 6° de la Constitución).

En cuanto a los reglamentos autónomos, si bien no se encuentran, por su contenido, sometidos a las normas legales, puesto que, de acuerdo al artículo 32 N° 6° de la Constitución, versan sobre materias que no son propias de ley, de modo que entre aquellos y ésta sólo existe una distribución de competencia, lo cierto es que no pueden ser considerados como preceptos legales, porque siendo, por su naturaleza, una especie de decreto supremo y estando éste, desde el punto de vista formal, sometido en su elaboración a los requisitos que establece la ley (por ejemplo, la ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República), los reglamentos autónomos están, en lo formal, jerárquicamente subordinados a la ley.

Se cuestiona por una parte de la doctrina constitucional y, en especial, por los cultores del Derecho Internacional, la procedencia del recurso respecto de los tratados internacionales, principalmente a la luz de lo dispuesto en el artículo 54 N° 1° inciso 5° de la Constitución, conforme al cual, las disposiciones de un tratado solo podrán derogarse, modificarse o suspenderse en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales del Derecho Internacional. Se argumenta en consecuencia que con el recurso de inaplicabilidad se busca, en el hecho, suspender la vigencia de las disposiciones del tratado. Aun cuando deba reconocerse que el punto es discutible y que la objeción parece razonable, nos inclinamos por la procedencia del recurso en este orden de materias, especialmente en aquellos casos en que se pretenda aplicar el tratado a situaciones de hecho no previstas en sus disposiciones y de ello se derive un efecto contrario a la Constitución. Su procedencia, estimamos, es consecuencia del carácter concreto que se asigna al control que se materializa a través de la inaplicabilidad, lo que marca la diferencia con la naturaleza del efecto suspensivo que, en cambio, es de aplicación general y abstracta. Por esta razón, a nuestro parecer, no cabe identificar la inaplicación con la suspensión⁶.

⁶ Una doctrina similar ha sido sostenida por el propio Tribunal Constitucional, el que ha sostenido que contra la aplicación de las disposiciones de un tratado cabe válidamente la interposición de una acción de inaplicabilidad, pero que no procede la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales, ya que el efecto derogatorio de la misma respecto de los tratados estaría limitado por la propia Constitución. Véase Tribunal Constitucional, rol 1288.

7.4. Preceptos legales declarados constitucionales en el control preventivo

Según se explicita en la ley orgánica constitucional, procederá declarar inadmisibile el recurso de inaplicabilidad cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional, sea ejerciendo el control preventivo obligatorio, o el control preventivo eventual (es decir, a requerimiento de los órganos competentes), y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva (artículo 84 N°2 de la Ley 17.997). No nos parece razonable, desde el punto de vista teórico, esta causal de inadmisibilidad, porque mientras el control preventivo es de carácter abstracto, aquel que se materializa a través de la inaplicabilidad es de carácter concreto, razón por la cual, más que oponerse se complementan. La causal, en cambio, es razonable si el vicio que se desecha preventivamente es sólo de forma.

7.5. El precepto legal debe ser decisivo en la resolución del asunto

El precepto legal cuya inaplicación se solicita debe ser decisivo en la resolución del asunto, vale decir, vinculado claramente, de modo total o parcial, a las pretensiones que se hagan valer en la gestión judicial habilitante. Sin embargo, debe tenerse presente que aun cuando el Tribunal Constitucional rechace el recurso de inaplicabilidad por estimar que la aplicación del precepto legal en la gestión no produce efectos que sean contrarios a la Constitución, el tribunal ordinario o especial en que se encuentra ella radicada no está obligado a aplicar el precepto señalado, puesto que en el ejercicio de su jurisdicción, y de conformidad con el principio de independencia (artículo 76 de la Constitución), puede libremente seleccionar el precepto legal que a su juicio deberá ser aplicado para la resolución del asunto materia de la gestión.

7.6. Fundamentos razonables de la acción de inaplicabilidad

Por último la Constitución exige, como presupuesto de admisibilidad, que el recurso de inaplicabilidad se encuentre razonablemente fundado. La exigencia es plenamente concordante con la calidad de Tribunal de Derecho que ostenta el Tribunal Constitucional, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 92 inciso 5° de la Constitución. En consecuencia el requerimiento contendrá una clara exposición de los hechos; la individualización del o de los preceptos legales susceptibles de aplicarse a los hechos señalados; la identificación de las normas constitucionales que resultarían afectadas con la aplicación de tales preceptos; la explicación del modo como dicha aplicación generaría efectos contrarios a la Constitución, y especificación de los vicios de constitucionalidad resultantes. En terminos genéricos, el requerimiento deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho que justifiquen clara y precisamente la pretensión que se

hace valer a través del requerimiento, pues de lo contrario el Tribunal Constitucional lo declarará inadmisibile.

Adviértase que el Tribunal Constitucional no solo habrá de interpretar las normas constitucionales supuestamente afectadas con la aplicación del precepto legal en cuestión, sino que, por la naturaleza de su función, habrá de extender esa interpretación a las disposiciones del precepto legal indicado, limitando, en la misma medida, la competencia del tribunal de la gestión.

8. Vicios del precepto legal en la acción de inaplicabilidad

Por lo que respecta al vicio de inconstitucionalidad que puede afectar al precepto legal, teóricamente puede tratarse de un vicio de fondo o de forma. Es sabido que el vicio de forma nunca fue admitido como causal de la inaplicabilidad por la Corte Suprema, mientras fue competente para conocer del recurso, bajo la argumentación de que en tal caso el precepto legal afectado era inexistente y la cuestión debía por tanto resolverse por los jueces del fondo.

Aun cuando el Tribunal Constitucional no ha declinado su competencia para pronunciarse represivamente sobre un vicio de forma y la historia fidedigna de la reforma constitucional de 2005 parece avalar dicha opción, lo cierto es que el vicio de forma como causal del recurso de inaplicabilidad nos plantea un problema: la declaración de inaplicabilidad por este tipo de vicio no se encuentra lógicamente referida al caso concreto, si no que, por el contrario, representa una forma de control abstracto y de efectos generales, haciendo además inoficiosa una eventual declaración de inconstitucionalidad posterior del precepto legal en sí⁷. El vicio de forma transforma la naturaleza del control que se realiza a través de la inaplicabilidad y altera la lógica relacional existente entre la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad, desvirtuando la finalidad propia de aquella y tornando innecesaria la cuestión de inconstitucionalidad posterior que pudiera suscitarse⁸. Sin perjuicio del control preventivo del vicio de forma por el Tribunal Constitucional, su control represivo, pues, ofrece particularidades dignas de atención.

En fin, el Tribunal Constitucional no esta constreñido a considerar como fundamentos de la inaplicabilidad sólo aquellos que se le hagan valer en el requerimiento, por la parte o solicitante que interpone el recurso, pudiendo esgrimir fundamentos diferentes, dando de ello conocimiento a los interesados. Así lo dispone el artículo 88 de la Ley 17.997, lo cual nos parece coherente con lo

⁷ Este problema ha sido tratado en profundidad por el profesor Sergio Verdugo. Véase su trabajo "Inaplicabilidad y Vicios de Forma. ¿Un Problema Resuelto?" (2010) en *Revista de Derecho (Universidad Austral)*. Vol. XXIII, N° 2: pp. 83-112

⁸ Pese a todo, el Tribunal ha declarado inaplicable un precepto legal por vicio de forma. Véase un buen ejemplo en Tribunal Constitucional, rol 1865.

dispuesto en el artículo 6° de la Constitución y con el carácter de orden público inherente al control de constitucionalidad.

9. Efectos de la sentencia de inaplicabilidad

Por lo que respecta a los efectos del fallo que se pronuncia sobre el requerimiento de inaplicabilidad, debemos distinguir si éste ha sido acogido o se ha rechazado.

Si el recurso de inaplicabilidad es rechazado, habrá que entender que la aplicación del precepto legal cuestionado en la gestión judicial respectiva no deriva en ningún efecto contrario a la Constitución. Como ya se ha explicado, en este evento, el juez de la gestión no está obligado a aplicar el precepto legal a que se hace referencia, pues en el ejercicio de su jurisdicción y de conformidad con el principio de independencia recogido en el artículo 76 de la Constitución, está naturalmente facultado para escoger o seleccionar el o los preceptos que le parezcan más adecuados a la resolución del asunto. Si el tribunal de la gestión opta por aplicar el precepto, deberá hacerlo en la inteligencia asignada a sus disposiciones por el Tribunal Constitucional, a riesgo que, de no hacerlo, la aplicación del precepto pudiera eventualmente derivar en el efecto de inconstitucionalidad que el Tribunal Constitucional precisamente, con su interpretación, pretendió evitar.

Si el recurso de inaplicabilidad es acogido, el precepto legal cuya aplicación se cuestiona no podrá ser aplicado en la gestión respectiva como fundamento del fallo. Ello es así, aun cuando el tribunal de la gestión pretendiera asignar al precepto una interpretación acorde con la Constitución y desechar aquella que llevó al Tribunal Constitucional a acoger el recurso, e incluso si entre diversas interpretaciones posibles el Tribunal Constitucional hubiere escogido precisamente aquella que determinó la inconstitucionalidad de su aplicación.

Lo anterior nos lleva a concluir que la tarea de asignar a un precepto legal una interpretación que lo haga o no aplicable a una determinada gestión judicial es privativa del órgano que conoce de la inaplicabilidad. Recordamos, a propósito de lo expuesto, las expresiones de un presidente de la Corte Suprema norteamericana: "No tenemos la última palabra porque seamos infalibles, sino que somos infalibles porque tenemos la última palabra"⁹. Ello es evidente si se considera que contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procede recurso alguno, según se dispone en el artículo 94 de la Constitución.

⁹ Juez Jackson, Caso Brown vs. Allen. 344 vs. 443,540 (1953), citado por Humberto Nogueira A., "El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad" En *Reforma Constitucional*, Francisco Zúñiga Coordinador. Edit. LexisNexis. 2005

El precepto legal cuya aplicación se declara inconstitucional seguirá vigente y es por tanto susceptible de volver a aplicarse en futuras gestiones, a no ser que, por cierto, se acoja una nueva inaplicabilidad o que el precepto en sí sea luego declarado inconstitucional. Ello es comprensible, pues, como se ha explicado, la inaplicabilidad está sólo referida a un caso concreto y particular.

Como también se ha señalado, el Tribunal Constitucional puede cambiar su valoración interpretativa respecto de casos futuros en que vuelva a plantearse la inaplicabilidad del mismo precepto legal, sin que, por tanto, quede vinculado por su jurisprudencia anterior. Se explica porque lo que se cuestiona en el recurso es sólo la aplicación de un precepto a un caso particular, y no necesariamente la inconstitucionalidad del precepto en sí. Más aún, el artículo 47 L de la Ley 17.997 sólo prohíbe que una vez resuelta la cuestión de inaplicabilidad vuelva a intentarse nuevamente por el mismo vicio y por las mismas partes en las sucesivas instancias o grados de la gestión en que se hubiese promovido. A “contrario sensu”, se desprende que la resolución de la cuestión de inaplicabilidad únicamente produce cosa juzgada formal, pero no material. En consecuencia nada impide que en una gestión judicial diferente, la mismas partes, por la misma causa de pedir y el mismo objeto, vuelvan a plantear la inaplicabilidad del mismo precepto legal. A principio de la década de los 90, la Corte Suprema, en sucesivos fallos de inaplicabilidad, primero resolvió la inconstitucionalidad de los artículos 559 y 561 del Código Civil, para después declarar su perfecta adecuación a la Constitución, en circunstancias de que coincidían la identidad de las partes, de la causa de pedir y del objeto. En el primer caso la gestión habilitante fue un recurso de protección interpuesto en contra del decreto supremo que cancelaba la personalidad jurídica de Colonia Dignidad; en el segundo, una acción constitucional de nulidad en contra del mismo decreto (1992)¹⁰.

10. La declaración de inconstitucionalidad

Cabe referirse ahora a la acción de inconstitucionalidad como modalidad de control represivo por parte del Tribunal Constitucional, introducida por primera vez en nuestro sistema a través de la reforma constitucional de 2005 (Ley N° 20.050, de 26 de agosto de 2005).

La sola existencia de un control de constitucionalidad represivo, de carácter concreto e inter partes, que se materializa a través del requerimiento o acción de inaplicabilidad es, por cierto, insuficiente dentro de un sistema jurídico, puesto que termina debilitando la fuerza vinculante de la Constitución, provoca inseguridad jurídica y compromete la efectiva vigencia del principio de igualdad

¹⁰ Corte Suprema, rol 16868-1992. Corte Suprema, rol 8497-1997

jurídica que debe imperar en un Estado de Derecho. La estabilidad jurídica anexa al funcionamiento de la institución en EE.UU. gracias al sistema de los precedentes, y que en el hecho produce los efectos de un control abstracto de constitucionalidad, a pesar de que teóricamente sea concreto, no se observa en los sistemas jurídicos continentales. De ahí la necesidad de complementar el control que se materializa por medio del recurso de inaplicabilidad con una modalidad de control represivo pero de carácter general y abstracto: la acción o requerimiento de inconstitucionalidad establecida por medio de la reforma constitucional de 2005.

Puede definirse como un mecanismo de control represivo de constitucionalidad que faculta al Tribunal Constitucional para declarar de oficio, o por la vía de una acción pública, la inconstitucionalidad de un precepto legal que previamente hubiera sido declarado inaplicable, con el objeto de marginarlo del ordenamiento jurídico. De conformidad con lo expresado, el ejercicio de esta acción da origen a un tipo de control de carácter abstracto y *erga omnes*, pues está dirigido a evaluar la constitucionalidad del precepto legal en sí, sin relación a un caso concreto y particular al cual deba aplicarse. Por lo tanto el precepto legal objeto de la acción sólo será declarado inconstitucional si su contenido normativo o sus fines son absoluta y totalmente incompatibles con el texto o espíritu de la Constitución, de modo que ninguna de sus posibles interpretaciones sea conciliable con los requerimientos normativos y valóricos de la misma. Expresa la Constitución que el precepto declarado inconstitucional se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo (artículo 94, inciso 3°). Se comprenderá que dicha sentencia produzca efectos generales, sobre todo si se considera que, según veremos más adelante, la declaración de inconstitucionalidad acarrea la derogación del precepto.

11. Presupuestos de admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad

El presupuesto constitucional de admisibilidad de la acción es la declaración previa de inaplicabilidad del precepto legal cuya declaración de inconstitucionalidad se persigue, a lo menos por una sola vez. Atrás quedó la histórica discusión relativa al número de veces que un precepto legal debía declararse inaplicable, y si debían ser o no consecutivas tales declaraciones, antes de proceder a su derogación, discusión tras la cual pesaban, por cierto, consideraciones vinculadas a la soberanía de la ley y a la clásica concepción de la separación de los poderes, principios que podían quedar desvirtuados si se le otorgaba a la Corte Suprema una potestad derogatoria que la transformara en un superlegislador o contrapoder democrático. Tales temores fueron en definitiva superados por la vía de asegurarle al precepto legal cuestionado un

juicio especial de constitucionalidad que, en el marco de un debido proceso, permitiera la intervención de los órganos colegisladores de generación popular, a partir de la declaración de admisibilidad de la acción (artículo 47 R de la L.O.C. N° 17.997). Se desechó así la idea de que el Tribunal Constitucional, de oficio, en el mismo fallo en que se declarara la inaplicabilidad, ejerciera un control automático de constitucionalidad, idea recogida inicialmente en un proyecto de reforma aprobado por el Congreso y que en definitiva no prosperó gracias a un veto presidencial.

En cumplimiento del mandato constitucional entregado al legislador en el artículo 93, inciso 12°, para establecer los demás requisitos de admisibilidad de la acción de constitucionalidad, el artículo 97 N° 2 de la L.O.C. 17.997, consagra como nuevo requisito de admisibilidad: que la cuestión se funde en el mismo vicio de inconstitucionalidad que motivó la declaración de inaplicabilidad del precepto impugnado. Consecuentemente el artículo 101 dispone que la declaración de inconstitucionalidad deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueran considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad.

Por cierto el vicio de inconstitucionalidad que motivó la declaración de inaplicabilidad y que debe servir de fundamento a la declaración de admisibilidad de la acción de inconstitucionalidad debería ser de tal entidad que torne absolutamente incompatible el precepto legal en sí con los valores, principios, fines o disposiciones constitucionales, de manera que en ninguna de sus interpretaciones posibles pueda conciliarse con la Constitución. Por lo tanto, el mismo vicio que en un momento procesal, sirvió de base a la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, debe igualmente luego servir de fundamento a la declaración de inconstitucionalidad, en un momento procesal distinto, dada su gravedad y trascendencia.

12. Legitimación activa en la acción de inconstitucionalidad

Por lo que respecta a la legitimación activa para provocar el juicio de inconstitucionalidad, debe precisarse que la Constitución reformada en 2005 consagra dos vías por medio de las cuales ello es posible:

a. De oficio por el propio Tribunal Constitucional, en su calidad de guardián superior de la supremacía constitucional, cuando conociendo de un juicio incidental de inaplicabilidad haya podido constatar que no sólo la *aplicación* del precepto a un caso concreto y particular es inconstitucional, sino el precepto legal en sí, puesto que no resulta posible por la vía interpretativa conciliarlo de ningún modo con las normas de la Constitución.

b. A través de la acción pública, es decir, por medio de la acción que cualquier persona puede ejercer con el propósito que se declare la inconstitucionalidad del precepto legal, y no solo quienes hayan intervenido como partes en la gestión judicial que sirvió de base a la acción de inaplicabilidad. En palabras del profesor Gustavo Fiamma, estas personas actuarían “en el ejercicio del derecho a vivir bajo el imperio de la legalidad”.

13. Preceptos legales que pueden ser objeto de la acción de inconstitucionalidad

Por lo que respecta al instrumento jurídico que puede ser objeto de la acción, debe descartarse a los tratados internacionales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 54 N°1 inciso 5° de la Constitución, dado que esta forma de control conduce a la dictación de una sentencia que acarrea la derogación del precepto inconstitucional y que, por tanto, produce efectos generales, de conformidad con lo ya explicado. Se concilia así la naturaleza de este tipo de control con el principio “*pacta sunt servanda*”, expresamente consagrado en el artículo 27° de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Así se dispone, por lo demás, en el artículo 93, inciso 2°, de la L.O.C. 17.997.

14. Efectos de la sentencia de inconstitucionalidad

En cuanto a los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad, el artículo 94 de la Constitución dispone que el precepto legal objeto de esa declaración se entenderá derogado a partir de la publicación de la sentencia respectiva en el Diario Oficial y sólo producirá efectos hacia el futuro.

La Constitución ha optado por el efecto derogatorio del precepto, descartando en principio el efecto anulatorio. No hay duda que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal involucra la falta de competencia de la autoridad que lo dicta, puesto que ninguna magistratura tiene competencia para generar normas al margen de la Constitución y en consecuencia el precepto legal en cuestión debiera considerarse afecto a la nulidad de Derecho Público, por aplicación del artículo 7° inciso final de la Constitución. En consecuencia estamos estrictamente en presencia de un vicio de nulidad y no de una derogación que, en cambio, responde a motivos de oportunidad, mérito o conveniencia. De ahí las expresiones que se utilizan en la disposición constitucional respectiva: “el precepto declarado inconstitucional... *se entenderá* derogado desde la publicación en el Diario Oficial...”. Como en Derecho las cosas son lo que son y no lo que se dice que son, no resulta jurídicamente posible prescindir absolutamente del efecto anulatorio y sus consecuencias, como lo precisa, según se expresa más adelante, el profesor Rodríguez Grez.

El constituyente ha optado, sin embargo, por la derogación, fundamentalmente por razones de orden práctico. Se pretende con ello evitar los efectos retroactivos propios de la nulidad y salvar así la validez de aquellas situaciones jurídicas consumadas al amparo del precepto legal inconstitucional. Tal vez el efecto anulatorio, por otra parte, habría significado abrir indiscriminadamente la puerta al ejercicio de acciones indemnizatorias destinadas a hacer efectiva la responsabilidad civil extracontractual del Estado, por los daños que eventualmente hubieran podido producirse a consecuencia de la aplicación del precepto inconstitucional.

La denegación del efecto retroactivo anexo a la derogación encuentra, sin embargo, una clara limitación en aquellos casos en que la irretroactividad implique una abrogación de algún principio constitucional, especialmente el principio pro reo, lo que precisamente sucedería si eventualmente se derogara una ley penal que hubiera servido de fundamento a una condena anterior (artículo 19 N° 3, inciso 7° de la Constitución).

El profesor Pablo Rodríguez defiende en relación con el tema una posición interpretativa a la cual adherimos. Sostiene que al expresar el Constituyente que el precepto legal “se entenderá derogado” no significa que en lo esencial desconozca la nulidad de derecho público derivada de su carácter inconstitucional¹¹. Ello le lleva a argumentar que el constituyente sólo ha querido amparar la apariencia jurídica inherente a las situaciones que se consolidaron al amparo del precepto legal inconstitucional. El efecto práctico de su interpretación radica en negar la incorporación del precepto inconstitucional a los contratos celebrados bajo su vigencia, en razón de ser inexistente, desconociéndole por tanto los efectos de ultra actividad de que normalmente gozan los preceptos legales incorporados en el contrato al momento de su celebración (artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes). De lo expuesto se puede concluir que el artículo 22 de la ley mencionada reconocería una nueva excepción al principio de incorporación recién señalado, ya que no debieran entenderse incorporadas al contrato aquellas leyes que con posterioridad a su celebración fueran declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, quedando, por tanto, sujeto el contrato, en esa medida, a las leyes que en el futuro pudieran eventualmente dictarse¹².

¹¹ Una posición similar ha sido seguida por el profesor Sergio Verdugo en “La declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto” (2008), *Actualidad Jurídica* (UDD), Año IX, N° 18: pp. 247-297.

¹² Debemos señalar que la tesis del profesor Rodríguez ha sido recogida claramente en el fallo del Tribunal Constitucional Rol 1552 de 28 de octubre de 2010.