



Premio “Tribunal Constitucional” 2012

NATURALEZA JURÍDICA
DE LA INAPLICABILIDAD
EN EL MODELO CHILENO

DIANA RIVAS POBLETE



Premio “Tribunal Constitucional” 2012

NATURALEZA JURÍDICA
DE LA INAPLICABILIDAD
EN EL MODELO CHILENO

DIANA RIVAS POBLETE

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Teléfono [56-2] 721 92 00 • Fax [56-2] 721 93 03
Apoquindo N° 4.700, Las Condes, Santiago de Chile
secretaria@tcchile.cl
www.tcchile.cl

CUADERNOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Inscripción N° 224.139
Derechos Reservados
Agosto de 2013

Director de Publicaciones
Cristián García Mechsner

Primera edición
300 ejemplares

Diseño e impresión
versión | producciones gráficas Ltda.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	9
INTRODUCCIÓN	15
 CAPÍTULO PRIMERO	
ANTECEDENTES GENERALES	17
I. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL	17
II. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1925	19
III. LA CONSTITUCIÓN DE 1925	19
1. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la Constitución de 1925	19
2. El primer Tribunal Constitucional de Chile	23
IV. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980.....	29
1. El Tribunal Constitucional en el texto original de la Carta de 1980	30
2. La Corte Suprema y el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad	34
 CAPÍTULO SEGUNDO	
LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA LEY N° 20.050	39
I. ANTECEDENTES	39
II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA LEY N° 20.050	42
1. Integración	42
2. Designación	44
3. Duración y renovación en el cargo.....	51
4. Reelección.....	51
5. Abogados integrantes	52
6. Suplentes de Ministro.....	53
7. Inhabilidades e incompatibilidades.....	54

8. Funcionamiento.....	56
9. Atribuciones del Tribunal Constitucional.....	58
10. Efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional.....	62
11. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.....	64
III. CUESTIÓN DE INAPLICABILIDAD	64
1. Conocimiento de la acción de inaplicabilidad.....	64
2. Regulación en la Ley N° 20.050.....	68
3. Legitimación activa.....	69
4. Control concentrado o control difuso.....	71
5. Oportunidad del control.....	73
6. Examen de admisibilidad.....	74
IV. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	75
1. Su establecimiento.....	75
2. Legitimación activa.....	77
3. Quórum.....	79
4. Evaluación de la reforma.....	79
CAPÍTULO TERCERO	
NATURALEZA JURÍDICA DE LA INAPLICABILIDAD	
EN EL MODELO CHILENO.....	81
I. ASPECTOS HISTÓRICOS.....	84
II. CONTROL CONCRETO.....	86
III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD	89
1. Doctrina.....	89
2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	92
3. Aplicación de la cuestión de inaplicabilidad.....	95
4. Inconstitucionalidad de fondo y forma e inaplicabilidad.....	121
4.1. Inconstitucionalidad de fondo.....	121
4.2. Inconstitucionalidad de forma.....	126
a. Doctrina.....	127
b. Fallos del Tribunal Constitucional.....	130
IV. INAPLICABILIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD	137
1. Inaplicabilidad e igualdad ante la ley.....	142
2. Comentarios finales.....	144
REFLEXIONES FINALES	147
BIBLIOGRAFÍA.....	149

Agradecimientos

Al profesor Carlos Maturana Toledo, gracias a quien fue posible la realización de este trabajo; por su dedicación, correcciones y ayuda.

A mis queridos padres Diana y Alejandro, y a mi hermana Camila, por su apoyo y amor incondicional.

A mis abuelos Rubén y Miria, y a mis tíos Berta, Dario y Claudia, por su preocupación constante.

Y a mis amigos, por sus palabras de aliento.

PRESENTACIÓN DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El “Premio Tribunal Constitucional” es una distinción que el Tribunal entrega anualmente, desde el año 2006, al (a los) egresado(s) de alguna Facultad de Derecho de las Universidades del país, en reconocimiento al aporte que su tesis, memoria, tesina, seminario de tesis o investigación elaborada para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales signifique para el desarrollo de la Justicia Constitucional en Chile, de acuerdo a los términos y condiciones que se fijan en la misma norma.

Por acuerdo adoptado por el Pleno del Tribunal Constitucional, el referido Premio, en su versión correspondiente a la convocatoria 2011, recayó en la tesis de grado titulada “*Naturaleza Jurídica de la Inaplicabilidad en el Modelo Chileno*”, cuya autora es la alumna egresada de la carrera de Derecho de la Universidad de Concepción, señorita Diana Rivas Poblete.

La tesis ganadora, que, como tal, pasará a formar parte de la Colección de Cuadernos del Tribunal Constitucional, consta de una introducción seguida por tres capítulos titulados respectivamente: “*Antecedentes Generales*”, “*La Reforma Constitucional de la Ley N^o 20.050*” y “*Naturaleza Jurídica de la Inaplicabilidad en el Modelo Chileno*”, y culmina entregando comentarios y reflexiones de su autora.

Para ilustrar al lector en cuanto al contenido de la obra, debe destacarse que en sus dos primeros capítulos la tesis describe con apoyo en la bibliografía especializada y contemporánea, la historia del establecimiento del Tribunal Constitucional en nuestro país, haciendo hincapié en los cambios que ha sufrido la Magistratura en su integración, atribuciones y funcionamiento a lo largo de sus ya cerca de 42 años de existencia institucional. En esta parte del trabajo se destaca la forma en que los textos constitucionales han encomendado el conocimiento y resolución de la acción o recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad primero, y por 80 años, a la Corte Suprema, y luego, al Tribunal Constitucional,

desde la reforma constitucional aprobada el año 2005 por la Ley N° 20.050 y la modificación a la Ley Orgánica Constitucional de la Magistratura, aprobada en el año 2009 por la Ley N° 20.381. Se alude, asimismo, a la nueva atribución entregada al Tribunal, desde el año 2005, para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad de preceptos legales previamente declarados inaplicables.

Sin duda, la tercera parte de la tesis contiene los tópicos que motivan la investigación, pues en ella la autora aborda los elementos esenciales y las diversas fases que integran el vigente procedimiento de “*la cuestión de inaplicabilidad*” previsto y regulado en el numeral 6° del inciso primero y en el inciso undécimo del artículo 93 de la Carta Fundamental, y en la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (artículos 79 al 92, de su texto refundido, coordinado y sistematizado aprobado por DFL N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia).

Existe útil referencia, en este Tercer Capítulo, a la manera cómo la jurisprudencia constitucional ha entendido y modelado la naturaleza jurídica de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley como control concreto. A su vez, las expresiones “*el diseño del sistema de control represivo de constitucionalidad de la ley, establecido a partir de la reforma del año 2005, resulta insatisfactorio*”, sirven a la autora para compartir la reflexión crítica de carácter negativa que ha esbozado alguna doctrina publicista en cuanto a que la sentencia estimatoria de inaplicabilidad haya sido establecida por el constituyente como condición ineludible para abrir un proceso que lleve a la declaración de inconstitucionalidad de un determinado precepto legal vigente.

Resulta asimismo interesante la reflexión que hace la autora luego de resumir las diversas posturas doctrinales que se han esbozado, y que se confiese como contraria a la tesis según la cual la inaplicabilidad pugnaría con el principio de igualdad ante la ley, ya que, según afirma, prefiere “*preservar la justicia aplicada al caso concreto, aunque ello conlleve una dificultad en torno a la certeza jurídica*”.

En la parte de comentarios finales, la obra presenta alternativas que denominará como correcciones al presente modelo, adscribiendo a la idea de que el Tribunal efectúe en un solo procedimiento un control concreto y otro abstracto de constitucionalidad de la norma legal cuestionada. La autora manifiesta también que esa forma de regular el control de constitucionalidad de la norma legal vigente permitiría mejorar las falencias que observa respecto del control de constitucionalidad sobre los vicios de forma de la ley.

Postula, finalmente la autora, modificaciones tendientes a acotar el momento procesal en que pueda intentarse un requerimiento de inapli-

cabilidad, para que éste tenga mayor posibilidad de éxito (desde que se haya dictado sentencia en la respectiva gestión), como también, la de reconocer legitimación activa sólo al juez de la gestión pendiente, emulando el sistema vigente en España y Alemania.

La obra cuyo contenido y aspectos más sobresalientes he señalado, constituye un valioso aporte al estudio de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que, como muestran las cifras oficiales, representa la principal fuente de procesos de los que conoce anualmente esta Magistratura. Tal es la razón por la que el Tribunal Constitucional la ha premiado y ahora la publica para facilitar el conocimiento de ella por los entendidos del Derecho Constitucional.

Santiago, 26 de julio de 2013.

RAÚL BERTELSEN REPETTO

Presidente
Tribunal Constitucional

NATURALEZA JURÍDICA DE LA INAPLICABILIDAD EN EL MODELO CHILENO

DIANA RIVAS POBLETE*

* Memoria de grado para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción. Defendida el 9 de marzo de 2012 y calificada con distinción máxima. Profesor guía: Carlos Maturana Toledo.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política se encuentra en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, por ello toda norma debe guardar conformidad con el Texto Supremo.

Para lograr que la referida supremacía constitucional sea respetada, existe el llamado control de constitucionalidad de la ley, encontrando dentro del control represivo o *a posteriori*, “la cuestión de inaplicabilidad”, tema que será estudiado en la presente investigación.

El objetivo esencial de este trabajo consiste en determinar la naturaleza jurídica de “la cuestión de inaplicabilidad”, examinando el diseño que presenta dicha institución a partir de las modificaciones introducidas por la reforma del año 2005. Para alcanzar dicha finalidad, dividiremos esta memoria de prueba en tres grandes capítulos.

Comenzaremos trazando el panorama general de la institución en análisis, refiriéndonos a su instauración en la Constitución de 1925 y a su regulación en la Carta de 1980, materia tratada en el capítulo I.

Posteriormente, en el capítulo que sigue, abordaremos sucintamente los cambios más relevantes que, respecto de nuestro sistema de control constitucional, introdujo la Ley N° 20.050; participaremos de las discusiones que surjan al analizar la nueva normativa, y efectuaremos una evaluación de los cambios que la reforma trajo consigo.

Los antecedentes recién mencionados evidenciarán la evolución que la inaplicabilidad ha experimentado en nuestra legislación, lo que nos permitirá comprender cómo llegamos al diseño que existe actualmente.

Concluiremos nuestra exposición con el capítulo III, en donde analizaremos detalladamente la naturaleza jurídica de la inaplicabilidad en el modelo chileno.

La base para el desarrollo de este tema, será lo sostenido por la doctrina nacional y por diversos fallos del Tribunal Constitucional, los que

servirán de apoyo para responder las distintas interrogantes que nos plantearemos durante el curso de dicho acápite.

Para finalizar, tengamos presente que centraremos nuestra mirada en los diversos problemas que el actual sistema presenta para proponer desde un punto de vista crítico, soluciones a las falencias que vislumbramos y que esperamos constituyan un aporte al derecho constitucional de nuestro país.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES GENERALES

I. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

A propósito de la promulgación de la Carta de 1925, señalemos que el resguardo del principio de la supremacía constitucional es uno de los pilares fundamentales de todo régimen político constitucional; la Constitución es la ley de las leyes, es decir, debe prevalecer sobre toda otra disposición legal, de tal manera que cualquier ley que contraríe a una disposición de la Constitución es intrínseca e ineludiblemente nula¹.

Para que esta protección a nuestra Carta Fundamental se haga efectiva, es necesario establecer un órgano encargado de velar para que las leyes dictadas por el legislativo guarden conformidad con nuestra Constitución, asimismo, es indispensable establecer mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes y sanciones en el caso que ésta se contravenga. Al respecto, el profesor Saenger Gianoni indica que lo anterior es de máxima trascendencia, ya que “*Como dice la gran mayoría de la doctrina, nada se obtiene con promulgar una Constitución extraordinaria y novedosa, sin que existan o se contemplen las formas y sistemas para preaver futuras violaciones a su contenido*”².

A pesar de lo señalado anteriormente, la legitimidad del control de constitucionalidad de la ley no ha sido un tema pacífico, al respecto existen opiniones encontradas; así por ejemplo, el profesor Zapata Larraín,

¹ EN GUERRA, JOSÉ GUILLERMO. *La Constitución de 1925* (Santiago, 1929), p. 457. Sobre el punto, ver SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), Tomo I, pp. 122 a 151.

² SAENGER GIANONI, FERNANDO. *Veinte Años de Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad*, Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción (2002), p. 11.

sostiene que la justicia constitucional pese a acarrear ciertos costos en términos de la extensión del autogobierno, es defendible por sí misma, porque ella sirve fines valiosos, asociados, fundamentalmente, a la seguridad, la libertad y la igual consideración; señalando, además, que la legitimidad de un sistema de justicia constitucional depende de que éste haya sido adoptado o aceptado, por libre decisión del pueblo y del hecho que su diseño y su ejercicio respeten, en la mayor medida posible, los espacios de la deliberación política³. En oposición a esta línea de pensamiento, encontramos al profesor Atria Lemaitre, quien entre sus argumentos niega que el Tribunal Constitucional chileno goce del tipo de *autoritas* requerida para ofrecer garantías de insularidad política y, consiguientemente, para velar efectivamente por la supremacía constitucional⁴. Sobre este debate, el profesor Nogueira Alcalá postula que “*la legitimidad democrática del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes no proviene sólo de la protección de los derechos de la minoría frente a los abusos o arbitrariedades de la mayoría, sino también de la protección de los sistemas de distribución de potestades o funciones determinados por la Constitución*”⁵.

Pese al debate sobre la materia, nos resulta evidente la necesidad de establecer mecanismos tendientes a brindar protección a la Constitución, con el fin de lograr un orden normativo coherente y armónico, así lo ha entendido la doctrina nacional, surgiendo de esta forma el llamado Control de Constitucionalidad de las Leyes, que es la facultad conferida a los órganos jurisdiccionales del Estado o a organismos especialmente creados al efecto para declarar la inconstitucionalidad de una ley, dejándola sin efecto en un caso determinado o simplemente anulándola del todo, cuando se observa que dicha ley es contraria o viola los principios, garantías o disposiciones fundamentales de la Constitución Política⁶.

³ Extraído de ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO. *Justicia Constitucional Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008), p. 38. Para profundizar el tema examinar: pp. 17 a 134.

⁴ VER ATRIA LEMAITRE, FERNANDO. *El Tribunal Constitucional y la Objeción Democrática*, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 20 (1993), p. 371. Para comprender el planteamiento de este autor, resulta conveniente leer el citado artículo en toda su extensión.

⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *Tópicos sobre Jurisdicción Constitucional y Tribunales Constitucionales*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 14 (2003), p. 46. Ver NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *Revisión del Modelo Orgánico y de la Legitimidad del Tribunal Constitucional Chileno*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales (1999), pp. 198 a 201.

⁶ Definición plasmada en JORQUERA PINTO, LUIS. *Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad en la Carta Fundamental de 1980*, Memoria de Prueba, Universidad de Antofagasta (2003) p. 61.

II. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ANTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1925

Antes de la vigencia de la Constitución Política de 1925 la posibilidad de controlar la constitucionalidad de la ley era inexistente. En general, las constituciones del siglo XIX consagraron el llamado Control Legislativo de la Constitución o Control Político, donde sólo el órgano legislativo podía interpretar y fijar el alcance de la Norma Constitucional. Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 164 de la Constitución Política de 1833, pareciera entenderse que este tipo de control fue el que imperó en nuestro país bajo la vigencia de dicho Texto Político, la referida disposición establecía: “*Sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 49 y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos*”. En opinión del profesor Silva Bascuñán dejar en el propio Congreso la misión de determinar la conformidad o desacuerdo de una norma, aprobada por él mismo, con la ley fundamental equivale a no consagrar efectivamente la supremacía constitucional⁷.

III. LA CONSTITUCIÓN DE 1925

1. INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1925

Es recién en la Constitución Política de 1925 en donde encontramos la consagración expresa de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Al efecto, dicho texto legal en su artículo 86, inciso segundo, expresaba lo siguiente: “*La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometido 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*”.

De extraordinaria trascendencia es el precepto recién citado, ya que por primera vez en el ordenamiento jurídico chileno, se estableció que la constitucionalidad de la ley fuera controlada por un órgano ajeno al Congreso Nacional.

El artículo recién mencionado estableció el llamado recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y encargó a la Corte Suprema su conocimiento y resolución. El 22 de marzo de 1932 la Corte Suprema fijó mediante un Auto Acordado las normas para la tramitación de dicho

⁷ EN SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963), p. 88.

recurso. La facultad que se entregó al Primer Tribunal de la República fue un correctivo a los posibles desvaríos del Parlamento y una seguridad dada a los ciudadanos de que sus garantías y libertades, consignadas en la Carta Fundamental, no podían ser desconocidas por otras leyes⁸.

La incorporación de esta institución en nuestro país encontró su base en el modelo norteamericano, cuyo punto de inflexión fue el famoso caso *Marbury versus Madison* de 1803, en el cual el Máximo Tribunal de Estados Unidos otorgó plena competencia a los jueces inferiores para que, en caso de conflicto entre una ley y la Constitución, se resolviera dando preferencia a la Norma Constitucional. Esta resolución de la Corte Suprema estadounidense, sin duda, marcó un precedente, clarificando la necesidad de respetar en forma absoluta las normas contenidas en el Texto Constitucional y aplicando ésta por sobre cualquier otra norma de rango inferior⁹.

Además de la experiencia norteamericana, fue relevante el contexto histórico imperante en nuestro país. Hasta esa época las experiencias sobre esta materia habían sido desafortunadas; basta recordar lo acontecido en 1924, año en que el Congreso aprobó, violando abiertamente la Constitución, la ley de dieta parlamentaria que felizmente no alcanzó a ser promulgada. Esta situación generó particular preocupación; por ello, la subcomisión reformadora de 1925, aleccionada por la reciente experiencia, estableció esta disposición que facultaba a la Corte Suprema para declarar la inconstitucionalidad de preceptos legales¹⁰.

Este recurso constituía un control concentrado de las normas legales, a cargo exclusivamente de la Corte Suprema de Justicia; por lo tanto, era un control ejercido por la justicia ordinaria¹¹. Además se caracterizó por el Tribunal Supremo como un recurso abstracto y jurídico¹². Se trataba de una acción constitucional, es decir, un mecanismo de defensa y garantía de la supremacía constitucional establecido directamente por

⁸ Indicado en ESTÉVEZ GAZMURI, CARLOS. *Reformas que la Constitución de 1925 introdujo a la de 1833*, Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 7 (1941), p.126.

⁹ Apuntado en JORQUERA PINTO, LUIS. *Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad en la Carta Fundamental de 1980*, Memoria de Prueba, Universidad de Antofagasta (2003), p. 61.

¹⁰ Al efecto, ver GUERRA, JOSÉ GUILLERMO. *La Constitución de 1925* (Santiago, 1929), p. 458.

¹¹ Mencionado en FAÚNDEZ RAMOS, JAIME. *La Corte Suprema y el Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad*, Memoria de Prueba, Universidad de Concepción (1999), p. 142.

¹² Aseverado en SAENGER GIANONI, FERNANDO. *Veinte Años de Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad*, Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción (2002), p. 33.

la Constitución. Operaba como una forma de control represivo o a *posteriori*, pues se verificaba respecto de preceptos legales vigentes que se invocaban en los casos concretos de que conocía directamente la Corte Suprema o que se seguían ante otros tribunales. Procedía sólo respecto de preceptos legales, entre los que se incluían los decretos leyes, los decretos con fuerza de ley y los tratados internacionales, sin que se permitiera impugnar las normas infra legales. Permitía examinar tanto la constitucionalidad de forma, como la de fondo de los preceptos legales impugnados¹³. Para que el recurso procediera, era indispensable que existiera una completa y perfecta contradicción entre una ley constitucional y una ordinaria¹⁴.

La Corte Suprema podía actuar de oficio en los casos particulares que conocía o en aquellos casos que le eran sometidos en virtud de recurso interpuesto en juicio que se seguía ante otro tribunal¹⁵.

Se autorizaba sólo a los particulares que se consideraban agraviados en sus derechos constitucionales por algún precepto legal para que formularan el recurso de inaplicabilidad, quienes lo podían interponer directamente ante la Corte Suprema o por vía incidental dentro de un juicio que se tramitaba ante otro tribunal de la República, debiendo, en este último caso, alzarse ante la Corte Suprema, único tribunal competente para conocer de él y resolverlo¹⁶.

Este recurso se podía formular en cualquier etapa del juicio, pero no suspendía la tramitación de éste, ello con el fin de evitar que se abusara de este mecanismo para retardar la secuela del juicio¹⁷.

Por otra parte, las resoluciones que adoptaba la Corte Suprema en los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no tenían alcance general obligatorio, sus efectos eran limitados y no *erga omnes*, en la medida que afectaban únicamente a la gestión de que se trataba y respecto de las partes involucradas en ésta, de manera que la resolución negativa en uno o más casos no obstaba para que el recurso se formulara en otros

¹³ Esta conclusión era aceptada por parte importante de la doctrina, por ejemplo: PEÑA TORRES, MARISOL. *Cuatro Estudios de Justicia Constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 36 (2007), p. 26.

¹⁴ Expuesto en SAENGER GIANONI, FERNANDO. *Veinte Años de Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad*, Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción (2002), p. 32.

¹⁵ EN BERTELSEN REPETTO, RAÚL. *Análisis y Revisión del Recurso de Inaplicabilidad (Modelo y Jurisprudencia)*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales (1999), p. 157.

¹⁶ EN GUERRA, JOSÉ GUILLERMO. *La Constitución de 1925* (Santiago, 1929), p. 459.

¹⁷ Sobre este punto, ver la opinión de JOSÉ GUILLERMO GUERRA, en su texto *La Constitución de 1925* (Santiago, 1929), pp. 459 y 460.

casos idénticos, y la resolución afirmativa solo favorecía al que formuló el requerimiento, y los demás que se encontraban en igual situación y querían verse favorecidos, debían interponer el recurso para que el fallo produjera efectos en su caso particular¹⁸.

Por lo tanto, durante la vigencia del artículo 86 quedó eliminada la posibilidad que la Corte Suprema, de oficio o a petición de algún particular oficioso, pudiera declarar en términos generales la inconstitucionalidad de un precepto legal y suspender sus efectos respecto de todos los habitantes de la República, ya que ello equivalía a poner en abierta contraposición al Poder Judicial con el Poder Legislativo, generando una frecuente intervención de la Corte Suprema en asuntos legislativos, que a la larga podía degenerar en abuso¹⁹. Justamente a propósito de este punto, a pesar que la Constitución de 1925 no limitaba la procedencia de la inaplicabilidad respecto de la inconstitucionalidad de forma, es decir, la que se relaciona con el proceso de formación de la ley, la Corte Suprema tuvo un criterio particularmente exigente en la admisibilidad de los recursos de inaplicabilidad, negándose sistemáticamente a conocer y fallar los vicios de forma de las leyes, reduciendo su competencia sólo a los vicios de fondo, afirmándose en la doctrina la separación de poderes²⁰.

Las dificultades que presentaba el sistema establecido en la Carta de 1925 eran evidentes, entre ellas podemos destacar: la falta de un control preventivo, que evitara la promulgación de leyes inconstitucionales, las limitaciones manifiestas con que se abordó el conocimiento y fallo de los recursos de inaplicabilidad por la auto restricción con la que actuó la Corte Suprema, cuyo conocimiento en asuntos constitucionales al ser tan limitado resultó insuficiente²¹ y, fundamentalmente, la inexistencia de un tribunal que resolviera los conflictos que se generaban entre el ejecutivo y el Congreso, en virtud de la excesiva libertad con la que ambos pretendían actuar; por una parte, el Congreso buscaba participación en campos que eran propios de la administración del Estado, por ejemplo, arrogarse competencia en materias propias de la iniciativa del ejecutivo; por otra parte, en muchos aspectos de la actividad legislativa se acentuó progresivamente la intervención del Presidente de la República, por ejemplo, dentro del proceso generador de la ley en el trámite de la promulgación.

¹⁸ Extraído de GUERRA, JOSÉ GUILLERMO. *La Constitución de 1925* (Santiago, 1929), p. 460.

¹⁹ Comentario efectuado por JOSÉ GUILLERMO GUERRA. *La Constitución de 1925* (Santiago, 1929), p. 459.

²⁰ Consideración señalada en NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *El Tribunal Constitucional Chileno*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales (1996), p. 312.

²¹ Observación realizada en SILVA CIMMA, ENRIQUE. *El Tribunal Constitucional de Chile: 1971-1973*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 38 (2008), p. 21.

Debido a las expresadas problemáticas, se manifestó la necesidad de crear un órgano que fallara por la vía jurisdiccional, las diferencias que a menudo surgían en la interpretación de la Norma Constitucional, durante la actividad legislativa y en su aplicación práctica.

2. EL PRIMER TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE

Las Cortes Constitucionales o Tribunales Constitucionales se desarrollaron a partir del término de la Primera Guerra Mundial²², renaciendo con mayor fuerza al término de la Segunda Guerra Mundial en Europa: Italia (1948), Alemania Federal (1949), Francia (1958), España (1978), Bélgica (1980), Hungría (1989), sólo por mencionar los más importantes. A su vez, en América Latina, vemos su aparición en Guatemala (1965-1985), Chile (reforma constitucional de 1970 y Constitución de 1980), Perú (1979), Colombia (1991), Ecuador (1994-1998) y Bolivia (1998), por señalar algunos de ellos²³.

En nuestro país, la comunidad académica, siguiendo el modelo extranjero del primer tribunal de esta índole creado en Austria en 1920, sugirió la instauración de un tribunal especializado en la resolución de asuntos constitucionales, con facultades de control preventivo, tanto de forma como de fondo, lo que fue recogido por el Presidente de la República, don Eduardo Frei Montalva, quien presentó un proyecto de reforma constitucional, que se materializó en la Ley N° 17.284, publicada en el Diario Oficial N° 27.558 del 21 de enero de 1970, que creó el Tribunal Constitucional, el que jurídicamente comenzó a existir el 4 de noviembre de 1970; sus funciones eran: a) controlar la constitucionalidad de ciertos actos legislativos, como corolario del resguardo del principio de la supremacía constitucional y b) resolver conflictos de carácter constitucional cuya problemática no era aconsejable que fuera resuelta por órganos judiciales comunes²⁴.

²² Los primeros Tribunales Constitucionales surgieron en Europa, el primero de ellos fue el de Austria creado en el año 1920, el de Checoslovaquia que nació en el mismo año y el de España establecido en 1931.

²³ EN NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO. *Instituciones Políticas y Teoría Constitucional* (Talca, Editorial Universidad de Talca, 2001), Tomo II, p. 182. Para profundizar sobre el funcionamiento de los Tribunales Constitucionales en Sudamérica ver NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *Los Tribunales Constitucionales de Sudamérica a principios del Siglo XXI*, Ius et Praxis, Universidad de Talca (2003).

²⁴ Señalado en VELOSO VILLARREAL, HÉCTOR. *Tribunal Constitucional de 1970: Facultad para Controlar la Constitucionalidad de la Ley: Análisis, Memoria de Prueba*, Universidad de Concepción (1992), p. 5.

El estatuto orgánico del Tribunal Constitucional de 1970 estuvo conformado por el artículo 78, letras a), b) y c), que fue incorporado al capítulo VI de la Constitución Política de 1925, que pasó a llamarse “Tribunal Constitucional y Tribunal Calificador de Elecciones”, por la ley recién señalada y por dos Autos Acordados dictados por el propio Tribunal Constitucional, en donde fijó normas sobre la organización, funcionamiento y régimen de su personal (Diario Oficial de 23 de noviembre de 1971) y el procedimiento que se seguiría ante él (Diario Oficial de 11 de diciembre de 1971)²⁵.

De un somero análisis del citado artículo podemos extraer lo siguiente:

El artículo 78, en su letra a), creó el Tribunal Constitucional, detalló su integración y los requisitos que debían reunir quienes iban a ser designados miembros, la forma de su designación, sus causales de incompatibilidades, sus prerrogativas, la forma de expiración y remoción de sus funciones, la manera de proveer su remplazo y el quórum para sesionar y adoptar acuerdos, entre otros; en los incisos penúltimo y final se consagró la plena autonomía de dicho órgano, tanto funcional como económica, por lo que quedó nítidamente reflejada la inspiración del constituyente de que el Tribunal no sufriera ninguna clase de interferencia en su gestión, dado su carácter de resolutor de conflictos entre los poderes colegisladores.

El artículo 78, en su letra b), fijó la competencia y el procedimiento del Tribunal, determinando taxativamente seis puntos o materias de competencia, de manera que fuera de ellos el Tribunal no podía extender su acción; sin embargo, en las tres primeras letras del artículo en cuestión, se asignaron campos genéricos de competencia al utilizar la expresión “cuestiones”, por lo tanto, la taxatividad antes mencionada no implicó una extrema rigidez en el actuar del Tribunal; en este punto el legislador estableció que el Tribunal debía resolver dentro del plazo de diez días desde que recibiera el requerimiento, a menos que decidiera prorrogarlo por otros diez días por motivos graves y calificados; aquí se señaló una curiosa causal de cesación de funciones de los ministros del Tribunal Constitucional que operaba de pleno derecho y se producía cuando dicha Magistratura no se pronunciaba en cualquiera de los casos sometidos a su conocimiento, dentro de los plazos que la Carta indicaba, con esto se quiso evitar que los fallos del Tribunal demoraran la resolución de los importantes asuntos sometidos a su jurisdicción y para ello se

²⁵ En SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo IX (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), p.12.

prescribió este plazo tan exiguo y con efecto de tanta trascendencia para el evento de que resultare excedido: la expiración en el cargo.

De acuerdo con la normativa antes referida, las competencias del Tribunal abarcaban el conocimiento de las cuestiones de constitucionalidad promovidas durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados (control preventivo). Asimismo, podía examinar la constitucionalidad de decretos con fuerza de ley y de decretos que convocaran a un plebiscito (control posterior). Igualmente podía pronunciarse sobre las inhabilidades para ser designado, permanecer o desempeñar el cargo de Ministro de Estado como resolver los reclamos en caso de que el Presidente no promulgara una ley cuando debía hacerlo o si promulgaba un texto diverso del que correspondía. Finalmente, le estaba confiada la resolución de aquellas contiendas de competencia entre órganos del Estado que determinaran las leyes²⁶.

El artículo ya mencionado, en su letra c), precisaba los efectos de las decisiones del Tribunal, efectos absolutos o *erga omnes*, señalando específicamente que: contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procedía recurso alguno y que las disposiciones declaradas inconstitucionales no podían convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trataba; además, si el Tribunal resolvía que un precepto de un proyecto de ley era constitucional y éste llegaba después a convertirse en ley de la República, la Corte Suprema no podía declararlo inconstitucional por el mismo vicio que fue objeto de la sentencia, todo lo cual conformaba la obligatoriedad legal de los fallos del Tribunal²⁷.

El Tribunal Constitucional creado en 1970, en cuanto a su carácter y naturaleza, era un órgano estatal, pues pertenecía al Estado y tenía una jerarquía similar a organismos tales como la Contraloría General de la República o el Tribunal Calificador de Elecciones; era un órgano constitucional, ya que su creación se debía al poder constituyente y en consecuencia su integración, funcionamiento y atribuciones sólo podían ser alterados mediante reforma constitucional; era un órgano jurisdiccional, porque resolvía, decidía o dirimía conflictos jurídico-políticos entre partes que, generalmente, eran poderes del Estado o representantes de ellos; era un órgano autónomo, pues se le dotó de las siguientes atribuciones orgánicas: el Tribunal Constitucional, mediante resoluciones adoptadas privativamente, dictaba las normas sobre su organización y

²⁶ EN PEÑA TORRES, MARISOL. *Cuatro Estudios de Justicia Constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 36 (2007), p. 29.

²⁷ Extraído de SILVA CIMMA, ENRIQUE. *El Tribunal Constitucional Chileno bajo la Constitución de 1925 Reformada en 1970*, Revista de Derecho, Universidad Central (1989), p. 178.

funcionamiento, resoluciones que recibían el nombre de Autos Acordados; el Tribunal, mediante Autos Acordados, dictaba las normas de procedimiento aplicables a él y además, fijaba, mediante estas resoluciones, las remuneraciones de sus miembros, el número de sus empleados y el estatuto y remuneraciones de este personal²⁸. Es relevante señalar que las decisiones del Tribunal no eran revisables y sus miembros no eran acusables en juicio político.

Se caracterizaba por ser un órgano letrado y colegiado, ya que se encontraba integrado por cinco miembros, dos de ellos designados por la Corte Suprema de entre sus miembros, en una sola votación secreta y unipersonal, tres de ellos designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado; los miembros nombrados de esta última manera debían ser abogados con un mínimo de doce años de ejercicio de la profesión y no podían tener ninguno de los impedimentos que inhabilitaban para ser designado juez; uno de ellos debía tener además el requisito de haber sido durante diez años titular de una cátedra universitaria de derecho constitucional o administrativo en alguna de las escuelas de derecho del país. Los ministros duraban cuatro años en sus funciones y podían ser reelegidos.

Fue concebido como un tribunal de derecho, ya que debía fallar con estricto rigor dentro del ordenamiento jurídico y conforme a él, salvo cuando resolvía acerca de las inhabilidades de los Ministros de Estado, para lo cual procedía como jurado en la apreciación de los hechos, esto es, en conciencia²⁹.

Gozaba de personalidad jurídica y su representante legal era su Presidente, esto último era de gran trascendencia, ya que se consagró implícitamente la calidad de persona jurídica de derecho público de un órgano³⁰.

Durante el funcionamiento del Tribunal Constitucional, hubo dos casos tremendamente conflictivos, los que dado su importancia reseñaremos a continuación.

Comenzaremos comentando uno de los fallos del Tribunal Constitucional, que posiblemente provocó mayores polémicas dado el carácter eminentemente político y contingente del asunto sometido a su decisión. Nos referimos a la sentencia sobre la inhabilidad de los Ministros de Estado. El único caso de inhabilidad para desempeñarse como Ministro de

²⁸ SILVA CIMMA, ENRIQUE. *El Tribunal Constitucional de Chile: 1971-1973*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 38 (2008), pp. 42 y 43.

²⁹ *Ibíd.*, p. 80.

³⁰ *Ibíd.*, p. 49.

Estado de que conociera el Tribunal, fue el del señor José Tohá González, quien fue suspendido por el Congreso mediante el respectivo procedimiento de acusación constitucional, del cargo de Ministro del Interior.

Mientras el señor Tohá estaba suspendido de sus funciones de Ministro del Interior, el Presidente de la República lo designó Ministro de Defensa Nacional, debido a lo cual el número constitucionalmente exigido de Senadores (diecisiete) solicitó al Tribunal Constitucional que éste declarase que el Ministro del Interior, señor Tohá González, no pudo ser designado por el Presidente de la República para servir el cargo de Ministro de Defensa Nacional, en razón de haberse producido dicho nombramiento mientras se encontraba constitucionalmente suspendido de sus funciones de Ministro de Estado y estando la acusación pendiente del pronunciamiento del Senado. La sentencia del Tribunal, de fecha 10 de febrero de 1972, declaró por cuatro votos contra uno que “*no ha lugar al requerimiento de inhabilidad deducido respecto de don José Tohá González, en cuanto éste pudo ser designado para servir el cargo de Ministro de Defensa Nacional, mientras estuvo suspendido en el cargo de Ministro del Interior*”. El principal fundamento de dicho fallo fue que en nuestra Constitución no existía disposición expresa que consagrara tal inhabilidad y el Tribunal carecía de atribuciones para crear inhabilidades o prohibiciones que no arrancaran de la ley. Los efectos de tal fallo se concretaron en un evidente reforzamiento de las atribuciones presidenciales, conforme al recto sentido de la Carta Constitucional³¹.

Otro caso de gran trascendencia fue el llamado Proyecto de Reforma Constitucional sobre las Áreas de la Economía. El 14 de octubre de 1971 fue presentado al Senado un proyecto de reforma constitucional suscrito por los Senadores demócrata-cristianos, señores Juan Hamilton y Renán Fuentealba. Esta propuesta fue una reacción de los sectores de oposición a la mayor parte de las medidas socioeconómicas adoptadas por el Ejecutivo; se perseguía aclarar normas, precisar otras y restringir en gran medida las atribuciones que a la sazón habían venido utilizándose por éste. El proyecto fue aprobado por el Congreso pleno el 19 de febrero de 1972 y el Ejecutivo procedió a hacer uso de su derecho a veto, objetando parcialmente algunas de las disposiciones; el que fue rechazado por ambas ramas del Congreso. El 10 de mayo de 1973 el Ejecutivo recurrió al Tribunal Constitucional, para que éste declarara que el proyecto de reforma constitucional no había terminado su tramitación, ya que el Congreso, al rechazar el veto, debía pronunciarse acerca

³¹ Ver SILVA CIMMA, ENRIQUE. *El Tribunal Constitucional de Chile: 1971-1973*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 38 (2008), pp. 79 a 95.

de si insistía o no en la primitiva redacción dada al proyecto, insistencia que sólo sería posible si obtenía votos de los dos tercios de los miembros presentes de cada cámara. La mayoría del Congreso, en cambio, sostenía que rechazados los vetos por el voto conforme de la mayoría de los diputados o senadores en actual ejercicio, procedía remitir el proyecto al ejecutivo quien debía: promulgar acatando la voluntad mayoritaria del Congreso o llamar a plebiscito consultando sobre la discrepancia suscitada entre uno y otro órgano constituyente. Finalmente, el fondo del asunto constitucional no llegó a dilucidarse, porque el Tribunal Constitucional en fallo del 30 de mayo de 1973, por tres votos contra uno y un voto por una tesis distinta, se declaró incompetente para conocer de él, argumentando que el artículo 78, letra b), párrafo a), autorizaba al Tribunal para resolver las cuestiones de constitucionalidad que se suscitaban durante la tramitación de los proyectos de ley, disposición que estaba limitada a los proyectos de ley ordinaria y no comprendía las reformas constitucionales. La sentencia del Tribunal Constitucional dejó en evidencia que no existía en el sistema jurídico constitucional chileno organismo que estuviera facultado para dilucidar, en el plano del derecho, el conflicto que se había generado entre el Ejecutivo y el Congreso, acerca de cómo debían interpretarse los preceptos sobre reforma constitucional que consagraban los artículos 108 y 109 de la Constitución Política del Estado³².

En resumen, el Tribunal Constitucional conoció un total de 17 requerimientos, diez de estos fueron formulados en virtud del artículo 78, letra a), el cual le permitía resolver las cuestiones sobre proyectos de ley y tratados sometidos a la aprobación del Congreso Nacional; un requerimiento fue formulado en base a la letra b) del mencionado artículo, es decir, cuestiones que se suscitaban sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley; otro requerimiento se fundó en la letra d) del artículo 78, referido a la resolución acerca de las inhabilidades constitucionales o legales que afectaran a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones y finalmente cinco requerimientos tuvieron como antecedente la letra e) del artículo 78, que versaba sobre la reclamación en contra del Presidente de la República por no promulgar una ley cuando debía hacerlo, o por promulgar un texto diverso del que constitucionalmente correspondía. En virtud de lo anteriormente señalado, esta Magistratura dictó 17 sentencias, antes de ser suprimida mediante el

³² Para profundizar esta materia ver SILVA CIMMA, ENRIQUE. *El Tribunal Constitucional de Chile: 1971-1973*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 38 (2008), pp. 114 a 154.

Decreto Ley N° 119, publicado en el Diario Oficial el 5 de noviembre de 1973, que invocó como motivos el no estar en funcionamiento el Congreso Nacional y el considerarlo un órgano innecesario³³.

En su corta vida, dicho órgano desarrolló una importante actividad centrada esencialmente en materia de control de constitucionalidad de proyectos de ley y de tratados internacionales. Durante su vigencia el Tribunal generó fuertes polémicas y críticas a sus decisiones. La gran mayoría de esas críticas estaban asociadas a algunos fallos emitidos en circunstancias políticas de mucha tensión³⁴, pero en opinión de los señores Nogueira Alcalá y Cumplido Cereceda, aún cuando dos materias resueltas por el Tribunal causaron fuerte discusión, su labor se desarrolló adecuadamente³⁵.

Por último, es relevante mencionar que el establecimiento del Tribunal Constitucional significó un importante avance en la protección del Estado de Derecho, puesto que llenó el vacío hasta entonces existente en lo relativo a la solución de conflictos constitucionales entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional³⁶.

IV. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980

En la Carta de 1980, antes de la reforma introducida por la Ley N° 20.050, de agosto de 2005, el control de constitucionalidad se ejercía a través de un doble control concentrado, radicado en el Tribunal Constitucional y en la Corte Suprema de Justicia: el primero, por regla general preventivo y de efectos generales; el segundo, de carácter represivo y efectos *inter partes*³⁷.

³³ Apuntado en VELOSO VILLARREAL, HÉCTOR. *Tribunal Constitucional de 1970: Facultad para Controlar la Constitucionalidad de la Ley: Análisis*, Memoria de Prueba, Universidad de Concepción (1992), pp. 6 y 7.

³⁴ Manifestado por GÓMEZ BERNALES, GASTÓN. *Control de Constitucionalidad y el Tribunal Constitucional en Cuadernos de Análisis Jurídico*, Universidad Diego Portales (1996), p. 34.

³⁵ EN NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO. *Instituciones Políticas y Teoría Constitucional* (Talca, Editorial Universidad de Talca, 2001), Tomo II, p. 210.

³⁶ Comentario efectuado por PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. *La Supremacía Constitucional y su Control: el Caso Chileno*, Revista de Derecho, Universidad Central (1991), p. 140.

³⁷ Reseñado en NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *Tópicos sobre Jurisdicción Constitucional y Tribunales Constitucionales*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 14 (2003), p. 62.

1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL TEXTO ORIGINAL DE LA CARTA DE 1980³⁸

La Constitución en análisis mantenía la idea concretada en la de 1925, reformada en 1970, de establecer un Tribunal Constitucional encargado del control de constitucionalidad de los actos estatales que indica, cautelando el principio de la supremacía de la Constitución³⁹, por lo cual, nos remitimos a lo expresado a propósito del Tribunal de 1970, con las precisiones que a continuación se indicarán.

La reforma de 1970, incorporó al Tribunal Constitucional dentro del capítulo IV, de modo que éste (que incluía ya al Tribunal Calificador de Elecciones) comprendió también el régimen del nuevo organismo, la Constitución de 1980 le consagraba, entre tanto, un capítulo especial, el VII, titulado “Tribunal Constitucional” (artículos 81 a 83)⁴⁰.

Este órgano inició su labor el 18 de mayo de 1981 y en cumplimiento del mandato constitucional (artículo 81, inciso final) se dictó, en el mismo año, la Ley Orgánica Constitucional N° 17.997, relativa al Tribunal Constitucional, que entre otros aspectos se refiere a su planta, remuneraciones, estatuto personal, organización y funcionamiento⁴¹.

El Tribunal Constitucional estaba integrado por siete miembros, en lugar de los cinco que establecía la Constitución de 1925, modificándose también la forma de designación prescrita en ella, la duración en el cargo de los ministros y la competencia de dicha Magistratura.

Al efecto, el nuevo Tribunal, estaba compuesto por tres ministros de la Corte Suprema, elegidos por ella, por mayoría absoluta, en votaciones sucesivas y secretas, un abogado designado por el Presidente de la República, dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional, y un abogado elegido por el Senado, por la mayoría en ejercicio⁴². Es del caso señalar, que en el Tribunal de 1970, los dos integrantes que procedían de la Corte Suprema, eran elegidos por ésta mediante una votación simultánea, en cambio, la Constitución de 1980 estableció votaciones sucesivas. La diferencia estriba en que mediante una sola votación

³⁸ Sobre el tema ver SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), Tomo IX, pp. 9 a 184.

³⁹ Manifestado por NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO. *Instituciones Políticas y Teoría Constitucional* (Talca, Editorial Universidad de Talca, 2001), Tomo II, p. 247.

⁴⁰ En SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), Tomo IX, p. 30.

⁴¹ Indicado por PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. *El Tribunal Constitucional*, Revista de Derecho, Universidad Central (1989), p. 148.

⁴² Ver SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), Tomo IX, pp. 33 a 37.

hay posibilidades de que junto con aquellos que cuentan con el apoyo de la mayoría, salgan otras personas con apoyo más reducido. Esto permite mayor representatividad. En cambio, cuando las votaciones son sucesivas, la misma mayoría designa todas las vacantes⁴³.

Los miembros que requerían la calidad de abogado debían tener a lo menos quince años de título, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública y, no tener impedimento alguno que lo inhabilitara para desempeñar el cargo de juez⁴⁴. En el caso de los abogados designados por el Presidente de la República y el Senado, requerían además haber sido abogados integrantes de la Corte Suprema por tres años consecutivos, a lo menos. El texto primitivo del artículo 81 fue modificado por la Ley N° 19.541, publicada en el Diario oficial el 22 de diciembre de 1997, para eliminar de su inciso segundo la oración final “*además, en los casos de las letras b y d, deberán ser personas que sean o hayan sido abogados integrantes de la Corte Suprema por tres años consecutivos, a lo menos*”⁴⁵.

Como señala el profesor Nogueira Alcalá, de acuerdo al artículo 81 de la Constitución de 1980, se duplicó el período de permanencia en el cargo de ministro determinado en la Carta de 1925, pasando de cuatro a ocho años, renovándose por parcialidades cada cuatro años y siendo inamovibles. Es necesario precisar, que la Constitución en análisis agregó una nueva limitante a la duración del mandato de los ministros, al determinar que se les aplica el artículo 77, inciso segundo, de la Constitución, que determina el retiro obligatorio de los magistrados al cumplir setenta y cinco años de edad, como lo explicita el artículo 81, inciso cuarto, de la Carta Fundamental. El Texto Constitucional en estudio nada establece sobre la reelección de los magistrados del Tribunal Constitucional, en cambio, el artículo 2 de la Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, posibilita la reelección inmediata. En el referido artículo 81 se indicaban, además las incompatibilidades de los magistrados y se detallaba el funcionamiento del Tribunal⁴⁶.

En general, en la Constitución de 1980, las atribuciones otorgadas al Tribunal Constitucional aumentaron y se perfeccionaron las existentes

⁴³ EN GÓMEZ BERNALES, GASTÓN. *Control de Constitucionalidad y el Tribunal Constitucional*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales (1996), p. 38.

⁴⁴ Extraído de SAENGER GIANONI, FERNANDO. *Reformas Constitucionales propuestas para el Tribunal Constitucional*, Ius et Praxis, Universidad de Talca (2002), p. 374.

⁴⁵ Indicado por PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. *Reformas Constitucionales 2005 Antecedentes-Debates-Informes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), p. 336.

⁴⁶ EN NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *Los Tribunales Constitucionales de Sudamérica a principios del Siglo XXI*, Ius et Praxis, Universidad de Talca (2003), pp. 112 y 114.

bajo la vigencia del Tribunal Constitucional nacido de la reforma de 1970, llenando los vacíos que pudieron constatarse durante su vigencia⁴⁷. El control de constitucionalidad de las normas jurídicas abarcaba nuevas materias, ellas eran las siguientes: resolver las cuestiones de constitucionalidad que se suscitaban respecto de un proyecto de reforma constitucional (artículo 82, número 2); el control obligatorio y preventivo de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpretaran algún precepto de la Constitución (artículo 82, número 1), resolver las cuestiones que se suscitaban sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley (artículo 82 número 3), resolver los reclamos en caso que el Presidente de la República dictara un decreto inconstitucional (artículo 82, número 5), resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando fuera requerido por el Presidente (artículo 82, número 6), resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refirieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60 (artículo 82, número 12).

Aumentó también el ámbito de las competencias en materia de organización institucional, ya que además de las contempladas en la Carta de 1925, referentes a las inhabilidades constitucionales y legales que afectasen a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones, se agregaron las de pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios (artículo 82 número 11) y la de informar al Senado en los casos en que éste debía pronunciarse declarando la inhabilidad del Presidente de la República o del Presidente electo cuando un impedimento físico o mental lo inhabilitara para el ejercicio de sus funciones o declarar si los motivos en que se originaba la dimisión del Presidente de la República eran o no fundados y, en consecuencia, admitirla o desecharla (artículo 82, número 9).

Sin embargo, el colegislador de 1980 restó al Tribunal Constitucional la competencia que le había otorgado el constituyente derivado de 1970, de resolver las contiendas de competencia que determinarían las leyes, que es una atribución de la esencia de un Tribunal Constitucional.

⁴⁷ Prevención del siguiente texto: NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO. *Instituciones Políticas y Teoría Constitucional*, Tomo II (Talca, Editorial Universidad de Talca, 2001), p. 250.

Por último, en la Carta de 1980 se le entregó un ámbito competencial nuevo, de carácter sancionador, como es el de declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo, determinar la responsabilidad y sanción de las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad (artículo 82, número 7)⁴⁸. No está demás agregar que las competencias del Tribunal Constitucional Chileno se caracterizan por ser determinadas constitucionalmente, de carácter taxativo, exclusivas, improrrogables e indelegables y de ejercicio inexcusable⁴⁹.

El Tribunal Constitucional ejercía un control preventivo obligatorio para ciertos tipos de leyes (las orgánicas constitucionales y las interpretativas de la Constitución), y un control a requerimiento de órganos especificados, siguiendo el modelo francés, en el resto de los proyectos de ley. Las autoridades que podían requerir al Tribunal eran: el Presidente de la República, cualquiera de las dos ramas del Congreso Nacional o un número no inferior a la cuarta parte de los miembros en ejercicio del Senado o de la Cámara de Diputados⁵⁰. El control de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional era represivo o *a posteriori*, en el caso de los decretos con fuerza de ley o decretos reglamentarios, simples decretos supremos o reglamentos autónomos⁵¹.

Al igual que en el Tribunal establecido en 1970, el control de constitucionalidad que ejercía este órgano tenía un efecto general y absoluto (*erga omnes*), la norma cuestionada no podía entrar en vigencia si se trataba de control *a priori* o ella era declarada nula si se trataba de control *a posteriori*. En ambos casos la aplicación de la norma declarada inconstitucional era jurídicamente imposible⁵².

⁴⁸ El comentado número 7 del artículo 82 fue establecido por la Ley N° 18.825, publicada en el Diario Oficial el 17 de agosto de 1989, y vino a reemplazar el antiguo texto de dicho número que establecía lo que sigue: “*Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones, y de los movimientos o partidos políticos, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 8° de esta Constitución*”.

⁴⁹ Observación realizada en NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *Los Tribunales Constitucionales de Sudamérica a principios del Siglo XXI*, Ius et Praxis, Universidad de Talca (2003), pp. 84.

⁵⁰ En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO. *Instituciones Políticas y Teoría Constitucional* (Talca, Editorial Universidad de Talca, 2001), Tomo II, p. 210 y 211.

⁵¹ Expuesto en NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *Las Competencias de los Tribunales Constitucionales de América del Sur*, Ius et Praxis, Universidad de Talca, (2002), p. 79.

⁵² Dicho en NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO. *Instituciones Políticas y Teoría Constitucional* (Talca, Editorial Universidad de Talca, 2001), Tomo II, p. 251.

El artículo 83 de la Carta de 1980 contenía ciertas innovaciones en esta materia, a saber: el mismo Tribunal, conforme a la ley, podía rectificar errores de hecho en que hubiere incurrido. Y en los casos de los números 5 y 12 del artículo 82, el decreto supremo impugnado quedaba sin efecto de pleno derecho, con el sólo mérito de la sentencia del Tribunal que acogía el reclamo.

El Tribunal Constitucional dictó 465 sentencias hasta el 26 de febrero de 2006, fecha en que comenzó a regir la gran reforma, efectuada en agosto del año 2005⁵³.

Este Tribunal operó en dos contextos: el del autoritarismo (1981-1990) y el de la democracia restaurada (1990-2005)⁵⁴. Siguiendo al profesor Cea Egaña, podemos decir que su labor estuvo centrada en resolver los conflictos y cuestiones trabadas entre los órganos de jerarquía suprema, sobre todo del primer mandatario con el Congreso Nacional, a raíz de la tramitación o el contenido de las leyes. No se preocupó, al menos con carácter directo y primordial, de la defensa de los derechos fundamentales. Lo cierto, es que el Tribunal sirvió dignamente a sus funciones y, más aún, se prestigió por los fallos que permitieron salir del autoritarismo y transitar a la democracia. Desde 1990, además, comenzó a tutelar los derechos humanos, cierto que esporádica y tímidamente. En los últimos cuatro años entró, más resuelta y frecuentemente, a cautelar esos atributos inalienables de la persona humana. En resumen, el Tribunal cumplió dignamente sus funciones, contribuyendo a consolidar la Constitución, a modernizar la interpretación jurídica en Chile y a justificar la justicia constitucional como elemento esencial del Estado democrático moderno⁵⁵.

2. LA CORTE SUPREMA Y EL RECURSO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

El texto original de la Constitución de 1980 mantuvo un control represivo de constitucionalidad de los preceptos legales en forma concentrada y con efectos inter partes en la Corte Suprema de Justicia, a través del denominado “recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, establecido en el artículo 80 de la Carta Fundamental, precepto que seguía la línea general establecida en el artículo 86, inciso segundo, de la Constitución de

⁵³ En CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *Escritos de Justicia Constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 35 (2007), p. 87.

⁵⁴ Indicación efectuada en ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Control de Constitucionalidad y Sentencia*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 34 (2006), p. 11.

⁵⁵ Comentario extraído de CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *Escritos de Justicia Constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 35 (2007), p. 88.

1925, motivo por el cual, nos remitimos a lo señalado al comentar dicho precepto, con las consideraciones que a continuación se expresan.

El artículo 80 modificó el antiguo texto de la Constitución de 1925, ampliándolo considerablemente. En efecto, de la lectura de dicha norma se desprende que existían tres formas o maneras de declarar la inaplicabilidad de un precepto legal, ellas podían ser las siguientes: actuando la Corte Suprema, a) de oficio en las materias de que conociera, lo que podía ocurrir conociendo casaciones civiles y criminales, amparos e incluso en asuntos administrativos, lo importante es que estuviera conociendo de alguna materia. Si bien en la Constitución de 1980 se explicitaba la facultad de la Corte Suprema para proceder de oficio⁵⁶, ésta fue mezquina en el uso de tan importante facultad⁵⁷; b) A petición de parte en las materias de que conociera, es lo que se denominó la Petición de Inaplicabilidad, institución nueva, ya que no la consagraba la Constitución de 1925⁵⁸; c) En recurso interpuesto en cualquier gestión que se siguiera en otro tribunal, esta era la manera más frecuente de plantear una inaplicabilidad, sin discusión, el 99% de los asuntos en esta materia se realizaba mediante esta vía⁵⁹.

La disposición en comento señalaba que el control de constitucionalidad de los preceptos legales sólo los declaraba inaplicables en una “gestión” judicial concreta, ya no se utilizaba la palabra “juicio” como versaba la Carta de 1925, no dejando duda alguna de que podía declararse inaplicable un precepto de rango legal en una gestión judicial no contenciosa⁶⁰. Además, se reemplazó la expresión “casos particulares”, contenido en el artículo 86 del Texto Político de 1925, por la expresión “materias”, precisamente para ampliar y extender las atribuciones de la Corte, de tal manera, que este alto Tribunal pudiera declarar la inconstitucionalidad en cualquier asunto que estuviera conociendo⁶¹.

⁵⁶ En PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. *La Supremacía Constitucional y su Control: el Caso Chileno*, Revista de Derecho, Universidad Central (1991), p. 143.

⁵⁷ Aseverado por SAENGER GIANONI, FERNANDO. *Veinte Años de Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad*, Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción (2002), p. 45.

⁵⁸ Antecedente reseñado en BULNES ALDUNATE, LUZ. *El Recurso de Inaplicabilidad en la Constitución de 1980*, Gaceta Jurídica, (1983), p. 5.

⁵⁹ Dato plasmado en SAENGER GIANONI, FERNANDO. *Veinte Años de Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad*, Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción (2002), p. 38.

⁶⁰ Expresado en NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *Los Tribunales Constitucionales de Sudamérica a principios del Siglo XXI*, Ius et Praxis, Universidad de Talca (2003), p. 81.

⁶¹ En BULNES ALDUNATE, LUZ. *El Recurso de Inaplicabilidad en la Constitución de 1980*, Gaceta Jurídica (1983), p. 5.

Otra novedad que introdujo la Constitución de 1980, fue que se concedió a la Corte Suprema la facultad de ordenar la suspensión del procedimiento en la gestión judicial en que recaía la cuestión de inaplicabilidad, mientras ésta se tramitaba y sentenciaba en la Corte, lo que tenía por finalidad proteger el derecho del recurrente, en orden a que no se produjera un fallo adverso fundado en una legislación inconstitucional⁶².

Continuando con nuestro análisis, resulta destacable que, el punto de conexión entre el control preventivo encargado al Tribunal Constitucional y el control a posteriori ejercido por la Corte Suprema, se encontraba en el artículo 83, inciso tercero, del Texto Político de 1980, que reprodujo la solución adoptada en 1970, prescribiendo que en caso que el Tribunal Constitucional hubiera resuelto que un precepto legal determinado se ajustaba a la Constitución, la Corte Suprema no podía declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia⁶³.

Si evaluamos la actividad desarrollada por la Corte Suprema respecto del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en opinión del profesor Saenger Gianoni, ella actuó con un criterio muy cuidadoso y con extrema delicadeza, sin asumir plenamente las facultades constitucionales en el examen de dicho recurso. Aplicó un criterio conservador y estrictamente literal entre la ley y la Constitución⁶⁴.

Durante la vigencia de la Constitución de 1980 la Corte Suprema se mantuvo en su histórica posición, en orden a no aceptar posibles recursos de inaplicabilidad, desde el punto de vista formal, esto es, por cuestiones relativas a la formación de la ley. El Tribunal Supremo insistió en que la inaplicabilidad sólo tenía que ver con lo sustantivo de la Constitución y no con lo adjetivo⁶⁵. Por lo demás, con las amplias facultades del Tribunal Constitucional, es lógico que existieran menos

⁶² Mencionado en EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE. *La Inaplicabilidad de los Preceptos Legales*, Temas de Derecho, Universidad Gabriela Mistral (1987), p. 5.

⁶³ En BERTELSEN REPETTO, RAÚL. *Análisis y Revisión del Recurso de Inaplicabilidad (Modelo y Jurisprudencia)*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales (1999), p. 162.

⁶⁴ Razonamiento del profesor SAENGER GIANONI, FERNANDO, planteado en su artículo: *Veinte Años de Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad*, Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción (2002), p. 67.

⁶⁵ Sobre el tema resulta interesante ver VARAS ALFONSO, PAULINO. *Elementos para determinar si el Recurso de Inaplicabilidad de Forma también queda comprendido dentro de la órbita de aplicación del artículo 80 de la Carta Fundamental*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile (1996), pp. 107 a 117. Pudiera pensarse que si la inaplicabilidad que conocía la Corte Suprema era un control concreto, ésta se encontraba en lo correcto al negarse a conocer los vicios de forma, idea que dejamos planteada y que desarrollaremos en extenso en el capítulo III de este trabajo.

posibilidades de promulgarse y publicarse una ley que adoleciera de vicios formales⁶⁶. Por su parte, el señor Bertelsen Repetto sostiene que faltó continuidad y un desenvolvimiento progresivo en las doctrinas constitucionales de la Corte Suprema. En más de un caso, la Corte cambió de criterio y disposiciones legales que fueron en su momento juzgadas inconstitucionales, luego fueron aceptadas como conformes a la Constitución⁶⁷.

Por último, precisemos que en el actuar de dicha Corte, existió una materia que presentó una notable variación a través del tiempo. Así, bajo la plena vigencia de la Constitución de 1925, la Corte admitía la utilización del recurso de inaplicabilidad para impugnar leyes anteriores al precepto constitucional con el que resultaban contradictorias, posición que se mantuvo hasta 1978, año en que en un fallo de sumo interés y de gran trascendencia, frente a un recurso de inaplicabilidad presentado por la Empresa Nacional de Electricidad, la Corte Suprema declaró que “*la materia de que una ley anterior sea contraria a una Constitución posterior no es propia del recurso de inaplicabilidad, sino que se trata de un problema de derogación de leyes que corresponde estudiar a los jueces de fondo*”. Al comenzar a regir la Carta de 1980, en general, la Corte mantuvo este criterio, pero en el año 1990, a propósito del caso Campos Canales, uno de los numerosísimos recursos de inaplicabilidad en que se ha atacado el Decreto Ley N° 2.695, la Corte Suprema cambió su doctrina y volvió a admitir sin reservas el examen vía inaplicabilidad de la oposición a la Constitución de preceptos legales anteriores a ésta⁶⁸.

⁶⁶ Manifestado en SAENGER GIANONI, FERNANDO. *Veinte Años de Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad*, Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción (2002), p. 43.

⁶⁷ Expuesto en BERTELSEN REPETTO, RAÚL. *Análisis y Revisión del Recurso de Inaplicabilidad (Modelo y Jurisprudencia)*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales (1999), p. 179.

⁶⁸ En BERTELSEN REPETTO, RAÚL. *Análisis y Revisión del Recurso de Inaplicabilidad (Modelo y Jurisprudencia)*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales (1999), p. 169. Y en BULNES ALDUNATE, LUZ. *El Recurso de Inaplicabilidad en la Constitución de 1980*, Gaceta Jurídica (1983), p. 8.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA LEY N° 20.050

I. ANTECEDENTES

Desde su entrada en vigencia el 11 de marzo de 1981 la Constitución Política de la República ha sido objeto de sucesivas reformas. La primera plebiscitada en 1989, selló el pacto constitucional entre el Gobierno Militar y la Concertación de Partidos por la Democracia al introducir 54 enmiendas a la Carta primitiva, la cual comenzó a regir en plenitud el 11 de marzo de 1990⁶⁹.

Como señala el profesor Pfeffer Urquiaga “*con sujeción al procedimiento de reforma previsto en su articulado siguieron luego otras modificaciones acordadas por los órganos integrantes del poder constituyente derivado o instituido. Todas ellas, sin embargo, dan cuenta de cambios político-institucionales parciales que, con mayor o menor alcance, modifican aspectos puntuales de orden constitucional*”⁷⁰.

La reforma de 2005, materializada en la Ley N° 20.050⁷¹, se apartó de esta tendencia, al acordarse 58 enmiendas, que inciden en 12 capítulos de la Carta Fundamental, en especial, su parte orgánica.

Dicha reforma tuvo su origen en una moción de la Alianza por Chile, presentada por los senadores Chadwick, Díez, Larraín y Romero, seguida inmediatamente de otra de la Concertación, efectuada por los

⁶⁹ En PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. *Reformas Constitucionales 2005 Antecedentes - Debates - Informes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), p. 9.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Promulgada el 18 de agosto de 2005 y publicada en el Diario Oficial el 26 del mismo mes y año.

senadores Bitar, Hamilton, Silva y Viera-Gallo, ambas presentadas el año 2000 en el Senado⁷².

Como puede leerse del Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el objetivo general y común de las mociones fue perfeccionar el texto de la Constitución Política, de acuerdo a la evaluación que de su funcionamiento podía hacerse luego de veinte años de vigencia. Al mismo tiempo, se pretendían superar las divergencias existentes en relación a algunas de sus instituciones, para contribuir a cerrar el período de transición política iniciado luego de la instauración del régimen democrático el 11 de marzo de 1990⁷³.

En líneas generales, estas reformas fortalecieron la democracia constitucional imperante en el país.

Según el profesor Gómez Bernaldes desde el punto de vista democrático, se acentuó la legitimidad del procedimiento democrático a través del fortalecimiento de las comisiones investigadoras, del tratamiento del sistema electoral, de la modificación de las normas sobre ciudadanía y nacionalidad, de la exclusión de los militares de la política, circunscribiendo al Consejo de Seguridad Nacional a tareas de asesoría (preponderantemente) de seguridad nacional, de la facultad que se otorgó al Presidente para llamar a retiro a los comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y Carabineros, entre otras reformas significativas.

Desde el punto de vista del constitucionalismo, la reforma vigorizó el cuadro de derechos fundamentales de que son titulares las personas, los estados de excepción cambiaron íntegramente sus características y, sobre todo, se modificó sustancialmente la jurisdicción constitucional.

Se creó una genuina y concentrada jurisdicción constitucional atribuyendo al Tribunal Constitucional, desde ahora, el monopolio de la inaplicación e invalidación de leyes en el ordenamiento jurídico chileno.

Se trata de una reforma profunda que apuntó a perfeccionar el carácter normativo de la Constitución y que puso fin a la jurisdicción constitucional mixta que se instaló durante la vigencia de la Constitución de 1925 y que heredó la Constitución de 1980⁷⁴.

Continuando con este planteamiento, en opinión del profesor Pfeffer Urquiaga “*de las numerosas modificaciones a la Carta de 1980 cursadas después*

⁷² La primera presentada el 4 de julio y la segunda el 6 del mismo mes.

⁷³ Boletines N° 2.526-07 y 2.534-07, de 6 de noviembre de 2001.

⁷⁴ Ver GÓMEZ BERNALDES, GASTÓN. *La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional: El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno*, pp. 651 y 652. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005).

de la consulta plebiscitaria de 1989 es, sin duda, la recién citada, no sólo la más extensa, sino además la más trascendental, en cuanto no sólo se robustece por ella y por las numerosas reformas que la preceden, su característica democrática, sino que se incorporan perfeccionamientos aconsejables como resultado de la experiencia de dieciséis años de gobierno libre⁷⁵.

No existe antecedente de una modificación tan profunda y sustancial introducida a un Código Político que haya tenido su origen en iniciativas parlamentarias, por lo que la reforma en cuestión puso de relieve el trascendente rol que en nuestro sistema político desempeñan el Senado y la Cámara de Diputados⁷⁶, durante el tratamiento del presente capítulo, daremos cuenta del significativo aporte que tuvo dicha Cámara y el veto presidencial en la regulación de importantes materias.

Debido a la abundancia de temas que se abordaron en esta reforma, hay quienes se atreven a sostener que luego del año 2005 estamos en presencia de una nueva Carta Fundamental, sin embargo, la mayoría es cautelosa en el tema, afirmando que se trata de una reforma importante y sustancial que se introdujo al Texto de 1980, pero que no permite hablar de una nueva Constitución, posición esta última, en la que nos incluimos⁷⁷.

Para finalizar, podemos señalar que a nuestro entender y vistos los acontecimientos políticos y sociales de los últimos años, la Ley N° 20.050 dejó temas trascendentales sin tratar, como las reformas sobre el derecho a la educación, el sistema político y el sistema electoral, sólo por mencionar algunos. Además, incorporó mecanismos que a poco andar fueron repudiados, como por ejemplo, el sistema de reemplazo de los parlamentarios.

Por lo tanto, a seis años de la reforma, si bien ella constituye un avance significativo en muchos aspectos, las modificaciones de la ley analizada han resultado insuficientes.

⁷⁵ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. *Reformas Constitucionales 2005 Antecedentes - Debates - Informes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), p. 7.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Esta última tesis es seguida, entre otros, por el profesor José Luis Cea Egaña en su texto *¡Finalmente, la Constitución fue Reformada!*, Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado (2005), pp. 49 a 51. También por el profesor CARLOS CRUZ-COKE OSSA en *Ley n° 20.050, del 26 de agosto de 2005, sobre Reforma Constitucional*, Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo, (2006), p. 43. Sobre el tema, ver la opinión del profesor ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN en su obra *El Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de 2005*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 68 (2006), p. 11.

II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA LEY N° 20.050⁷⁸

I. INTEGRACIÓN

Desde el año 2005, estas materias se encuentran reguladas en el artículo 92 de la Constitución Política⁷⁹.

En un primer aspecto diremos que el Tribunal Constitucional pasa a estar integrado por diez miembros⁸⁰, en lugar de los siete que establecía el texto original de 1980.

Al revisar las mociones, observamos que en el proyecto de la Alianza por Chile se proponía aumentar a nueve la composición del Tribunal Constitucional⁸¹, mientras que en el de la Concertación, se mantenía el número de siete miembros⁸². Así, en el curso de una larga tramitación, se fue consensuando una fórmula simple y pragmática que consistió en elevar a nueve el número de integrantes del Tribunal Constitucional, atribuyendo tres a cada uno de los siguientes órganos: el Presidente de la República, el Senado y la Corte Suprema.

Fue en el segundo trámite constitucional, en la Cámara de Diputados, donde se incorporó a esta última como partícipe en el proceso de designación de los miembros del Tribunal Constitucional⁸³, elevando a diez el número de sus integrantes. La modificación de la Cámara fue aprobada por el Senado, en el tercer trámite constitucional del proyecto y refrendada por el Presidente de la República, dando origen al nuevo texto del artículo 92⁸⁴.

Para aumentar el número de miembros, en la discusión legislativa se tuvo a la vista los textos constitucionales de Alemania, Colombia, Costa

⁷⁸ Respecto del Capítulo VIII de la Constitución Política de la República, referente al Tribunal Constitucional, la reforma empezó a regir el 27 de febrero de 2006.

⁷⁹ Que reemplaza el contenido del primitivo artículo 81 de la Constitución Política de la República de 1980.

⁸⁰ Llama la atención el que se haya optado por un número par de integrantes, algo inusual para un Tribunal.

⁸¹ Moción Parlamentaria. Boletín N° 2.526-07, de 4 de julio de 2000.

⁸² Moción Parlamentaria. Boletín N° 2.534-07, de 4 de julio de 2000.

⁸³ Punto sobre el que volveremos posteriormente.

⁸⁴ Ver RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. *El Nuevo Tribunal Constitucional*, p. 634. En ZÚNIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005). Precisemos que en la discusión en el Congreso no existen mayores antecedentes de por qué el número elegido fue de diez miembros.

Rica, España, Francia e Italia, analizando la integración de los Tribunales Constitucionales de esos países⁸⁵.

En la Comisión de Constitución del Senado se recogieron opiniones e informes sobre la materia, por lo que resulta apropiado reproducir algunos de ellos en su aspecto medular.

El principal argumento esgrimido para elevar el número de miembros del Tribunal, fue el aumento de la competencia que tendría dicho órgano, por lo cual se hizo necesario aumentar también la cantidad de ministros que lo integraba.

Así, en el curso del debate parlamentario, el ministro del Tribunal Constitucional señor Eugenio Valenzuela Somarriva, señaló la conveniencia de elevar el número de miembros del Tribunal Constitucional, atendidas las nuevas atribuciones que se le asignarían a dicho órgano, una de ellas de trascendental importancia y que demandaría mucho trabajo: el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad⁸⁶.

En un informe emitido por el Tribunal Constitucional, dicho órgano señaló como necesario y conveniente elevar el número de miembros, de siete a nueve, en atención a las nuevas atribuciones que se le podrían entregar, que representarían una mayor carga de trabajo en el cumplimiento de las funciones propias de esta Magistratura⁸⁷.

Hagamos presente que, en nuestra opinión, si bien se eleva el número de integrantes del Tribunal, en razón de las nuevas competencias que se encargan a este órgano, como la mayoría de dichas materias son atribución del pleno⁸⁸, es necesario que para conocer del asunto se logre un quórum para sesionar de al menos ocho miembros⁸⁹, tornándose imposible repartir la carga laboral de los ministros del Tribunal, con lo que se pierde parcialmente el efecto inicialmente querido.

Sin perjuicio de lo anterior, es relevante señalar que el aumento en el número de miembros del Tribunal favorece su funcionamiento en

⁸⁵ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletines N° 2.526-07 y 2.534-07, de 6 de noviembre de 2001.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletines N° 2.526-07 y 2.534-07, de 6 de noviembre de 2001. Opinión dada por el Tribunal Constitucional en sesiones celebradas los días 24 de enero y 7 de marzo de 2001.

⁸⁸ Sobre este tema ver el artículo 31 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que señala qué materias son competencia del pleno del Tribunal Constitucional.

⁸⁹ Así se desprende del artículo 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al disponer que “*El Tribunal funcionará en pleno o dividido en dos salas. En el primer caso, el quórum para sesionar será de, a lo menos, ocho miembros, y en el segundo de, a lo menos, cuatro (...)*”.

salas, las que juegan un rol trascendental en la acción de inaplicabilidad, al estar a cargo de su admisibilidad⁹⁰, por lo que en este aspecto sí cobra importancia el aumento en la cantidad de ministros del Tribunal Constitucional, logrando una eficiente distribución del trabajo en esta materia⁹¹.

2. DESIGNACIÓN

De acuerdo a la reforma del año 2005, tres ministros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Presidente de la República, cuatro son designados por el Congreso Nacional⁹² y tres son nombrados por la Corte Suprema, estos últimos elegidos en una votación secreta que se celebra en sesión especialmente convocada para tal efecto⁹³.

Por lo tanto, relacionando la normativa vigente con el texto original de 1980, se mantienen los 3 miembros designados por la Corte Suprema, se aumenta de uno a tres los abogados designados por el Presidente de la República y se aumenta de uno a cuatro los designados por el Congreso Nacional, permitiendo a la Cámara de Diputados intervenir en la designación de dos miembros, lo que es nuevo, ya que antes de la reforma, el Congreso tenía participación en un solo nombramiento que era efectuado por el Senado. Como contrapartida se elimina la facultad del Consejo de Seguridad Nacional de designar a dos ministros del Tribunal, tema sobre el que volveremos luego.

Sobre esta nueva atribución de la Cámara Baja y siguiendo al profesor Gómez Bernaldes diremos que “(...) *la justificación de dotar a la Cámara de una facultad como ésta reside en que si el Tribunal Constitucional tiene como función resolver conflictos jurídicos entre, eventualmente, las cámaras y el presidente o entre mayorías y minorías, y estos poderes designan*

⁹⁰ Al efecto, el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional precisa que “*Corresponderá a las salas del Tribunal: 1. Pronunciarse sobre las admisibilidades que no sean competencia del pleno (...)*”. Complementando lo anterior, el artículo 83 del mismo texto legal dispone que “*(...) la sala que corresponda examinará la admisibilidad de la cuestión de inaplicabilidad*”.

⁹¹ Un tema en el que no nos detendremos, pero que consideramos necesario mencionar, dice relación con los criterios de admisibilidad de la cuestión de inaplicabilidad. Así, durante el año 2010, la primera sala del Tribunal Constitucional declaró admisibles 66 requerimientos de inaplicabilidad e inadmisibles 36, mientras que la segunda sala declaró admisibles 42 e inadmisibles 33 requerimientos. Fuente: Cuenta Pública del Tribunal Constitucional, del mencionado año.

⁹² Dos nombrados directamente por el Senado, dos propuestos previamente por la Cámara de Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado.

⁹³ En el antiguo Texto Constitucional las votaciones realizadas por el Máximo Tribunal eran sucesivas y secretas.

*integrantes, lo lógico es que la Cámara designe también ministros, porque, de otro modo, su posición frente a cualquier conflicto de esta especie queda desmejorada (...)*⁹⁴.

En este punto, es preciso señalar una dificultad que se puede presentar en la práctica debido a la falta de agudeza del legislador al regular esta forma de designación. Ella consiste en que el Senado, sólo puede aprobar o rechazar la propuesta de la Cámara de Diputados, sin facultad para modificar nombramiento alguno. De esta forma, si el Senado rechaza la propuesta de la Cámara permanentemente, la Constitución no señala de qué modo se puede resolver un conflicto de este tipo, consideración que debemos tener presente, ya que es factible que la situación reseñada opere en los hechos⁹⁵.

Respecto del caso planteado, entendemos que la proposición de la Cámara de Diputados debe renovarse hasta que se apruebe tal designación, criterio que se aplica en el nombramiento de los ministros de otros tribunales, como por ejemplo de la Corte Suprema⁹⁶, y que nos parece, también opera en la Sede Constitucional.

En relación con la eliminación de la atribución del Consejo de Seguridad Nacional, de nombrar a dos miembros del Tribunal Constitucional, el profesor Nogueira Alcalá sostiene que “(...) *al carecer del requisito de ser un órgano democrático representativo, como asimismo, no ser un órgano jurisdiccional, únicos criterios relevantes que justifican la participación en el nombramiento de magistrados de un Tribunal Constitucional, carecía de justificación y legitimidad como órgano para designar miembros del tribunal constitucional (sic) (...)*”⁹⁷.

En el mismo sentido el profesor Gómez Bernales señala que en el antiguo Texto Político se “(...) *atribuía a un órgano de seguridad compuesto en una proporción muy significativa por militares un papel decisivo en la designación de jueces constitucionales. Resulta extraordinariamente inusual en el derecho comparado que un órgano integrado por cuatro Comandantes en*

⁹⁴ GÓMEZ BERNALES, GASTÓN. *La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno*, pp. 658 y 659. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005).

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Así lo dispone el artículo 78 inciso tercero parte final de la Constitución Política, al señalar que “*Si el Senado no aprobare la proposición del Presidente de la República, la Corte Suprema deberá completar la quina proponiendo un nuevo nombre en sustitución del rechazado, repitiéndose el procedimiento hasta que se apruebe un nombramiento*”.

⁹⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *La Integración y el Estatuto Jurídico del Tribunal Constitucional después de la Reforma Constitucional de 2005*, p. 409. En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador). *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia, 2005).

*Jefe de las Fuerzas Armadas y Carabineros y por otras autoridades en paridad de votos tenga la función constitucional de designar jueces constitucionales que van a interpretar la Constitución y a resolver conflictos entre mayorías y minorías políticas durante la tramitación de la ley. Un Consejo de esta especie no tiene papel que cumplir en materias relacionadas con la interpretación de la Constitución y la tutela de derechos fundamentales, de modo que escasamente puede ser apropiado que efectúe designaciones de este tipo*⁹⁸, opinión que compartimos.

Por último, señalemos que hoy en día la designación de los ministros del Tribunal Constitucional proviene de la decisión de los tres órganos clásicos del Estado⁹⁹.

En jurisdicciones constitucionales exitosas, es habitual que para incrementar la legitimidad democrática del Tribunal Constitucional, sus integrantes sean designados o elegidos por órganos que posean, a su vez, legitimidad democrática directa. En este sentido, el Tribunal Constitucional que crea la reforma posee un setenta por ciento de ministros elegidos o designados por órganos cuyos integrantes han sido elegidos directamente por votación popular¹⁰⁰.

Superado este tema, nos abocaremos al estudio de las razones por las cuales la reforma del año 2005, no permite que una persona desarrolle funciones ministeriales simultáneas en la Corte Suprema y en el Tribunal Constitucional.

En la Comisión del Senado, en un informe emitido por la Corte Suprema, ella señaló que “(...) *el Tribunal Constitucional ha estado siempre, desde el inicio de sus tareas en 1981, integrado por tres Ministros de la Corte Suprema, que han cumplido normalmente sus labores en ambos órganos jurisdiccionales (...) si aumentan las atribuciones del Tribunal Constitucional y se toma también en consideración que aumentaría proporcionalmente el número de sus componentes, la situación de los mencionados Ministros no cambiaría en lo*

⁹⁸ GÓMEZ BERNALES, GASTÓN. *La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno*, p. 655. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005).

⁹⁹ Sistema que no agrada al profesor Ríos Álvarez, quien advierte el peligro de politización que existe en la fórmula de reparto tripartito. Ver RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. *El Nuevo Tribunal Constitucional*, p. 645. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005).

¹⁰⁰ En GÓMEZ BERNALES, GASTÓN. *La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno*, p. 657. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005).

*fundamental (...)*¹⁰¹. Siguiendo esta línea de pensamiento se encuentra el profesor Saenger Gianoni¹⁰².

En el mismo sentido, en un informe emitido por el propio Tribunal Constitucional, este indicó que “(...) *cual sea la composición que en definitiva se acuerde, éste debe estar integrado por, a lo menos, un tercio de miembros que provenga de la Corte Suprema de Justicia. Lo anterior debido a que ellos poseen una sólida formación de jueces y tienen experiencia y capacidad resolutive en la decisión de asuntos de que conocen, lo cual resulta básico y fundamental para el adecuado funcionamiento del tribunal, en especial consideración a los plazos breves que éste tiene para resolver las materias que se le entregan para su conocimiento*”¹⁰³.

Por su parte, el Ministro Eugenio Valenzuela expresó una opinión distinta de la visión que acabamos de plantear, al señalar que resultaba inconveniente que una persona desempeñara simultáneamente ambas funciones, considerando que se incorporaría a la competencia del Tribunal Constitucional el conocimiento de los recursos de inaplicabilidad, que sumaban unos 100 al año (al tiempo de efectuarse la reforma), por lo cual no sería posible físicamente absorber todas esas tareas¹⁰⁴.

En igual sentido, entre las observaciones efectuadas por el Presidente de la República, se señaló que “*todos los Ministros de los Tribunales Constitucionales del mundo se abocan en exclusiva a estas tareas y la decisión de esta reforma es adoptar dicho patrón*”¹⁰⁵.

Aquí se refleja la finalidad de esta medida, que busca reforzar la dedicación preferente que deben tener los miembros del Tribunal, por lo que no parece adecuado que una misma persona desempeñe paralelamente labores ministeriales en dos órganos diversos, como se desprende de la discusión legislativa y del texto aprobado en la Ley N° 20.050.

Entre los argumentos que nos permiten sostener la inconveniencia de que los ministros de la Corte Suprema se desempeñen simultáneamente

¹⁰¹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletines N° 2.526-07 y 2.534-07, de 6 de noviembre de 2001. Opinión dada por la Corte Suprema en audiencia del día 30 de enero de 2001.

¹⁰² En SAENGER GIANONI, FERNANDO. *Reformas Constitucionales propuestas para el Tribunal Constitucional*, Ius et Praxis, Universidad de Talca (2002), p. 376.

¹⁰³ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletines N° 2.526-07 y 2.534-07, de 6 de noviembre de 2001. Opinión dada por el Tribunal Constitucional en sesiones celebradas los días 24 de enero y 7 de marzo de 2001.

¹⁰⁴ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletines N° 2.526-07 y 2.534-07, de 6 de noviembre de 2001.

¹⁰⁵ Oficio de Observaciones del Ejecutivo a la Cámara de Origen, N° 174-353, de 16 de agosto de 2005, veto N° 12.

como miembros del Tribunal Constitucional, mencionaremos las funciones que los ministros de la Corte desarrollan en otros órganos, como por ejemplo en el Tribunal Calificador de Elecciones y en el Consejo de Seguridad Nacional, por lo que no parece razonable continuar recargando de trabajo a los miembros del Máximo Tribunal del país.

Ciertamente, no debemos olvidar los diferentes enfoques interpretativos e incluso, las distintas concepciones jurídicas que distinguen al juez ordinario del juez constitucional, siendo necesario que este último cuente con una sólida formación publicista, especialización que no posee necesariamente el juez ordinario.

Comentemos que, lo que se logró en la práctica con esta medida, fue desligar el Poder Judicial del Tribunal analizado; de hecho, actualmente todos los ministros que integran el Tribunal Constitucional exhiben una abultada carrera académica, profesional o política, pero ninguno de ellos proviene del Poder Judicial¹⁰⁶.

En otro orden de ideas, un importante cambio que introdujo la Ley N° 20.050 dice relación con la posibilidad de que la designación que efectúa la Corte Suprema de Justicia la realice de entre sus ministros, lo que es fruto de una interesante discusión parlamentaria surgida respecto al tema¹⁰⁷.

Respecto de este punto, hagamos presente que de acuerdo al Texto Constitucional la Corte Suprema podría designar como miembros del Tribunal Constitucional a abogados que hayan sido magistrados de la misma Corte y que al momento del nombramiento no se encuentran en ejercicio, ya que a nuestro entender lo que no permite la Constitución es que un ministro se desempeñe simultáneamente como miembro del Tribunal y de la Corte Suprema, cuestión que sin duda, se respeta en la

¹⁰⁶ Lo que se desprende de los antecedentes proporcionados por la página web del Tribunal Constitucional acerca de cada uno de los ministros que actualmente integran dicho órgano. Fuente: www.tribunalconstitucional.cl. Agreguemos que los miembros de la Magistratura Constitucional tienen prohibición de ejercer la judicatura, tópic que será tratado más adelante.

¹⁰⁷ La moción de la Alianza por Chile propuso que integraran el Tribunal Constitucional, tres “ministros” de la Corte Suprema elegidos por ésta en una sola votación, mientras que la moción de la Concertación propuso que integraran el Tribunal dos abogados “elegidos” por la Corte Suprema en una sola votación. El texto aprobado por la Comisión del Senado señalaba que integrarán el Tribunal tres “ministros” de la Corte Suprema, elegidos por esta en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada para tal efecto. Fue sólo en el segundo trámite constitucional, en que la Cámara de Diputados propuso la norma que se encuentra actualmente vigente, es decir, tres miembros “elegidos” por la Corte Suprema en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada para tal efecto.

situación reseñada. Sin embargo, el asunto no resulta tan claro al analizar la procedencia que tendría el que la Corte Suprema nombre como magistrados del Tribunal Constitucional a ministros que se encuentren en ejercicio en la Corte al momento de la designación.

Sobre lo que acabamos de plantear se pueden sostener dos enfoques interpretativos.

El primero, señala que la Corte Suprema no puede realizar tal designación.

Ello teniendo a la vista, el antiguo artículo 81 de la Carta de 1980 el cual disponía que “*Habrá un Tribunal Constitucional integrado por siete miembros, designados en la siguiente forma: a) tres ministros de la Corte Suprema*”.

Por su parte, el actual artículo 92 de la Constitución Política señala que “*Habrá un Tribunal Constitucional integrado por diez miembros, designados de la siguiente forma: c) tres elegidos por la Corte Suprema*”.

Al cotejar ambos preceptos, podemos concluir que antes de la reforma que comentamos en este capítulo, la designación efectuada por el Máximo Tribunal del País se verificaba de entre los propios ministros de dicha Corte.

Mientras que luego de la reforma del año 2005, la norma transcrita parece indicar que la designación que efectúa la Corte Suprema no la puede realizar de entre sus magistrados en ejercicio.

Por lo demás, el cambio en la redacción del precepto legal que regula esta materia sólo encuentra justificación si entendemos el actual artículo 92 de la Carta Fundamental en este último sentido.

Punto de vista compartido por el profesor Gómez Bernaldes al indicar que “*(...) esta modalidad no impide que al (sic) alto Tribunal designe integrantes que hayan sido magistrados, pero ello exigirá que los ministros del alto Tribunal renuncien con anterioridad a su cargo de magistrados de la Corte Suprema y que –con posterioridad– sean elegidos*”¹⁰⁸.

En otra perspectiva podría estimarse que, es perfectamente posible que al elegir a los tres miembros del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema designe a alguno(s) de sus ministros en ejercicio, señalando que el magistrado de la Corte Suprema que acepta el cargo de ministro en el Tribunal Constitucional, cesa en sus funciones en dicha Corte, de pleno derecho, por la sola circunstancia de la referida aceptación.

¹⁰⁸ GÓMEZ BERNALDES, GASTÓN. *La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno*, p. 659. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005).

Esta última idea se basa en que el nuevo Texto Constitucional no permite que una misma persona se desempeñe como ministro de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional simultáneamente, y al verificarse la situación recién mencionada no se vulneraría esta premisa.

A propósito de la reforma del año 2005, este tema fue arduamente debatido en el Congreso, así en un informe emitido por la propia Corte Suprema¹⁰⁹ ésta señaló que “(...) *la suspensión de sus cargos de Ministros de la Corte Suprema conllevaría su reemplazo por otros que serían también Ministros de la Corte Suprema, los que no podrían ser titulares, porque excederían en número a los establecidos en la Constitución; no podrían ser interinos, porque los puestos de los suspendidos no se encontrarían vacantes, ni podrían ser suplentes de quienes permanecerían en el cargo, pero ausentes y desvinculados de su tribunal de origen. Afirmó que esta compleja modificación en sí, unida a las dificultades de orden práctico que engendraría, hace aconsejable mantener la situación actual de los Ministros de la Corte Suprema que sirven también, por ser tales, en el Tribunal Constitucional (...)*”¹¹⁰.

Por su parte, en un informe emitido por el Tribunal Constitucional, los ministros de dicha magistratura, señores Valenzuela, Jordán y Colombo, fueron de opinión que “(...) *aquellos miembros que integran el Tribunal y que a su vez sean Ministros de la Corte Suprema, deben cesar temporalmente en el ejercicio de sus cargos originales, pudiendo reasumirlos al término de su período como integrantes del Tribunal Constitucional o antes, si alguno de ellos renunciara voluntariamente a desempeñarse como miembro de esta Magistratura Constitucional. A juicio de estos Ministros, la cesación temporal en el cargo de los Ministros de la Corte Suprema no constituye problema alguno, ya que todo se resuelve con una debida adecuación del artículo 75 de la Constitución, relativo al nombramiento de los jueces*”¹¹¹.

En base a lo expuesto, considerando el cambio en la redacción del precepto que regula esta materia, y teniendo presente que a pesar de discutirse este tema en el Congreso no se plasmó en el Texto Constitucional ninguna mención a la cesación en el cargo de los ministros de la

¹⁰⁹ Refiriéndose a la “*dejación o suspensión en el ejercicio de sus cargos de los miembros de la Corte Suprema que resulten elegidos para conformar el Tribunal Constitucional*”.

¹¹⁰ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletines N° 2.526-07 y 2.534-07, de 6 de noviembre de 2001. Opinión dada por la Corte Suprema en audiencia del día 30 de enero de 2001.

¹¹¹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletines N° 2.526-07 y 2.534-07, de 6 de noviembre de 2001. Opinión dada por el Tribunal Constitucional en sesiones celebradas los días 24 de enero y 7 de marzo de 2001. Precisemos que la referencia al artículo 75, debe entenderse realizada al actual artículo 78 de la Constitución Política.

Corte Suprema que sean elegidos para desempeñar labores ministeriales en el Tribunal Constitucional, somos de la idea de que la designación de tres miembros del Tribunal Constitucional que efectúa la Corte Suprema no la puede realizar de entre sus ministros en ejercicio.

3. DURACIÓN Y RENOVACIÓN EN EL CARGO

En relación a la duración en el cargo, los magistrados permanecen en sus funciones por un período de nueve años, renovándose por parcialidades cada tres años; a diferencia del antiguo texto de la Constitución Política de 1980, donde la duración era de ocho años y la renovación se efectuaba por parcialidades cada cuatro años.

Para el profesor Nogueira Alcalá el período de nueve años tiende a otorgarle a los ministros mayor independencia e imparcialidad, ya que supera el mandato de los órganos que realizan dicho nombramiento¹¹².

Agreguemos, que aparentemente el período de nueve años encuentra justificación en la renovación por tercios que se efectúa a partir del año 2005, ya que de esta forma la duración en las funciones de cada ministro y su correspondiente renovación resultan armónicas, al establecerse nueve y tres años respectivamente. Por otra parte, la gradualidad que se genera al establecer la renovación por tercios, constituye un criterio clásico en el constitucionalismo contemporáneo y posibilita una evolución progresiva de la jurisprudencia, sin cambios drásticos en ella producto de una variación profunda en la composición del tribunal respectivo¹¹³.

4. REELECCIÓN

El Texto Constitucional vigente hasta agosto de 2005 nada establecía sobre la reelección de los magistrados del Tribunal Constitucional, siendo el artículo 2 de su ley orgánica¹¹⁴ el que posibilitaba la reelección inmediata.

¹¹² Observación realizada en NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional: del Doble Control Concentrado de Constitucionalidad a la Concentración del Control en el Tribunal Constitucional*, Ius et Praxis, Universidad de Talca, (2002), p. 345.

¹¹³ Expresado en NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *La Integración y el Estatuto Jurídico del Tribunal Constitucional después de la Reforma Constitucional de 2005*, p. 410. En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (COORDINADOR). *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia, 2005).

¹¹⁴ Hasta antes de su modificación.

Pues bien, la reforma en análisis eliminó la posibilidad de reelección, con la salvedad expresada en el inciso sexto del artículo 92¹¹⁵, lo que en opinión del profesor Nogueira Alcalá resulta conveniente para la independencia del Tribunal y adecuada imparcialidad de los magistrados, ya que al existir la posibilidad de reelección éstos se condicionan psicológicamente al buscar mantenerse en el cargo para el próximo período, lo que no sucederá gracias a la eliminación de esta alternativa¹¹⁶.

Hacemos presente que, en nuestra opinión, en el sistema institucional chileno se ha ido configurando con prudencia el prohibir la reelección o nueva designación en cargos de pública relevancia, como es el caso del Fiscal Nacional¹¹⁷, los Fiscales Regionales¹¹⁸, el Contralor General de la República¹¹⁹, el Presidente de la República¹²⁰, entre otros¹²¹; por lo que parece razonable extender este criterio a la Sede Constitucional.

5. ABOGADOS INTEGRANTES

Antes de la modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el sistema de los abogados integrantes era regulado por el artículo 15 del texto primitivo de dicha ley y estimado por parte de la doctrina nacional como inconstitucional¹²², ya que la Carta Fundamental no contemplaba la existencia de abogados integrantes del Tribunal en comento, ni posibilitaba que la ley orgánica de dicho órgano regulara esta materia.

¹¹⁵ Al efecto, dicho precepto dispone: “Los miembros del Tribunal Constitucional serán inamovibles y no podrán ser reelegidos, salvo aquél que lo haya sido como reemplazante y haya ejercido el cargo por un período menor a cinco años (...)”.

¹¹⁶ En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *La Integración y el Estatuto Jurídico del Tribunal Constitucional después de la Reforma Constitucional de 2005*. En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador). *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia, 2005), p. 412.

¹¹⁷ La Constitución Política al referirse al Fiscal Nacional, en su artículo 85, inciso segundo, parte final, señala: “no podrá ser designado para el período siguiente”.

¹¹⁸ La Carta Fundamental, respecto de los Fiscales Regionales, dispone en su artículo 86 inciso tercero: “no podrán ser designados como fiscales regionales por el período siguiente”.

¹¹⁹ Sobre el Contralor General de la República, el artículo 98, inciso segundo, de la Constitución Política reza: “no podrá ser designado para el período siguiente”.

¹²⁰ Al regular al Presidente de la República, el artículo 25 del Texto Supremo, en su inciso segundo, prescribe: “no podrá ser reelegido para el período siguiente”.

¹²¹ Precisemos que hay casos excepcionales, como el de los Alcaldes, quienes pueden ser reelegidos; sin embargo, esta situación es minoritaria dentro de nuestro régimen constitucional. Información extraída del artículo 57, inciso primero, parte final, de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.

¹²² Ver NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *La Integración y el Estatuto Jurídico del Tribunal Constitucional después de la Reforma Constitucional de 2005*, p. 409. En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador). *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia, 2005).

En base a lo que acabamos de señalar, la reforma del año 2005 eliminó a los abogados integrantes de dicha Magistratura, cambio que se concretó al aprobarse la modificación de la mencionada ley orgánica.

6. SUPLENTES DE MINISTRO

Durante la tramitación de la reforma constitucional en el Congreso, el Senado propuso que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional determinara la forma en que se designaría a tres abogados integrantes de dicho órgano, proposición que fue desechada por la Cámara de Diputados, la que en el segundo trámite constitucional excluyó de la competencia de la referida ley orgánica la posibilidad de designar abogados integrantes o suplentes, aceptando el Senado esta indicación en el tercer trámite constitucional¹²³.

A pesar de lo expresado, posteriormente el artículo 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional reguló esta situación disponiendo que cada tres años, se procederá a la designación de dos suplentes de ministro, que reúnan los requisitos para ser nombrados miembros del Tribunal, quienes podrán reemplazar a los ministros e integrar el pleno o cualquiera de las salas sólo en caso de que no se alcance el respectivo quórum para sesionar. Su nombramiento corresponde al Presidente de la República, con acuerdo del Senado, eligiéndolos de una nómina de siete personas que propondrá el Tribunal Constitucional.

En el fallo del Tribunal referido a su ley orgánica, los ministros Fernández Baeza, Venegas Palacios y Navarro Beltrán, en un voto de minoría, estimaron que el mencionado artículo era inconstitucional, puesto que el Código Político no autoriza a la ley orgánica regular esta materia y con la intervención de los suplentes “(...) *la decisión de dichos conflictos estará en manos de jueces no previstos por la Carta Fundamental (...)*”¹²⁴.

Resulta curioso que el artículo 18 de la referida ley, en su inciso cuarto, disponga que los suplentes de ministro “*no cesarán en sus funciones al cumplir 75 años de edad ni se les aplicará la incompatibilidad con funciones docentes a que se refiere el artículo 14*”.

¹²³ Precisemos que en el debate parlamentario no se observa mayor argumentación sobre el tema.

¹²⁴ Rol 1288, de 11 de diciembre de 2008 (fecha de ingreso del requerimiento al Tribunal), sentencia dictada el 25 de agosto de 2009, considerando vigésimocuarto del voto disidente de los mencionados ministros, relativo a la modificación que se introduce en el artículo 15 del proyecto de ley, que establece la existencia de “suplentes de ministro”, lo cual estiman inconstitucional. Para ver el detalle de los argumentos sostenidos por dichos magistrados, revisar el referido voto disidente en toda su extensión.

Al respecto los ministros Cea Egaña y Peña Torres, también en un voto de minoría del mencionado fallo, expresaron que “(...) *la suplencia es aquella calidad jurídica que reviste quien desempeña un cargo que se encuentra vacante o que, por cualquier circunstancia, no puede ser desempeñado por su titular, resulta claro, a juicio de estos jueces disidentes, que el suplente debe reunir los mismos requisitos y está afecto a las mismas prohibiciones que se imponen a quien desempeña el cargo en titularidad (...)*”¹²⁵, opinión de la cual nos hacemos partícipes.

7. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

Otro cambio relevante que introdujo la Ley N° 20.050 fue el establecimiento de un fuerte cuadro de inhabilidades e incompatibilidades. En efecto, se dispuso que los miembros del Tribunal Constitucional no pueden ejercer la profesión de abogado, incluyendo la judicatura, ni cualquier acto de los establecidos en los incisos segundo y tercero del artículo 60 de la Constitución¹²⁶.

Durante la tramitación de la reforma, y en particular en la Cámara de Diputados, se concordó en la necesidad de que el Tribunal se avocara en exclusiva al desempeño de las funciones esenciales que se le entregan dentro del sistema constitucional¹²⁷.

Entre las observaciones efectuadas por el Presidente de la República, se señaló que “*la idea es considerar ampliamente todas las restricciones e inhabilidades que son posibles de establecer, con el objeto de eliminar de raíz todo conflicto de intereses, como ya constituye ser (sic) la tendencia en nuestro ordenamiento. La única excepción que viene a confirmar la regla es eliminar de la prohibición el*

¹²⁵ Rol 1288, de 11 de diciembre de 2008, sentencia dictada el 25 de agosto de 2009. Voto disidente de los mencionados ministros en relación con el artículo 15, inciso cuarto, del proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

¹²⁶ El artículo 60, en su inciso segundo, dispone que “*Cesará en el cargo el diputado o senador que durante su ejercicio celebrare o caucionare contratos con el Estado o el que actuare como procurador o agente en gestiones particulares de carácter administrativo, en la provisión de empleos públicos, consejerías, funciones o comisiones de similar naturaleza. En la misma sanción incurrirá el que acepte ser director de banco o de alguna sociedad anónima, o ejercer cargos de similar importancia en estas actividades*”. Por su parte, el inciso tercero del citado artículo señala que “[L]a inhabilidad a que se refiere el inciso anterior tendrá lugar sea que el diputado o senador actúe por sí o por interpósita persona, natural o jurídica, o por medio de una sociedad de personas de la que forme parte”.

¹²⁷ Oficio de Observaciones del Ejecutivo a la Cámara de Origen, N° 174-353, de 16 de agosto de 2005, veto N° 12.

ejercicio de las funciones docentes”¹²⁸ 129.

Por lo tanto, la finalidad de esta restricción fue evitar conflictos de intereses, favorecer la probidad que los ministros debían tener en el desempeño de sus funciones y optimizar los tiempos de trabajo.

Cabe consignar, que no obstante la intención declarada, la norma constitucional y su posterior desarrollo en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, no recogió cabalmente la idea de dedicación exclusiva en las funciones que la Carta Fundamental le confirió a los ministros de dicha Magistratura.

Así, a nuestro entender, las incompatibilidades a las que nos referimos se extienden al ámbito de las funciones públicas, con la excepción de cargos directivos superiores de Bancos, otras sociedades anónimas y del ejercicio de la profesión de abogado; mas no alcanzan a los negocios privados en general, ello porque en la ley no se establece en forma expresa la dedicación exclusiva, por lo que nos parece perfectamente posible que un ministro del Tribunal pueda desarrollar alguna actividad comercial¹³⁰.

¹²⁸ Oficio de Observaciones del Ejecutivo a la Cámara de Origen, número 174-353, de 16 de agosto de 2005, veto N° 12.

¹²⁹ Al efecto el artículo 14 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en la segunda parte de su inciso segundo, señala: “*Se exceptúan los empleos docentes y las funciones o comisiones de igual carácter en establecimientos públicos o privados de la enseñanza superior, media y especial, hasta un máximo de doce horas semanales, fuera de las horas de audiencia. Sin embargo, no se considerarán labores docentes las que correspondan a la dirección superior de una entidad académica, respecto de las cuales regirá la incompatibilidad a que se refiere este inciso*”. En la sentencia del Tribunal Constitucional, el voto disidente de los ministros Cea Egaña, Bertelsen Repetto y Peña Torres, en relación con el artículo 12 bis, expresó que el precepto transcrito era inconstitucional, por cuanto “(...) *extienden el alcance de las incompatibilidades aplicables a los Ministros del Tribunal Constitucional, más allá de lo previsto por la propia Carta Fundamental, vulnerando el carácter de preceptos de derecho estricto que tienen las prohibiciones como las consignadas en la norma examinada*”. Rol 1288, de 11 de diciembre de 2008, sentencia dictada el 25 de agosto de 2009, considerando octavo.

¹³⁰ Así se desprende del artículo 14 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que en su inciso primero, dispone que “[L]os Ministros no podrán ejercer la profesión de abogado, incluyendo la judicatura, ni podrán celebrar o caucionar contratos con el Estado. Tampoco podrán actuar, ya sea por sí o por interpósita persona, natural o jurídica, o por medio de una sociedad de personas de la que formen parte, como mandatarios en cualquier clase de juicio contra el Fisco, o como procuradores o agentes de gestiones particulares de carácter administrativo, en la provisión de empleos públicos, consejerías, funciones o comisiones de similar naturaleza, ni podrán ser directores de banco o de alguna sociedad anónima, o ejercer cargos de similar importancia en esas actividades”. La primera parte del inciso segundo prescribe que “*El cargo de Ministro, es incompatible con los de diputado y senador, y con todo empleo o comisión retribuido con fondos del fisco, de las municipalidades, de las entidades fiscales autónomas, semifiscales o de las empresas del Estado o en las que el Fisco tenga intervención por aportes*”.

8. FUNCIONAMIENTO

En el texto primitivo de la Constitución sólo se permitía el funcionamiento en pleno con un quórum mínimo de cinco miembros. Actualmente el Tribunal puede funcionar en pleno o dividido en salas.

En el primer caso, el quórum para sesionar será de, a lo menos, ocho miembros y en el segundo de, a lo menos, cuatro¹³¹.

Según dispone la Carta Fundamental el Tribunal en pleno resolverá en definitiva las atribuciones indicadas en los números 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 11 del artículo 93¹³².

Para el ejercicio de sus restantes atribuciones, la sede constitucional podrá funcionar en pleno o en sala de acuerdo a lo que disponga la ley orgánica constitucional respectiva¹³³.

de capital, y con toda otra función o comisión de la misma naturaleza". El inciso tercero del precepto en cuestión señala que *"Asimismo, el cargo de Ministro es incompatible con las funciones de directores o consejeros, aún cuando sean ad honórem, en las entidades fiscales autónomas, semifiscales o en las empresas estatales, o en las que el Estado tenga participación por aporte de capital"*.

¹³¹ De acuerdo al artículo 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

¹³² De esta forma las atribuciones que la Constitución Política entrega al pleno del Tribunal Constitucional se refieren al control de constitucionalidad sobre las siguientes materias: 1) leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, leyes orgánicas constitucionales y normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas; 3) tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso; 4) decreto con fuerza de ley; 5) convocatoria a plebiscito; 6) inaplicabilidad de un precepto legal; 7) inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable; 8) reclamaciones en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponde; 9) decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría General de la República haya presentado por estimarlo inconstitucional; 11) información al Senado en los casos a que se refiere el artículo 53 número 7 de la Constitución.

¹³³ Al efecto, el artículo 31 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala cuales son las atribuciones del pleno; añadamos a la cita anterior las siguientes: resolver las cuestiones sobre constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones (artículo 31, número 2); pronunciarse sobre la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable (artículo 31, número 7); resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63 de la Constitución Política (artículo 31, número 11); declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo, la responsabilidad de las personas que hubieran tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad (artículo 31, número 12); resolver sobre las inhabilidades

En el debate parlamentario, hasta el informe de la Comisión del Senado, en su tercer trámite, el proyecto decía “(...) *para el ejercicio de sus restantes atribuciones podrá funcionar en pleno o en sala de acuerdo a lo que disponga la Ley Orgánica Constitucional*”, como resulta evidente no se señalaba en cuántas salas funcionaría el Tribunal.

En virtud de esta falta de precisión del Congreso, el veto presidencial número 13 fue categórico en este punto al disponer que “(...) *el Tribunal funcionará en pleno –asunto resuelto con anterioridad– y en “dos” salas (...)*”¹³⁴.

Entre las observaciones formuladas en el mismo veto, se sostuvo que “(...) *la voluntad parlamentaria es que la mayoría de sus atribuciones sean resueltas por el pleno del Tribunal Constitucional, sin perjuicio que las resoluciones de trámite que puedan adoptarse en esas mismas materias lo sean en sus salas*”¹³⁵.

Por su parte, en un informe del Tribunal Constitucional, éste señaló que “(...) *el funcionamiento en las salas debe ser de carácter excepcional*”¹³⁶.

Para finalizar el tratamiento de este apartado, recordemos que al ser preferente el funcionamiento en pleno, pierde fuerza el argumento es-

constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones (artículo 31, número 14); determinar la admisibilidad y pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios (artículo 31, número 15); calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario en los términos del inciso final del artículo 60 de la Constitución Política y pronunciarse sobre su renuncia al cargo (artículo 31, número 16); ejercer las demás atribuciones que le confieran la Constitución Política y la presente ley (artículo 31, número 17). Mientras que el artículo 32 de la misma ley dispone que “*Corresponderá a las salas del Tribunal: 1) Pronunciarse sobre las admisibilidades que no sean de competencia del pleno. 2) Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado. 3) Resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y 4) Ejercer las demás atribuciones que le confieran la Constitución y la presente ley*”.

¹³⁴ Oficio de Observaciones del Ejecutivo a la Cámara de Origen, N° 174-353, de 16 de agosto de 2005. Señalado también por el profesor RÍOS ÁLVAREZ en su trabajo *El Nuevo Tribunal Constitucional*, p. 636. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005).

¹³⁵ Oficio de Observaciones del Ejecutivo a la Cámara de Origen, N° 174-353, de 16 de agosto de 2005, veto N° 13.

¹³⁶ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletines N° 2.526-07 y 2.534-07, de 6 de noviembre de 2001. Opinión dada por el Tribunal Constitucional en sesiones celebradas los días 24 de enero y 7 de marzo de 2001.

grimido para aumentar el número de miembros del Tribunal Constitucional¹³⁷, tema que ya revisamos y sobre el que no volveremos.

9. ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Actualmente ellas se encuentran reguladas en el artículo 93 de la Constitución Política¹³⁸, y gracias a la reforma del año 2005 se aumentaron significativamente.

Para determinar dichas atribuciones, entre los antecedentes analizados por la Comisión del Senado se consideraron los textos constitucionales de Alemania, Colombia, España, Francia e Italia¹³⁹.

Al referirnos a las nuevas atribuciones que se le encomendaron al Tribunal, podemos mencionar las siguientes: ejercer el control de constitucionalidad de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de Leyes Orgánicas Constitucionales, antes de su promulgación (artículo 93, número 1); resolver las cuestiones de constitucionalidad de los Autos Acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones (artículo 93, número 2); 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 (artículo 93, número 6); resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior (artículo 93, número 7); resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado (artículo 93, número 12); calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario en los términos del inciso final del artículo 60 y pronunciarse sobre su renuncia al cargo (artículo 93, número 15). Por último, se establece el control ex post de la potestad reglamentaria, habiendo quedado refundidos en uno los que eran los numerales 5 y 12 del Texto Constitucional anterior (artículo 93, número 16)¹⁴⁰.

¹³⁷ En orden a que resultaba conveniente contar con más ministros de acuerdo a las nuevas atribuciones entregadas a dicho órgano.

¹³⁸ Antiguo artículo 82 del texto original de la Constitución Política de 1980.

¹³⁹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletines N° 2.526-07 y 2.534-07, de 6 de noviembre de 2001.

¹⁴⁰ En lo referente a las nuevas atribuciones del Tribunal debe estarse a la disposición transitoria cuadragésimacuarta, que en su inciso final dispone: "*Los procesos iniciados, de oficio o a petición de parte, o que se iniciaren en la Corte Suprema para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal por ser contrario a la Constitución,*

Es relevante señalar que sólo la Carta Fundamental puede determinar la esfera competencial del Tribunal Constitucional, así se desprende del veto presidencial, el cual fue categórico en señalar que sólo era resorte de la Constitución y no de la ley, establecer la órbita de competencia del Tribunal Constitucional¹⁴¹. Por tanto, en este punto se manifestó con claridad la taxatividad del artículo 93 de la Constitución Política.

Respecto de las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional, evidenciamos que a pesar de la ampliación de la competencia de dicho órgano, hubo una significativa excepción que fue el recurso de amparo de derechos fundamentales¹⁴².

Así, durante la tramitación de la reforma del año 2005, se abordó este tema señalándose por el Ministro del Tribunal Constitucional Colombo Campbell que no le parecía conveniente que se entregaran a la Magistratura Constitucional “(...) *las funciones que hoy día corresponden a los tribunales ordinarios, especialmente a las Cortes de Apelaciones como controladoras de la justicia constitucional en el área de las garantías constitucionales, a través de las acciones y los recursos de amparo y protección*”¹⁴³, siendo partidario de mantener en las Cortes de Apelaciones todo lo concerniente al amparo y a la protección de las garantías constitucionales.

Complementando lo anterior, precisó que si se efectuaba un estudio comparado de los países que tenían como contralor superior en la resolución de estos recursos al Tribunal Constitucional, se vería que estaban prácticamente colapsados¹⁴⁴.

Siguiendo con esta línea de pensamiento, el ministro citado expuso que el Tribunal Constitucional de España “(...) *ha descuidado su labor propia, que es el control jurisdiccional de las leyes, al tener pendientes y sin posibilidad de resolución unos 2.000 o 3.000 recursos de amparo y protección. Su aspiración natural es zafarse de estas causas y traspasarlas de nuevo al sistema ordinario*”¹⁴⁵.

con anterioridad a la aplicación de las reformas al Capítulo VII, seguirán siendo de conocimiento y resolución de esa Corte hasta su completo término”.

¹⁴¹ Oficio de Observaciones del Ejecutivo a la Cámara de Origen, N° 174-353, de 16 de agosto de 2005, veto N° 14.

¹⁴² Sobre el tema ver NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional: del Doble Control Concentrado de Constitucionalidad a la Concentración del Control en el Tribunal Constitucional*, Ius et Praxis, Universidad de Talca (2002), p. 356 a 362.

¹⁴³ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletines N° 2.526-07 y 2.534-07, de 6 de noviembre de 2001.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Ibid.

Por otra parte, el diputado Juan Bustos calificó como defectuoso el que en la reforma constitucional en análisis no se contemplara el recurso de amparo constitucional en manos del Tribunal Constitucional¹⁴⁶.

Como sabemos, la Ley N° 20.050 optó por mantener las acciones de amparo de derechos fundamentales dentro de la competencia de las Cortes de Apelaciones del país.

Por último, una nueva competencia del Tribunal Constitucional, y que comentaremos a continuación, debido a nuestra disconformidad respecto de su actual regulación, es la referida a las contiendas de competencia.

Al efecto, el artículo 93, número 12, de la Constitución Política dispone que corresponde al Tribunal Constitucional resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado¹⁴⁷.

Esta facultad, propia de las Cortes Constitucionales, se encontraba expresada entre las atribuciones del Tribunal Constitucional que funcionó desde 1970 hasta 1973, siendo esta materia uno de los motivos gravitantes para el establecimiento de dicho Tribunal, debido a los conflictos surgidos entre el Ejecutivo y el Congreso¹⁴⁸.

La Carta de 1980, en su texto original, privó al Tribunal de esta atribución y fue la reforma del año 2005, por iniciativa de la Cámara de Diputados, la que se la confirió nuevamente.

En la discusión legislativa sobre esta materia, entre las opiniones escuchadas por la Comisión del Senado, se encuentra la del Ministro Valenzuela Somarriva, quien señaló que le conferiría al Tribunal la facultad de resolver todas las contiendas de competencia que se suscitaban entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia. De esta manera sustraería del conocimiento del Senado y de la Corte Suprema las atribuciones que en esta materia se les asignaban¹⁴⁹.

En un informe emitido por la Corte Suprema, ésta estuvo de acuerdo en que “(...) *el Tribunal dirima las contiendas de competencia –que con más propiedad debieran denominarse conflictos de jurisdicción– entre las autoridades*

¹⁴⁶ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Boletines N°s 2.526-07 y 2.534-07, de 16 de marzo de 2005.

¹⁴⁷ Según dispone el artículo 53, número 3, de la Carta Fundamental “[S]on atribuciones exclusivas del Senado: 3) Conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia”.

¹⁴⁸ Tema abordado en el Capítulo I del presente trabajo y sobre el que no volveremos.

¹⁴⁹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletines N°s 2.526-07 y 2.534-07, de 6 de noviembre de 2001.

políticas y administrativas y los tribunales superiores, facultad que actualmente corresponde al Senado, pero discrepó del parecer de que el mismo tribunal conozca de los conflictos de jurisdicción que se promuevan entre los tribunales inferiores y las autoridades mencionadas”. Estimó que “esta atribución debe mantenerse en la Corte Suprema, porque es el tribunal que, en su condición de máxima autoridad del poder judicial, conoce y debe resolver los problemas que en su funcionamiento puedan surgir en los juzgados que de ella dependen, sean jurisdiccionales o de cualquier otra naturaleza, porque es una facultad naturalmente suya que deriva directamente de la superintendencia directiva, correccional y económica que tiene sobre todos los tribunales de la Nación, con las solas excepciones que establece el artículo 79 de la Constitución Política, y porque la aplicación de las normas vigentes al respecto, establecidas en el inciso final del precepto constitucional citado, nunca ha motivado controversias”¹⁵⁰.

En un informe del Tribunal Constitucional, éste estuvo de acuerdo en que las contiendas que hasta ese momento conocía el Senado fueran de su atribución. Sin embargo, hubo disparidad de criterios para entregar a esta Magistratura las contiendas que debía resolver la Corte Suprema¹⁵¹.

Finalmente el veto N° 16 del Presidente de la República, determinó que las contiendas de competencia que le correspondía conocer a la Corte Suprema pasaran al conocimiento del Tribunal Constitucional¹⁵².

A la luz de los antecedentes mencionados, diremos que compartimos plenamente la opinión del profesor Ríos Álvarez, quien señala que “habría sido sensato y oportuno entregar al Tribunal Constitucional la resolución de las contiendas de competencia, incluyendo aquellas que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia, y que indebidamente retuvo el Senado”¹⁵³, ya que la resolución de estos conflictos es inherente a la competencia de un Tribunal Constitucional, por lo tanto, esperamos que esta cuestión sea abordada en una próxima reforma.

¹⁵⁰ Las dos citas del párrafo fueron extraídas del Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletines N°s 2.526-07 y 2.534-07, de 6 de noviembre de 2001. Opinión dada por la Corte Suprema en audiencia del día 30 de enero de 2001.

¹⁵¹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletines N°s 2.526-07 y 2.534-07, de 6 de noviembre de 2001. Opinión dada por el Tribunal Constitucional en sesiones celebradas los días 24 de enero y 7 de marzo de 2001.

¹⁵² Oficio de Observaciones del Ejecutivo a la Cámara de Origen, N° 174-353, de 16 de agosto de 2005.

¹⁵³ RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. *El Nuevo Tribunal Constitucional*, p. 648. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005).

Para finalizar este acápite, precisemos que enfocaremos nuestro estudio en la acción de inaplicabilidad (numeral 6 del citado artículo) y en la acción de inconstitucionalidad (numeral 7 del citado artículo), refiriéndonos a ellas al término del presente capítulo.

10. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ellos se encuentran regulados en el artículo 94 de la Constitución Política, conservándose la base del primitivo artículo 83¹⁵⁴, y agregándose ciertas precisiones.

Respecto de los efectos de las resoluciones del Tribunal Constitucional, la Comisión del Senado consideró lo establecido en los textos constitucionales de Alemania, Colombia, España, Francia e Italia¹⁵⁵.

El texto de la reforma constitucional aprobado por el Congreso Nacional no se refirió a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en el tiempo, dicha perspectiva cambió con el veto presidencial. Así, dos vetos del Presidente de la República regularon algunos aspectos pendientes en esta materia.

En primer lugar, se precisó que la inconstitucionalidad de los decretos supremos opera con ambos efectos *ex nunc*¹⁵⁶ y *ex tunc*¹⁵⁷, no teniendo ningún valor. En cambio, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de los autoacordados, decretos con fuerza de ley y preceptos legales sólo tienen un efecto derogatorio¹⁵⁸, *ex nunc*, y por ende, no producen efecto retroactivo en su declaración de inconstitucionalidad¹⁵⁹.

El inciso final del artículo en análisis, establece que las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de todo o parte de una ley, de un de-

¹⁵⁴ Por supuesto, que se eliminó el inciso final del primitivo artículo 83, debido a que el conocimiento y fallo de la acción de inaplicabilidad ahora corresponde al Tribunal Constitucional, por lo que dicho inciso carecía de sentido en la actualidad.

¹⁵⁵ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletines N^{os} 2.526-07 y 2.534-07, de 6 de noviembre de 2001.

¹⁵⁶ Los efectos *ex nunc* de las sentencias son aquellos que se producen desde el pronunciamiento y notificación o publicación del fallo hacia el futuro, no afectando las situaciones anteriores producidas al amparo de dicha norma, es decir, no tienen efecto retroactivo. Tiene carácter constitutivo.

¹⁵⁷ Los efectos *ex tunc* de las sentencias son aquellos que determinan la nulidad de la norma o acto impugnado, eliminándolo del ordenamiento jurídico con efecto retroactivo, considerando que el mismo nunca ha existido. Tiene carácter declarativo.

¹⁵⁸ Se entenderán derogados desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo.

¹⁵⁹ Oficio de Observaciones del Ejecutivo a la Cámara de Origen, N^o 174-353, de 16 de agosto de 2005, veto N^{os} 20 y 21.

creto con fuerza de ley, de un decreto supremo o auto acordado, en su caso, se publicarán en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación.

Con el objeto de complementar lo anterior, reseñaremos la discusión existente en la doctrina, sobre el efecto anulatorio o derogatorio de las sentencias de inconstitucionalidad dictadas por la Sede Constitucional.

Al efecto, cuando el Tribunal declara inconstitucional una norma legal, lo que en rigor haría sería dictar una sentencia declarativa de nulidad en relación a la norma afectada. De este modo, la norma sería nula de pleno derecho y la declaración de nulidad tendría claros efectos retroactivos (*ex tunc*), en cuanto la norma legal dejaría de aplicarse a los hechos acaecidos bajo su amparo. Por otra parte, desde la perspectiva de la anulabilidad, se plantea que lo pretendido ante la jurisdicción constitucional es sólo la anulación de una ley inconstitucional y con ello la sentencia de inconstitucionalidad tendría un carácter meramente constitutivo que sólo podría proyectar sus efectos hacia el futuro (*ex nunc*)¹⁶⁰.

De este modo, el profesor Zúñiga Urbina indica que “(...) la declaración de inconstitucionalidad no es ‘derogación’, término figurado empleado por el artículo 94, para remarcar la anulabilidad o pérdida de validez de la norma legal declarada inconstitucional, la que es expulsada del ordenamiento, pero cuyos efectos temporales son *ex nunc* o *pro futuro*, y efectos temporales *erga omnes* o *generales* (...)”¹⁶¹.

Mientras que el abogado Caballero Brun sostiene que “el efecto de la declaración de inconstitucionalidad sobre un precepto legal que realiza el Tribunal Constitucional es su derogación; es decir, produce el cese de su pertenencia al ordenamiento jurídico (...)”¹⁶².

Dejamos abierta la discusión, sin profundizar en ella, ya que excedería el marco de nuestro estudio.

¹⁶⁰ Discusión tratada en CABALLERO BRUN, FELIPE. *Derecho Penal Sustantivo y Efectos en el Tiempo de la Sentencia del Tribunal Constitucional que declara la Inconstitucionalidad de un Precepto Legal*, en Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 19 (2006), pp. 164 y 165.

¹⁶¹ ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Acciones de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Temas Procesales* (Santiago, Legal Publishing, 2010), p. 185.

¹⁶² CABALLERO BRUN, FELIPE. *Derecho Penal Sustantivo y Efectos en el Tiempo de la Sentencia del Tribunal Constitucional que declara la Inconstitucionalidad de un Precepto Legal*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 19 (2006), pp. 182 y 183.

11. LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por último, el Texto Supremo encargó a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional determinar su organización, funcionamiento, planta, régimen de remuneraciones y estatuto de su personal, añadiendo a la Carta Original de 1980, la expresión “procedimientos”. En este punto, se hace necesario referirnos al veto número 14, ya que en él se dejó constancia que la expresión “procedimientos”, permitía organizar el debido proceso al interior de la tramitación de algunas de las competencias del Tribunal Constitucional en aquello no previsto por la propia Constitución. Además, dicho veto excluyó la expresión “atribuciones” del proyecto de reforma constitucional, puesto que todas ellas eran materia de rango constitucional y no existía ninguna posibilidad de desconstitucionalizar competencias¹⁶³.

Por lo anteriormente expuesto, se hizo necesario adecuar dicha ley a las nuevas competencias y realidad del Tribunal Constitucional, lo que sucedió con la Ley N° 20.381, promulgada el 11 de septiembre de 2009 y publicada el 28 de octubre del mismo año¹⁶⁴.

En relación al punto anterior, sólo comentaremos la notable tardanza en la dictación de esta ley, lo que generó que durante un lapso no menor de tiempo, se conocieran y fallaran los requerimientos de inaplicabilidad sin tener regulado el procedimiento respectivo, situación que se enfrentó apelando a los principios de supremacía constitucional y de fuerza normativa directa de la Constitución, unido a la inexcusabilidad con que todo juez debe asumir sus funciones.

III. CUESTIÓN DE INAPLICABILIDAD¹⁶⁵

1. CONOCIMIENTO DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD

Una de las modificaciones sustanciales que introdujo la reforma del 2005, fue la de entregar al Tribunal Constitucional, el conocimiento de

¹⁶³ Oficio de Observaciones del Ejecutivo a la Cámara de Origen, N° 174-353, de 16 de agosto de 2005.

¹⁶⁴ El 10 de agosto de 2010 se publicó el texto coordinado, refundido y sistematizado de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional N° 17.997, mediante el Decreto con Fuerza de Ley número 5, de 1 de junio de 2010, de la Secretaría General de la Presidencia.

¹⁶⁵ Mencionemos que la inaplicabilidad de un precepto legal puede ser alegada por el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado o por las partes de dicha gestión, de manera que lo más conveniente es utilizar la denominación “cuestión de inaplicabilidad”, término acuñado por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en su párrafo 6, título II, capítulo II.

la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, la que hasta antes del mencionado año correspondía a la Corte Suprema. Para comprender este importante cambio, compartiremos la discusión que en el Congreso surgió respecto del tema.

En la Comisión del Senado, el Ministro Valenzuela Somarriva, expresó que la finalidad de dicha variación era establecer un sistema de constitucionalidad concentrado y no difuso como el vigente hasta antes de la reforma¹⁶⁶, *“en que la Corte Suprema actúa por un lado y el Tribunal, por otro (...) con el objeto de concentrar la defensa del principio de supremacía constitucional en un sólo organismo”*¹⁶⁷.

Continuando con la idea de que la reforma apuntó a establecer un sistema concentrado en un sólo órgano, el Ministro Colombo Campbell señaló que hoy prevalece la tendencia al control concentrado, ya que *“(...) la Constitución debe tener una interpretación uniforme, regida por reglas totalmente distintas a las reglas de interpretación del Derecho Civil, claramente establecidas para la interpretación constitucional, y realizada por órganos altamente especializados (...)”*¹⁶⁸.

Añadió que la Corte Suprema *“(...) es un ente que está inmerso en la famosa división de los poderes públicos. En cambio, connotó, el Tribunal Constitucional es un órgano independiente y ajeno al quehacer normal de la injerencia de los poderes públicos, de manera que no le afecta un tema que sí afectó a la Corte Suprema en su tiempo, en cuanto a declarar la inconstitucionalidad por razones de forma (...)”*¹⁶⁹.

Sobre el asunto, en un informe de la Corte Suprema, ésta señaló que *“(...) por referirse el recurso de inaplicabilidad creado ya para plantearlo a la aplicación de un precepto legal específicamente señalado a un caso determinado y preciso suscitado en el curso de una gestión seguida ante tribunales de justicia ordinaria y motivada por un conflicto entre partes, es decir, por tratarse de la solución de un caso concreto de una posible inconstitucionalidad puntual surgida en el transcurso de un trámite judicial y no de un control en abstracto y de consecuencias generales de la constitucionalidad legal, fue de parecer que el recurso de inaplicabilidad existente, en la forma en que se en-*

¹⁶⁶ En nuestra opinión, el control de constitucionalidad de la ley en Chile, hasta antes de la reforma de 2005, era concentrado, radicado en dos órganos, a saber, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. A partir de la Ley N° 20.050, rige un sistema concentrado de constitucionalidad, ahora radicado exclusivamente en el Tribunal Constitucional.

¹⁶⁷ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletines N°s 2.526-07 y 2.534-07, de 6 de noviembre de 2001.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Ibid.

*cuentra concebido, debe continuar siendo de la competencia de la Corte Suprema, sin perjuicio de las innovaciones adecuatorias que podrían formularse, como sería, por ejemplo, que después de tres fallos uniformes que acojan la inconstitucionalidad de un precepto legal, la Corte comunique el antecedente al Tribunal Constitucional para los efectos sancionatorios de carácter general que también deberían establecerse. La modificación constitucional a este respecto sería, en consecuencia, menor, más simple y de la misma efectividad que la insinuada (...)*¹⁷⁰.

Por su parte, en un informe del Tribunal Constitucional, los Ministros Faúndez y Álvarez propusieron que la inaplicabilidad existente, de la manera como se encontraba concebida, se mantuviera dentro de la órbita de competencia de la Corte Suprema, argumentando que el recurso de inaplicabilidad se refería a la aplicación de un precepto legal específico a un caso determinado y preciso, suscitado en el transcurso de una gestión ordinaria y motivada por un conflicto entre partes, esto es, se trataba de la resolución de un caso concreto y no de un control de consecuencias generales de constitucionalidad. En cambio, los Ministros Jordán y Colombo sostuvieron que tanto el control de constitucionalidad preventivo como represivo debía estar a cargo del Tribunal en forma exclusiva, por lo que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad debía ser conocida y resuelta por la Magistratura Constitucional, no por la Corte Suprema¹⁷¹.

Un poderoso motivo por el que se entregó el conocimiento de la acción de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional, fue la serie de insuficiencias que presentó la Corte Suprema respecto a este tema, como ya tuvimos oportunidad de comentar.

La autolimitación impuesta por el Máximo Tribunal, al negarse a conocer la constitucionalidad de forma, apoyándose en que no correspondía su intervención en materias del legislativo, se convirtió en la principal fuente de discordia¹⁷².

¹⁷⁰ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletines N°s 2.526-07 y 2.534-07, de 6 de noviembre de 2001. Opinión dada por la Corte Suprema en audiencia del día 30 de enero de 2001. Tengamos en consideración que tampoco es partidario de entregar el conocimiento de la inaplicabilidad al Tribunal Constitucional el profesor Cruz-Coke Ossa, así se desprende de su artículo: *Ley N° 20.050, del 26 de agosto de 2005, sobre Reforma Constitucional*, Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo (2006), p. 89.

¹⁷¹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletines N°s 2.526-07 y 2.534-07, de 6 de noviembre de 2001. Opinión dada por el Tribunal Constitucional en sesiones celebradas los días 24 de enero y 7 de marzo de 2001.

¹⁷² En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *El Tribunal Constitucional Chileno*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales (1996), p. 312.

El proyecto de reforma del Senado señaló expresamente que la acción de inaplicabilidad, podía ser deducida por infracciones de forma y/o de fondo, indistintamente. Sin embargo, la reforma promulgada no contiene esta indicación.

En esta materia, el profesor Gómez Bernal es partidario que “(...) estando el control concreto entregado al Tribunal Constitucional, habrán desaparecido todos los argumentos que le sirvieron de fundamento a la Excelentísima Corte Suprema para no inmiscuirse -ni declarar- inaplicable un precepto legal ‘inconstitucional en la forma’. En efecto, carece de sentido que el Tribunal Constitucional invoque la separación de poderes y el respeto debido a los poderes entre sí, estándole, como le está, entregada la declaración de inconstitucionalidad de las leyes que implica claramente un control más intenso sobre la ley (...)”¹⁷³.

Otra dificultad presentada por el antiguo sistema consistía en que el primitivo artículo 80 de la Constitución Política facultaba a la Corte para “*declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución*”. La Corte Suprema, entendió conforme a ese texto, que la norma legal debía ser *per se* contraria a la Carta, prescindiendo de la consideración del caso particular en que se objetaba su inconstitucionalidad. Con este criterio restrictivo, la inmensa mayoría de los llamados “recursos de inaplicabilidad” fueron rechazados por no existir contradicción in abstracto entre la norma legal objetada y la Constitución, aunque el efecto de su aplicación fuera contrario a ésta¹⁷⁴.

La reforma en tratamiento, modificó la redacción de la norma atributiva de competencia del Tribunal Constitucional, aclarándose así el verdadero sentido y finalidad de esta forma de control¹⁷⁵.

Por otra parte, el antiguo inciso final del artículo 83, establecía 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 sentencia*”, sin embargo, el constituyente no implementó institución ni técnica alguna que permitiera al Tribunal Constitucional determinar, de oficio o a petición de parte afectada, si a través del recurso de inaplicabilidad de los preceptos legales la Corte Suprema se había pronunciado

¹⁷³ GÓMEZ BERNAL, GASTÓN. *La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno*, p. 675. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005).

¹⁷⁴ Expresado por RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. *Doctrina, Estudios, Notas y Comentarios. Nuevos Hitos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional a raíz de la Reforma de 2005*, Gaceta Jurídica (2008), p. 7.

¹⁷⁵ Artículo 93, número 6, de la Constitución Política.

o no sobre el mismo vicio respecto del cual ya había fallado el Tribunal Constitucional, declarando el precepto cuestionado como constitucional¹⁷⁶.

Un grave defecto de la antigua normativa, generado a raíz del carácter mixto y segmentado en dos órganos distintos, era que transgredía la unidad jurisdiccional, principio que asegura la coherencia de los fallos que se dictan, cualidad propia de la unicidad y de la especialidad del órgano, característica de la que no participaba el anterior sistema de control de constitucionalidad¹⁷⁷.

Debemos agregar que con anterioridad a la reforma existía una inde-seable dualidad interpretativa, en virtud de las distintas visiones hermenéuticas con que ambos tribunales, interpretaban la Carta Fundamental¹⁷⁸.

Finalmente, es del caso señalar, que la Corte Suprema, en el conocimiento de los recursos de inaplicabilidad, tuvo pronunciamientos claramente contradictorios, así en la materia relativa a la ley pre-constitucional, durante diez años sostuvo la improcedencia del recurso con relación a la ley anterior, después del año 1990 cambió radicalmente esta posición haciendo procedente el recurso incluso en contra de leyes dictadas en el siglo XIX¹⁷⁹.

Igualmente contradictoria fue la posición de la Corte en relación con el Decreto Ley número 2.695 de 1979¹⁸⁰, ya que sin explicación lógica, algunos fallos acogieron el recurso y otros lo desecharon¹⁸¹.

2. REGULACIÓN EN LA LEY N° 20.050

Sobre esta materia, las propuestas de la Alianza por Chile y de la Concertación son bastante diferentes del texto aprobado. Así, ambas mociones proponían lo siguiente “[S]on atribuciones del Tribunal Constitucional:

¹⁷⁶ En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional: del Doble Control Concentrado de Constitucionalidad a la Concentración del Control en el Tribunal Constitucional*, Ius et Praxis, Universidad de Talca (2002), p. 347.

¹⁷⁷ Planteamiento del profesor RÍOS ÁLVAREZ, en *Trascendencia de la Reforma Constitucional en la Fisonomía y las Atribuciones del Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica (2005), p. 26.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 27.

¹⁷⁹ Ver SAENGER GIANONI, FERNANDO. *Veinte Años de Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad*, Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción (2002), p. 67.

¹⁸⁰ Sobre regularización de la pequeña propiedad raíz.

¹⁸¹ En SAENGER GIANONI, FERNANDO. *Veinte Años de Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad*, Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción (2002), p. 38 a 43, 50 y 51.

8°. Declarar inaplicable en casos particulares de que conozca todo precepto legal contrario a la Constitución”¹⁸².

Finalmente el mérito de la redacción del artículo 93, número 6, de la Constitución Política¹⁸³ se encuentra en la Cámara de Diputados, dicha norma dispone lo siguiente: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6°. Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.

Dentro del precepto citado, destaca la frase “cuya aplicación”, que al parecer intenta reforzar el carácter concreto de este control. Como bien señaló el Tribunal Constitucional en uno de sus fallos “(...) ya no se trata de declarar inaplicable un precepto legal determinado contrario a la Constitución, sino que un precepto legal cuya eventual aplicación pueda resultar contraria a la Carta Fundamental”¹⁸⁴.

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA

El mencionado artículo posibilita que el juez se dirija ante el Tribunal Constitucional, situación novedosa en nuestro sistema y que analizaremos en las siguientes líneas.

Actualmente la inaplicabilidad puede ser planteada por el juez que conoce del asunto, o por cualquiera de las partes; por lo tanto, las vías son dos, la acción de inaplicabilidad intentada por la parte y la cuestión de inaplicabilidad, entablada por el juez.

La acción de inaplicabilidad supone que la parte se dirija ante el Tribunal Constitucional alegando que el precepto legal en que el juez debe basar su decisión es inconstitucional y, por lo mismo, no debe aplicarse al caso. No es habitual en el Derecho Comparado, que sea la parte la legitimada para dudar de la constitucionalidad de un precepto legal decisivo en la resolución del asunto, entre otras razones, porque antes de la decisión no sabe cuál es genuinamente el derecho con arreglo al cual el juez resolverá, punto sobre el que volveremos más adelante¹⁸⁵.

¹⁸² Moción Parlamentaria. Boletín N^{os} 2.526-07, de 4 de julio de 2000. Moción Parlamentaria. Boletín N^{os} 2.534-07, de 4 de julio de 2000.

¹⁸³ Antiguo artículo 80 del mismo texto.

¹⁸⁴ Rol 1288, de 11 de diciembre de 2008, sentencia dictada el 25 de agosto de 2009, considerando quincuagésimonoveno.

¹⁸⁵ Manifestado en GÓMEZ BERNALES, GASTÓN. *La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno*, pp. 671 y 672. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005).

Así, en el derecho español o alemán que contemplan esta modalidad de control, sólo el juez que decide el asunto está facultado para, incidentalmente, dudar de la validez constitucional de la ley. El “modelo chileno”, en cambio, es más amplio, incorporando a la parte como sujeto activo que pone en marcha el control constitucional¹⁸⁶.

Por otro lado, la cuestión de inaplicabilidad la entabla el juez y supone que sea éste el que dude de la constitucionalidad de él o los preceptos que juzga decisivos para resolver la gestión que se le presenta^{187 188}.

Sobre este punto, destaquemos que nuestro sistema orgánico ocupa indistinta e indiscriminadamente los términos “tribunal” o “juez”, en circunstancias de que en el ámbito procesal corresponden a conceptos perfectamente diferenciados. En efecto, el tribunal es el órgano público al que la ley otorga competencia para conocer de determinados conflictos, y el o los jueces son las personas naturales que actúan en su representación¹⁸⁹.

Sobre la legitimación activa para plantear la cuestión de inaplicabilidad, el profesor Colombo Campbell señala que si el tribunal es unipersonal, se produce una coincidencia entre el tribunal y el juez, por lo que no se visualiza problema alguno. En cambio, si el tribunal es colegiado, podemos preguntarnos, si eventualmente un juez de aquel órgano podría individualmente plantear un requerimiento de inaplicabilidad, o si

¹⁸⁶ En GÓMEZ BERNALES, GASTÓN. *La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno*, p. 672. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005).

¹⁸⁷ De las 259 solicitudes de inaplicabilidad que ingresaron al Tribunal Constitucional durante el año 2010, un 5% fue presentado por jueces y tribunales de alzada, que concurrieron directamente al Tribunal haciendo uso de la nueva facultad que les confirió la Constitución. Fuente: Cuenta Pública del Presidente del Tribunal Constitucional del mencionado año.

¹⁸⁸ Sobre el tema ver un interesante fallo del Tribunal Constitucional, Rol 1681, de 8 de abril de 2010, sentencia dictada el 11 de mayo del mismo año; referido a si el juez que plantea la cuestión de inaplicabilidad, debe tener la duda o la convicción de la inconstitucionalidad de la norma que impugna, todo ello con el fin de determinar la profundidad de la argumentación que debe utilizar el magistrado al efectuar el requerimiento de inaplicabilidad, y así no quedar inhabilitado de fallar el asunto en virtud del artículo 195, número 8, del Código Orgánico de Tribunales que reza lo que sigue: “*Son causas de implicancia: 8°. Haber el juez manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia*” o del artículo 196, número 10, del mismo cuerpo legal que dispone: “*Son causas de recusación: 10°. Haber el juez manifestado de cualquier modo su dictamen sobre la cuestión pendiente, siempre que lo hubiere hecho con conocimiento de ella*”. Prestar especial atención al voto disidente del Ministro Fernández Baeza.

¹⁸⁹ Indicado en COLOMBO CAMPBELL, JUAN. *El Requerimiento de Inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional*, Temas Actuales de Derecho Constitucional (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009), p. 69.

por el contrario, debiera exigirse que concurra la mayoría de los miembros de dicha magistratura para solicitar la inaplicación del precepto¹⁹⁰.

El citado autor, opina que esta materia deberá ser objeto de resolución por parte del Tribunal Constitucional.

Por su parte, el profesor Zúñiga Urbina propone que en los tribunales colegiados, cualquier juez que lo integre, en especial el juez o magistrado disidente o previniente, esté facultado para interponer la cuestión de inaplicabilidad¹⁹¹, opinión que compartimos.

Finalmente, mencionaremos al profesor Nogueira Alcalá quien indica que en este caso corresponde plantear la inaplicabilidad a los jueces, los tribunales o los funcionarios públicos o autoridades administrativas ante las que se desarrolla el procedimiento judicial o administrativo respectivo¹⁹².

Respecto de si esta cuestión es obligatoria o facultativa para el juez, el inciso undécimo del artículo 93 de la Carta es claro en concebirla como facultativa para el juez al decir “podrá” ser planteada por “el juez que conoce del asunto”. De modo que, la parte no puede obligar al juez a formular la cuestión, pues ella queda dentro de la esfera de su discrecionalidad¹⁹³.

En torno a esta facultad que la reforma del 2005 le entrega al juez, surgen algunas dificultades prácticas¹⁹⁴, a continuación nos referiremos a las que juzgamos de mayor relevancia.

4. CONTROL CONCENTRADO O CONTROL DIFUSO

Hay quienes sostienen que la cuestión de constitucionalidad sólo debe ser planteada por el juez cuando tiene dudas sobre la constitucionalidad de un precepto legal, por lo tanto, cuando un juez tiene la convicción

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ Sostenido en ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Acciones de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Temas Procesales* (Santiago, Legal Publishing, 2010), p. 23.

¹⁹² NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *El Control Represivo Concreto y Abstracto de Inconstitucionalidad de Leyes en la Reforma Constitucional 2005 de las Competencias del Tribunal Constitucional y los Efectos de sus Sentencias*, p. 596. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005).

¹⁹³ Ver GÓMEZ BERNALES, GASTÓN. *La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno*, p. 672. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005).

¹⁹⁴ Revisar las zonas de tensión entre la jurisdicción constitucional y la común en el texto del profesor GÓMEZ: *La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno*, pp. 676 a 678. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005).

de que una norma es contraria a la Constitución, simplemente no debe aplicarla. Esta es la opinión del profesor Martínez Estay¹⁹⁵, que es compartida por los profesores Ríos Álvarez¹⁹⁶ y Cea Egaña¹⁹⁷.

Punto de vista del que por cierto, no participamos, ya que a nuestro entender si en el conocimiento de una gestión pendiente, el juez advierte que un precepto legal puede tener un vicio de inconstitucionalidad, él tiene la facultad de concurrir al Tribunal Constitucional, para que éste se pronuncie sobre la conformidad de dicha norma con nuestra Carta Fundamental. El juez ordinario no está autorizado para dictaminar acerca de la constitucionalidad de la ley, estando obligado a aplicar la legislación vigente si correspondiere y en caso de dudas puede entablar la cuestión de inaplicabilidad.

Todo ello apoyándonos en el sistema de control de constitucionalidad concentrado, en el Tribunal Constitucional, que a nuestro entender se consagró en Chile a partir de la reforma de 2005, como quedó de manifiesto en la historia de su establecimiento¹⁹⁸.

Por tanto, en esta materia seguimos a los profesores Verdugo Ramírez¹⁹⁹, Zúñiga Urbina²⁰⁰, Pica Flores²⁰¹ y a la Corte Suprema en uno de sus fallos, el que señaló que “[T]ampoco puede recurrirse para dar solución a este asunto a lo que ha sostenido parte de la doctrina en cuanto a que cualquier tribu-

¹⁹⁵ Ver MARTÍNEZ ESTAY, JOSÉ. *Recurso de Inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y Juez Ordinario en la Reforma Constitucional*, pp. 465 a 468. En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador). *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia, 2005).

¹⁹⁶ Razonamiento expresado en RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. *La Acción de Inaplicabilidad de Preceptos Legales*, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, (2007), p. 128.

¹⁹⁷ Revisar CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *¡Finalmente, la Constitución fue Reformada!* Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado (2005), p. 54.

¹⁹⁸ En la discusión legislativa, el ministro del Tribunal Constitucional señor Valenzuela manifestó ser partidario de establecer un sistema de constitucionalidad concentrado en el Tribunal Constitucional “(...) debido a las innumerables ventajas que presenta el que sea un solo órgano el que resuelva estas materias”. En Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletines N^{os} 2.526-07 y 2.534-07, de 6 de noviembre de 2001. Opinión dada por el Tribunal Constitucional en sesiones celebradas los días 24 de enero y 7 de marzo de 2001.

¹⁹⁹ Ver VERDUGO RAMÍREZ, SERGIO. *La Declaración de Inconstitucionalidad de las Leyes como Control Represivo Abstracto. Una Especie de Nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos*, Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo (2008), pp. 258 y 259.

²⁰⁰ En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Acciones de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Temas Procesales* (Santiago, Legal Publishing, 2010), pp. 22 y 23.

²⁰¹ Sobre este asunto es preciso revisar PICA FLORES, RODRIGO. *Control Jurisdiccional de Constitucionalidad de la Ley en Chile: Los Procesos de Inconstitucionalidad y de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de Competencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2010), pp. 49 y 50.

nal de la República puede prescindir de un precepto inconstitucional dando directa aplicación al principio de la supremacía de la Carta Fundamental, por cuanto ello resultaría improcedente en nuestro ordenamiento jurídico constitucional que establece al Tribunal Constitucional como único contralor de la constitucionalidad de las leyes, además de introducir un factor de incertidumbre jurídica inaceptable con el buen orden institucional, por cuanto, además, en nuestro sistema la jurisprudencia de los tribunales superiores no es obligatoria para los inferiores”²⁰².

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en el fallo emitido a propósito de su ley orgánica, dispuso que “(...) *el espíritu de la reforma de 2005 fue reunir todo el control de constitucionalidad de los preceptos infraconstitucionales –dentro de los cuales se incluyen los preceptos de un tratado internacional– en el Tribunal Constitucional (...)*”²⁰³.

5. OPORTUNIDAD DEL CONTROL

Un tema que resulta necesario abordar es la oportunidad del control.

El artículo 93, número 6, nada dice sobre el momento en que puede deducirse la cuestión de inaplicabilidad por el juez o por la parte, sólo señala que la gestión debe encontrarse pendiente al momento de presentar el requerimiento, es decir, se fija un límite máximo de tiempo en el que éste puede plantearse, pero no se establece un plazo mínimo.

Tiene sentido que al juez se le produzcan dudas de constitucionalidad una vez que ha terminado el período de debate o argumentación de las partes, y una vez que adquiera certeza acerca de cuál o cuáles preceptos legales servirán de fundamento a su decisión del caso. Pero nada impide que lo haga una vez citadas las partes para oír sentencia. De hecho, es muy probable que así ocurra.

Para la parte, en cambio, nada obsta a deducir su acción desde el mismo instante en que es notificada la demanda; pero, en esta situación, como bien dice el profesor Gómez Bernal, “(...) *la inaplicabilidad podría estar construida sobre pies de barro, pues la parte carece de certeza acerca de cuál es el precepto legal que le servirá al juez para decidir. Como el juez de la instancia no ha establecido los fundamentos jurídicos de su decisión –no se ha dictado sentencia–, la parte actuará a ciegas pretendiendo saber cuál es el precepto que debería solucionar el asunto (...)*”²⁰⁴.

²⁰² Rol 249, de 5 de mayo de 2006, sentencia dictada el 4 de junio de 2008, considerando vigésimoprimer.

²⁰³ Rol 1288, de 11 de diciembre de 2008, sentencia dictada el 25 de agosto de 2009, considerando quincuagesimoséptimo.

²⁰⁴ GÓMEZ BERNAL, GASTÓN. *La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno*. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (COORDINADOR). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005), pp. 675 y 676.

En efecto, la parte en su escrito de impugnación señalará cuáles preceptos violentan la Constitución y cuál interpretación de la Carta aparece infringida. El Tribunal Constitucional, por su parte, al revisar el problema puede compartir o no el criterio del solicitante, pero deberá, antes que todo, determinar si el precepto que se demanda inaplicar es el que soluciona el caso o no. Por lo que, si la parte deduce la acción inmediatamente notificada la demanda, la inaplicabilidad podría, además, generar dudas en el Tribunal Constitucional acerca de cuál es el precepto que decide y errar en su apreciación.

Es relevante señalar que el juez constitucional, aquí tendrá la labor de anticiparse al pensamiento del juez ordinario, siendo capaz de prever cuál es el precepto que éste último utilizará y el sentido en que el juez ordinario lo interpretará, situación compleja que no es objeto de nuestro estudio, y que por ello sólo mencionamos.

Finalizando el tratamiento de este tópico, y tal como señala el autor recién mencionado, diremos que lo aconsejable es provocar las dudas de constitucionalidad en el juez, esperando que sea él quien utilice la cuestión de inaplicabilidad, y esperar la dictación de la sentencia para deducir, luego, el recurso como parte²⁰⁵, opinión que compartimos, ya que así estará determinada la legislación aplicada por el juzgador.

Respecto hasta cuándo se puede interponer la acción o cuestión de inaplicabilidad, podemos mencionar que para el profesor Gómez Bernales *“en el caso del juez de fondo, es claro que sólo lo puede hacer hasta antes de dictar sentencia y antes que se produzca el desasimio del tribunal en la causa. La parte, en cambio, puede hacerlo en tanto la gestión se encuentre pendiente (...)”*. Agregando que *“este último criterio se ha entendido en la práctica de la Corte Suprema como sinónimo de que la causa no se encuentre ejecutoriada, porque de otro modo no se podría hacer nada para reparar la situación. Como se trata de inaplicar el precepto que decidirá el asunto, si ya está decidido por resolución que cause ejecutoria, parece inapropiado ir más lejos, pues podría abrir un inmenso espacio de inseguridad respecto de todos los procesos ya sentenciados (...)”*²⁰⁶.

6. EXAMEN DE ADMISIBILIDAD

Por último, precisemos que la admisibilidad de la cuestión de inaplicabilidad la conoce una de las salas del Tribunal Constitucional, al igual que la suspensión del procedimiento.

²⁰⁵ GÓMEZ BERNALES, GASTÓN. *La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno*, p. 672. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005).

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 676.

Se admitirá dicha cuestión siempre que se verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución del asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establece la ley²⁰⁷, exigencias que no analizaremos aquí, pues ello excedería el marco de nuestro estudio.

IV. CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD^{208 209}

1. SU ESTABLECIMIENTO

La reforma instaura en Chile, por primera vez en su historia institucional, la facultad de un órgano constitucional de invalidar preceptos legales por ser contrarios a la Carta²¹⁰. El modelo de jurisdicción constitucional existente hasta la reforma preveía que un precepto o ley inconstitucional estaba vigente hasta que quien lo dictaba lo derogaba²¹¹.

La referida cuestión de inconstitucionalidad generó gran debate en el Congreso Nacional. La Cámara de Diputados dio redacción al actual número 7 del artículo 93, que detallaremos a continuación, y el veto presidencial reguló aspectos importantes en esta materia.

En el texto aprobado por la Comisión del Senado, en relación a las atribuciones del Tribunal, se señaló en el párrafo segundo del número 6 del artículo 93 que “*después de tres fallos uniformes²¹², el Tribunal Constitucional en pleno, de oficio o a petición de parte, por los dos tercios de sus miem-*

²⁰⁷ Existen múltiples problemas que pueden surgir en la práctica para cumplir con dichos requisitos de admisibilidad, para profundizar en el tema ver MASSMANN BOZZOLO, NICOLÁS. *La Admisibilidad del Recurso de Inaplicabilidad: a Tres Años de la Reforma*, Ius et Praxis, Universidad de Talca (2009). Sobre los criterios que las salas del Tribunal Constitucional han adoptado en la admisibilidad de la acción de inaplicabilidad (hasta el año 2007) ver CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *Escritos de Justicia Constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 35 (2007), pp. 112 a 119.

²⁰⁸ No olvidemos que la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable puede promoverse de oficio por el Tribunal Constitucional o mediante acción pública, por lo tanto resulta adecuado referirnos a ella como “cuestión de inconstitucionalidad”, siguiendo el tratamiento que sobre esta materia realiza la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su párrafo 7, título II, capítulo II.

²⁰⁹ Tengamos presente que, ni la moción de la Alianza por Chile, ni la de la Concertación consideraron este tema.

²¹⁰ Artículo 93, número 7, de la Constitución Política.

²¹¹ Hagamos presente la excepción de los decretos con fuerza de ley.

²¹² Ver el siguiente trabajo, donde se critica este punto: ALDUNATE LIZANA, EDUARDO. *Análisis crítico de las Reformas propuestas al Tribunal Constitucional*, Revista de Derecho, Universidad de Concepción, 1 (2002), p. 27 y 28.

bros, *declarará la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo, con efectos generales*”²¹³ ²¹⁴.

Por su parte, la Cámara de Diputados dispuso que el número 7° del artículo 93 rezara lo siguiente “*Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 7°. Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior*”²¹⁵.

El Ministro Valenzuela Somarriva propuso que después de tres fallos uniformes, fueran o no unánimes, naciera la acción de inconstitucionalidad, señaló que estaba consciente de discrepar completamente con la doctrina constitucional en este punto, porque todos los Tribunales Constitucionales establecían directamente la acción de inconstitucionalidad. Sin embargo, prefería ser más conservador en su proposición por dos motivos. En primer lugar, sostuvo que las instituciones no debían tener cambios muy bruscos, aún cuando el recurso de inaplicabilidad efectivamente presentaba varios problemas y no respondía a ningún parámetro jurídico válido al llevar en su esencia la desigualdad ante la ley. Su segundo argumento, fue que quienes integran este Tribunal son humanos y lo más grave que podía hacer un ministro de un tribunal de esta índole era dejar sin efecto una ley vigente que era aprobada por los Poderes Ejecutivo y Legislativo, lo cual podía convertirse en algo irreversible²¹⁶.

En un informe emitido por el propio Tribunal Constitucional, los Ministros Faúndez y Álvarez estuvieron de acuerdo en dotar al Tribunal de una acción que lo facultara para controlar represivamente y con efectos generales la constitucionalidad de las leyes, que complementara su función solamente preventiva en la materia²¹⁷.

²¹³ Oficio de la Cámara de Origen a la Cámara Revisora, N° 24.342, de 11 de noviembre de 2004.

²¹⁴ El sistema aquí planteado, es similar al que ejerce el Tribunal Constitucional de Portugal, el cual puede examinar y declarar, con efectos *erga omnes*, la inconstitucionalidad de cualquier norma que haya sido declarada previamente inconstitucional por dicho órgano, en tres casos concretos. Sobre el tema ver NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *El Control Represivo Concreto y Abstracto de Inconstitucionalidad de Leyes en la Reforma Constitucional 2005 de las Competencias del Tribunal Constitucional y los Efectos de sus Sentencias*. EN ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005), p. 601.

²¹⁵ Oficio de la Cámara Revisora a la Cámara de Origen, N° 5.656, de 22 de junio de 2005.

²¹⁶ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletines N°s 2.526-07 y 2.534-07, de 6 de noviembre de 2001.

²¹⁷ *Ibid.* Opinión dada por el Tribunal Constitucional en sesiones celebradas los días 24 de enero y 7 de marzo de 2001.

Además, en un informe complementario, se señaló que “*en lo concerniente a la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal con efectos generales, la cual en la práctica equivale a la derogación de una norma aprobada por el Poder Legislativo, corresponde que ella sea ejercida por el pleno de dicho Tribunal*”²¹⁸.

El veto número 18 del Presidente de la República planteó regular de una manera distinta a como lo propuso el Congreso la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable. Este veto, en primer lugar, abrió la posibilidad que existiera acción pública, además de la declaración de oficio, y, en segundo término, propendió a que el Tribunal Constitucional efectuara un análisis más circunstanciado acerca de la constitucionalidad de la norma cuestionada²¹⁹.

2. LEGITIMACIÓN ACTIVA

El modelo elegido por la reforma está estrechamente vinculado a la inaplicabilidad, ya que sólo una vez declarada la inaplicabilidad de un precepto legal se puede solicitar la inconstitucionalidad del mismo, de modo que si no hay tal declaración de inaplicabilidad no procede el reclamo de inconstitucionalidad en ninguna de sus modalidades o vías. Estas últimas son dos, a saber, la actuación de oficio del pleno del Tribunal Constitucional y la acción pública.

El control opera de oficio cuando el propio Tribunal Constitucional, después de haber declarado inaplicable un precepto legal en un caso concreto, considera que él es incompatible con nuestro ordenamiento constitucional, pudiendo así expulsarlo del ordenamiento jurídico. A juicio de dicha Magistratura, esta atribución constituye una facultad y no un deber²²⁰.

Por su parte, en la declaración de inconstitucionalidad por vía de acción pública, cualquier ciudadano está facultado para solicitar a la Sede Constitucional la expulsión de la legislación nacional de un precepto declarado inaplicable por una sentencia del propio Tribunal Constitucional en control concreto, debiendo el Tribunal examinar el precepto legal ahora en control abstracto, lo que posibilita la intervención de los

²¹⁸ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. *Reformas Constitucionales 2005 Antecedentes - Debates - Informes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), p. 399.

²¹⁹ Oficio de Observaciones del Ejecutivo a la Cámara de Origen, N° 174-353, de 16 de agosto de 2005.

²²⁰ EN VERDUGO RAMÍREZ, SERGIO. *La Declaración de Inconstitucionalidad de las Leyes como Control Represivo Abstracto. Una Especie de Nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos*, Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo (2008), p. 263.

órganos constitucionales concernientes, como son el Presidente de la República y ambas Cámaras del Congreso Nacional, las que podrán apersonarse en el procedimiento en cuanto órganos colegisladores, dando a conocer sus razonamientos y fundamentos sobre la constitucionalidad del precepto legal aprobado por ellas y aún vigente, todo ello dentro de normas que garanticen un debido proceso constitucional²²¹.

La reforma atribuye legitimidad al propio Tribunal Constitucional y a cualquier persona para reclamar la inconstitucionalidad partiendo del supuesto que, una vez declarada la inaplicabilidad de un precepto, existe interés público en establecer si es inconstitucional o no el enunciado normativo que ampara el precepto y, por ello, se abre a una legitimación amplia que no excluye a quien obtuvo la sentencia favorable de inaplicabilidad.

En esta situación, el Tribunal deberá pronunciarse sobre la derogación del precepto mediante un procedimiento que ofrezca garantías de que existirá debate público sobre el tema²²².

Por último, especifiquemos que corresponde a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, determinar dos aspectos sobre este tema: los requisitos de admisibilidad de la acción pública que se prevé para estos casos y el procedimiento que deberá seguirse para la actuación de oficio del Tribunal²²³.

Al efecto, el artículo 94 de la mencionada ley dispone que *“En los casos en que el Tribunal proceda de oficio, así lo declarará en una resolución preliminar fundada, que individualizará la sentencia de inaplicabilidad que le sirve de sustento y las disposiciones constitucionales transgredidas”*. Mientras que el inciso primero del artículo 95 del mismo cuerpo legal prescribe que *“Si la cuestión de inconstitucionalidad es promovida mediante acción pública, la o las personas naturales o jurídicas que la ejerzan deberán fundar razonablemente la petición, indicando precisamente la sentencia de inaplicabilidad previa en que se sustenta y los argumentos constitucionales que le sirven de apoyo”*.

²²¹ Información extraída de NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *El Control Represivo Concreto y Abstracto de Inconstitucionalidad de Leyes en la Reforma Constitucional 2005 de las Competencias del Tribunal Constitucional y los Efectos de sus Sentencia*. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005), pp. 599 y 600.

²²² Planteado por el profesor GÓMEZ en *La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional*. *El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno*. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005), p. 681.

²²³ *Ibid.* Tema abordado en el Párrafo 7 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, titulado “Cuestiones de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable”, artículos 93 a 104.

3. QUÓRUM

Respecto del quórum que se exige para lograr la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, la reforma contempla una regla bastante excepcional y difícil de cumplir, que prescribe que la inconstitucionalidad debe obtener cuatro quintos²²⁴ de los ministros en ejercicio para que prospere y produzca sus efectos; si no, se rechaza la solicitud.

Si analizamos el asunto, podemos concluir que se entrega a tres ministros la misma fuerza que a siete de ellos. Es decir, el quórum para bloquear una declaración de este tipo es bajo.

Lo que explicaría contemplar un quórum tan alto para sentenciar la inconstitucionalidad sería la idea de que la ley goza de una legitimidad constitucional que hay que presumir; sin embargo, una regla de este tipo entraba la inconstitucionalidad otorgando a una minoría del Tribunal Constitucional el poder de decidir lo que es constitucional o no²²⁵.

Para finalizar, resulta destacable que el 26 de marzo del año 2007, por primera vez en la historia de Chile, se declaró la inconstitucionalidad de un precepto legal en vigor, específicamente del artículo 116 del Código Tributario²²⁶, referido a las facultades que el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos delegaba en funcionarios del Servicio de menor jerarquía.

4. EVALUACIÓN DE LA REFORMA

Si realizamos una sintética evaluación de las reformas efectuadas por la Ley N° 20.050 al Tribunal Constitucional, en términos generales podemos calificarlas de positivas.

Nos centraremos en dos aspectos, que a nuestro juicio revisten gran trascendencia dentro de las modificaciones introducidas a dicho órgano.

Así, el conferir al Tribunal Constitucional el conocimiento y resolución de la acción de inaplicabilidad, constituye un avance significativo, ya que permite la superación de los problemas que afectaron a dicha ac-

²²⁴ Es decir, ocho de diez miembros.

²²⁵ Razonado por el profesor GÓMEZ BERNALES en su artículo: *La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno*. EN ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005), p. 682.

²²⁶ Rol 681, de 23 de marzo de 2006 (fecha de ingreso del requerimiento al Tribunal Constitucional). Sobre el punto ver SAENGER GIANONI, FERNANDO. *Análisis y Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional que declaró la Inconstitucionalidad del Artículo 116 del Código Tributario*, Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción (2007).

ción durante su radicación en la Corte Suprema y concentra en un sólo Tribunal independiente y especializado el control de constitucionalidad, lo que tiende a evitar la disparidad de criterios en la interpretación de la Carta Fundamental, fortaleciendo con ello la igualdad jurídica en la aplicación de preceptos constitucionales, el principio de la supremacía constitucional y la certeza jurídica.

Un notable avance, lo constituye el establecimiento de la inconstitucionalidad con efectos generales. Sin embargo, ella se ve empañada al establecerse como requisito indispensable para su procedencia la declaración previa de inaplicabilidad del mismo precepto, lo que nos parece, que trae más desventajas que aciertos. No divisamos razón para el establecimiento de este requisito, que por lo demás, genera dificultades prácticas, como por ejemplo la postergación de la expulsión de un precepto legal vigente pero claramente inconstitucional²²⁷, como bien lo grafica el profesor Ríos Álvarez “(...) cualquiera autoridad que tenga que aplicar en sus funciones, todos los días, una norma legal contraria a la Constitución, tiene que esperar que el litigante, en un proceso judicial en que deba aplicarse la misma norma, esgrima con éxito una acción de inaplicabilidad para poder –sólo entonces– impetrar su declaración de inconstitucionalidad”²²⁸.

Por ello, nos parece que lo más adecuado es permitir la acción de inconstitucionalidad sin la necesidad de cumplir el mencionado requerimiento, sin perjuicio, de que pongamos en tela de juicio a la propia acción de inaplicabilidad, tema que desarrollaremos en extenso en el siguiente capítulo.

²²⁷ Tengamos presente lo que señala el profesor ZAPATA LARRAÍN en su texto *Justicia Constitucional Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008), p. 298, quien dice que “(...) así como la lógica no acepta que dos proposiciones contradictorias sean ambas verdaderas, el Derecho no acepta que dos normas contradictorias sean válidas al mismo tiempo”.

²²⁸ RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. *El Nuevo Tribunal Constitucional*. En ZÚNIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005), p. 647. El profesor MARTÍNEZ ESTAY va más lejos y refiriéndose a la acción de inconstitucionalidad señala que “(...) más allá de lo novedoso de esta acción, lo cierto es que su consagración constitucional puede servir de aliciente para ‘inventar’ juicios o procedimientos judiciales, a fin de lograr la declaración previa de inaplicabilidad, y la posterior de inconstitucionalidad (...)”. En su artículo *Recurso de Inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y Juez Ordinario en la Reforma Constitucional*. En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador). *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia, 2005), p. 469.

CAPÍTULO TERCERO

NATURALEZA JURÍDICA DE LA INAPLICABILIDAD EN EL MODELO CHILENO

En el mundo contemporáneo los sistemas de control de constitucionalidad de la ley²²⁹ pueden revestir distintas modalidades²³⁰.

El sistema constitucional chileno es complejo, porque incluye tanto un control preventivo, obligatorio o eventual; y un control represivo, con efectos particulares o generales, según el caso.

En este esquema encontramos la llamada acción de inaplicabilidad²³¹, que puede ser caracterizada como un mecanismo de: control

²²⁹ Como tuvimos oportunidad de examinar en el capítulo I del presente trabajo, a partir de 1925 se comenzó a controlar la constitucionalidad de la ley en Chile, mediante el establecimiento de la acción de inaplicabilidad. Antes del mencionado año, la posibilidad de revisar la conformidad de las leyes con la Carta Fundamental era inexistente.

²³⁰ Sobre las distintas modalidades de los sistemas de control de constitucionalidad ver el texto del profesor Nogueira Alcalá llamado *Tópicos sobre Jurisdicción Constitucional y Tribunales Constitucionales*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 14 (2003).

²³¹ La que tiene gran relevancia, para graficar lo anterior mencionaremos que, durante el año 2010 la acción de inaplicabilidad significó el mayor número de ingresos al Tribunal, con un total de 259 requerimientos de inaplicabilidad, que representan un 85,2% del total que recibió dicho órgano durante el referido año. Fuente: Cuenta Pública del Tribunal Constitucional.

represivo²³², relativo o de efectos particulares²³³, que opera por vía de excepción²³⁴, facultativo²³⁵ y jurisdiccional^{236 237}.

²³² Modalidad que atiende al momento en el que se realiza el control. Sobre el punto ver MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN. *El Procedimiento, la Legitimación para Obrar y el Control de Admisibilidad en el Requerimiento de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 72 (2010), p. 395. ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Acciones de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Temas Procesales* (Santiago, Legal Publishing, 2010), p. 16. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *Tópicos sobre Jurisdicción Constitucional y Tribunales Constitucionales*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 14 (2003), p. 52. PICA FLORES, RODRIGO. *Control Jurisdiccional de Constitucionalidad de la Ley en Chile: Los Procesos de Inconstitucionalidad y de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de Competencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2010), p. 33. Entre otros.

²³³ Clasificación en función del efecto que produce la decisión de inconstitucionalidad. Ver NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *Tópicos sobre Jurisdicción Constitucional y Tribunales Constitucionales*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 14 (2003), p. 56. RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. *El Nuevo Tribunal Constitucional*. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005), p. 644. MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN. *El Procedimiento, la Legitimación para Obrar y el Control de Admisibilidad en el Requerimiento de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 72 (2010), p. 398. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *El Tribunal Constitucional y el Control de las Leyes*. En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional* (Santiago, Librotecnia, 2009), p. 81. En este sentido el artículo 47 k de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone que “la sentencia que declare la inaplicabilidad del precepto impugnado deberá especificar de qué modo su aplicación ‘en la gestión pendiente de que se trata’ resulta contraria a la Constitución”, con lo que queda de manifiesto que la inaplicabilidad sólo produce efectos en la gestión particular en que ella se plantea.

²³⁴ Se considera el modo en que se activa el control. Sobre el tema consultar NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *Tópicos sobre Jurisdicción Constitucional y Tribunales Constitucionales*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 14 (2003), p. 53.

²³⁵ Es decir, requiere de una acción entablada por el juez o por la parte para que el Tribunal Constitucional entre a conocer del asunto. Revisar los textos de PICA FLORES, RODRIGO. *Control Jurisdiccional de Constitucionalidad de la Ley en Chile: Los Procesos de Inconstitucionalidad y de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de Competencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2010), p. 33. ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad: Requerimiento de jueces entre legalidad y constitucionalidad*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 72 (2010), p. 297. MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN. *El Procedimiento, la Legitimación para Obrar y el Control de Admisibilidad en el Requerimiento de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 72 (2010), p. 399.

²³⁶ Atiende a la naturaleza del órgano que realiza el control. Esta característica es resaltada por el profesor ZÚÑIGA URBINA en varios de sus trabajos, como por ejemplo en *Acciones de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Temas Procesales* (Santiago, Legal Publishing, 2010), p. 18. En *Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad: Requerimiento de jueces entre legalidad y constitucionalidad*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 72 (2010), p. 297. Y en *La Relación Tribunal Constitucional-Tribunales de Fondo y los Efectos de la Sentencia de Inaplicabilidad acerca de los Presupuestos de la Acción*, Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales (2010), p. 372.

²³⁷ Características aceptadas en forma indiscutida por la doctrina nacional.

Siguiendo esta línea de ideas, y debido a las sustanciales modificaciones introducidas por la Ley N° 20.050, es necesario resaltar la característica que a nuestro entender genera mayores dificultades en la actualidad y a la que dedicaremos el presente capítulo, nos referimos al carácter concreto o abstracto de la acción de inaplicabilidad.

Como tuvimos oportunidad de detallar en el capítulo II, la reforma del 2005 introdujo cambios significativos a la acción en análisis.

Antes del año ya mencionado, la Corte Suprema entendió, conforme al texto del primitivo artículo 80 de la Constitución, que tratándose de la inaplicabilidad la norma legal debía ser per se contraria a la Carta, realizando una confrontación abstracta de normas y prescindiendo de la consideración del caso particular en que se objetaba su constitucionalidad²³⁸.

Consciente de las dificultades que trajo consigo el criterio restrictivo que la Corte Suprema atribuyó a la acción de inaplicabilidad, mediante la reforma que analizamos se modificó la redacción de la norma que regula la materia, facultando al Tribunal Constitucional para “*Resolver (...) la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contrario a la Constitución*”²³⁹, entendiéndose que la frase “cuya aplicación” vino a

²³⁸ Es necesario señalar, que el supuesto carácter abstracto que tenía la acción de inaplicabilidad antes de la Ley N° 20.050, sólo derivaba de la práctica jurisprudencial de la Corte Suprema, ya que de la sola lectura del primitivo artículo 80 de la Constitución no era posible afirmar con claridad que ese tipo de control haya sido el establecido en la Carta de 1980. Como señala el profesor SAENGER GIANONI, hasta la reforma de agosto de 2005 “*en repetidas oportunidades, la Corte Suprema señaló que el Recurso de Inaplicabilidad tenía como único objetivo resolver, después de un análisis detenido, si había contradicciones entre las normas legales y las constitucionales. Es decir, era de naturaleza abstracta y de puro derecho (...) se prescindía totalmente de los hechos y antecedentes fácticos del pleito o gestión en la cual incidía el asunto (...) era entonces una mera confrontación de normas (...)*”. En su artículo *Control Abstracto y Concreto en la Nueva Inaplicabilidad*. En *Temas Actuales de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009), p. 278. Es importante agregar, que el profesor ALDUNATE LIZANA sostiene que la inaplicabilidad ejercida por la Corte Suprema también tenía el carácter de concreta, al decir que “*(...) la caracterización de la antigua facultad de la Corte Suprema como un control abstracto no es del todo precisa, en cuanto la idea de control abstracto alude al caso de confrontación normativa que se realiza de manera desvinculada de un caso o situación concreta del que esté conociendo un tribunal. No era este el caso en el antiguo recurso de inaplicabilidad, desde el momento en que el conocimiento que podía tener la Corte Suprema de una acción de inaplicabilidad, o la respectiva declaración que podía realizar de oficio, operaba sobre la base, requisito constitucional, de una gestión concreta (...)*”. En ALDUNATE LIZANA, EDUARDO. *Jurisprudencia Constitucional 2006-2008. Estudio Selectivo* (Santiago, Legal Publishing, 2009), p. 11.

²³⁹ Artículo 93, número 6, de la Constitución Política.

aclarar el verdadero sentido de esta forma de control, como tendremos oportunidad de explicar en el curso del presente trabajo.

Por último, hacemos presente que en este capítulo no examinaremos todos los tópicos relacionados con la inaplicabilidad, pues ello excedería ampliamente el marco de nuestro estudio, sino que sólo abordaremos los temas que juzgamos de mayor relevancia y en los que estimamos podemos realizar un aporte.

De esta forma, nos centraremos en la naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad.

I. ASPECTOS HISTÓRICOS

Es común señalar que el denominado “control concreto” tuvo sus orígenes en el control difuso del derecho norteamericano, en el cual el conflicto constitucional, para ser resuelto en sede jurisdiccional, requiere, en principio, de actos de aplicación en el marco de un proceso jurisdiccional pendiente de resolver²⁴⁰.

En dicho sistema, de acuerdo al profesor Nogueira Alcalá *“la justicia-bilidad de un caso constitucional no se produce sólo por un conflicto entre la ley y la Constitución, es necesario además que exista una parte procesal, a la cual la norma legal le produzca un agravio suficiente y actual, que por la vía jurisdiccional ordinaria pueda obtener reparación en defensa de sus derechos (...) debe existir un hecho específico concreto que demuestre la existencia de un daño o agravio (injury) directo e inmediato que sufre la persona del demandante, producido por el demandado (relación de causalidad: causation), que puede ser superado o remediado (redress) por una decisión favorable del tribunal”*²⁴¹.

Por su parte, el profesor Aviña Martínez señala que en atención a los antecedentes históricos, el concepto de control concreto *“(...) se resume en la judicial review norteamericana y (...) se distingue también por la peculiaridad de que cualquier juez puede pronunciarse sobre la aquiescencia constitucional de la ley, de tal suerte que puede decidir incluso, dejar de aplicarla, por estimar que es contraria a la Constitución”*²⁴².

²⁴⁰ Elemento que el profesor PICA FLORES denomina “incidentalidad” en su artículo *¿En qué consiste el denominado “Control Concreto de Constitucionalidad” y en qué medida la Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de la Ley participa de dicha caracterización?*, Estudios Constitucionales (Santiago, Librotecnia, 2010), p. 334.

²⁴¹ NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *Tópicos sobre Jurisdicción Constitucional y Tribunales Constitucionales*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 14 (2003), p. 58.

²⁴² AVIÑA MARTÍNEZ, ROGELIO. *El Control Previo en el Derecho Constitucional Local: Un Visor a la Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado de Coahuila de Zaragoza* (México, UNAM, 2009), p. 259. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2642/15.pdf>. Fecha consulta: 10 de octubre de 2011.

De acuerdo a lo expresado es posible concluir que la noción de control concreto surgió vinculada al sistema de control difuso.

Dentro de esta corriente que unió los conceptos de control difuso y concreto, el profesor Aldunate Lizana indica que “(...) *tradicionalmente, cuando se habla de control concreto, se hace referencia a un control en que el contraste normativo entre el respectivo precepto (cuestionado por la incidencia que tiene en la cuestión a resolver) y la Constitución es hecha por el tribunal que conoce del asunto (...)*”²⁴³.

Como podemos observar este planteamiento parte de la base que el control concreto requiere la existencia de un sistema difuso.

Para comprender cómo se originó la combinación del control concreto-concentrado diremos que en los orígenes del sistema europeo el control de normas aparecía totalmente desvinculado de su aplicación a casos específicos, por lo que hasta mediados de siglo, se podía asumir una conceptualización concentrada-abstracta del sistema del viejo continente, al punto que García de Enterría señala que por parte de los Tribunales Constitucionales no se enjuicia hechos concretos, sino sólo la compatibilidad entre dos normas abstractas, en contraposición al carácter difuso-concreto del sistema norteamericano²⁴⁴.

Esta total abstracción del modelo concentrado comenzó a relativizarse con la Reforma Constitucional austriaca de 1929 que confirió iniciativa a los jueces para cuestionar la constitucionalidad de normas ante el Tribunal Constitucional, introduciendo en el sistema concentrado el elemento de “incidentalidad” del control de constitucionalidad norteamericano²⁴⁵.

Este elemento, en opinión de Giancarlo Rolla, opera porque “(...) *el juicio de constitucionalidad no se instaura autónomamente, sino que surge como un incidente en el curso de un procedimiento jurisdiccional que se realiza ante un juez común (...)*”²⁴⁶.

²⁴³ ALDUNATE LIZANA, EDUARDO. *Jurisprudencia Constitucional 2006-2008. Estudio Selectivo* (Santiago, Legal Publishing, 2009), p. 11.

²⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Citado en PICA FLORES, RODRIGO. *¿En qué consiste el denominado “Control Concreto de Constitucionalidad” y en qué medida la Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de la Ley participa de dicha caracterización?*, Estudios Constitucionales (Santiago, Librotecnia, 2010) pp. 336 y 337.

²⁴⁵ EN PICA FLORES, RODRIGO. *¿En qué consiste el denominado “Control Concreto de Constitucionalidad” y en qué medida la Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de la Ley participa de dicha caracterización?*, Estudios Constitucionales (Santiago, Librotecnia, 2010), p. 338.

²⁴⁶ ROLLA, GIANCARLO. *Juicio de Legitimidad Constitucional y Tutela de los Derechos Fundamentales*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, (2005), p. 278. Disponible en http://www.iidpc.org/revistas/3/pdf/287_307.pdf. Fecha Consulta: 10 de octubre de 2011.

En el mismo sentido, el profesor Pica Flores señala que en el sistema constitucional alemán e italiano se introdujo tras la Segunda Guerra Mundial el control de constitucionalidad de normas “con elemento de incidentalidad” en el marco de su aplicación a juicios pendientes, deviniendo así en el actual control concreto, fenómeno a partir del cual el sistema kelseniano inició una transformación, que rompió el binomio concentrado-abstracto y dio vida al sistema concentrado-concreto que es el que rige actualmente en nuestro país²⁴⁷.

II. CONTROL CONCRETO²⁴⁸

En doctrina se distingue entre control abstracto y control concreto, por lo que consideramos preciso conceptualizar ambos términos.

Para definir el control abstracto de constitucionalidad recurriremos al autor mexicano Aviña Martínez, que a nuestro juicio plasma con claridad su sentido, al decir que “(...) *es un control de interés de orden constitucional, mediante el cual el órgano jurisdiccional, encargado de la defensa de*

²⁴⁷ En PICA FLORES, RODRIGO. *¿En qué consiste el denominado “Control Concreto de Constitucionalidad” y en qué medida la Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de la Ley participa de dicha caracterización?*, Estudios Constitucionales (Santiago, Librotecna, 2010), p. 339.

²⁴⁸ Si revisamos el control concreto en Europa tenemos el caso de Austria, en donde la cuestión de constitucionalidad se produce en el evento de que el Tribunal Administrativo, el Tribunal Supremo de Justicia o una jurisdicción de apelación tenga dudas acerca de la legitimidad de la ley que debe aplicar o cuando cualquier tribunal dude sobre la conformidad del reglamento, caso en el que estos tribunales deben suspender el procedimiento y dirigirse al Tribunal Constitucional.

En España el control concreto de constitucionalidad se produce cuando un juez ordinario de oficio o a instancia de parte, mediante un fallo, de remisión irrecurrible, se dirige al Tribunal Constitucional al existir una “duda razonable” sobre la constitucionalidad de la ley.

Por su parte, en la República Federal de Alemania el artículo 100 de su Ley Fundamental establece la cuestión de constitucionalidad, la que se plantea al Tribunal Constitucional, cuando el juez ordinario entienda que la ley aplicable al litigio sometido a su conocimiento, es contraria a la Constitución.

En la Federación Rusa, cualquier tribunal podrá motivar la cuestión de constitucionalidad de la ley ante el Tribunal Constitucional, quedando a salvo el derecho de las partes para alegar la excepción de inconstitucionalidad en el transcurso de un proceso judicial.

Finalmente, Hungría, Eslovenia y Bélgica han instituido una cuestión de constitucionalidad, que se somete ante la Corte de Arbitraje, cuando se plantea la excepción de inconstitucionalidad por las partes en un juicio.

En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Control Concreto de Constitucionalidad: Recurso de Inaplicabilidad y Cuestión de Constitucionalidad en la Reforma Constitucional*. En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador). *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecna, 2005), pp. 483 y 484.

la Constitución, realiza un juicio de comparación, entre la norma controlada y el texto fundamental a efecto de verificar si existe alguna contravención a este último; comparación que debe realizarse completamente al margen de todo caso concreto y de la aplicación de que haya podido tener esa ley (...)"²⁴⁹.

Ahora, centrándonos en el llamado control concreto, diremos que en Chile no existe una definición genérica a su respecto²⁵⁰, ya que ni en la Constitución ni en la génesis de sus reformas se señaló qué es lo que debe entenderse por "control concreto de constitucionalidad de preceptos legales" para efectos de la inaplicabilidad²⁵¹.

Del análisis de la doctrina nacional sólo es posible extraer nociones sobre lo que debe entenderse por esta forma de control.

Debido a lo expresado recurriremos al derecho comparado y luego expondremos una selección de las ideas que sobre el tema aporta la doctrina de nuestro país.

Así, en Europa es posible encontrar una primera aproximación en este sentido, al conceptualizar el control concreto como "(...) la posibilidad reconocida al juez ordinario, cuando tiene que aplicar en un juicio una norma de cuya constitucionalidad tenga dudas –por ejemplo, una ley- de suspender la resolución sobre el juicio y plantear la cuestión ante el juez constitucional"²⁵².

Por su parte, el autor italiano Pizzorusso al referirse al control concreto indica que "(...) es un control que se ejerce en función de la aplicación que la disposición o norma de cuya constitucionalidad se duda debe recibir o ha recibido respecto de un supuesto de hecho determinado, ya sea porque la realización del control corresponde al mismo juez que debe resolver dicho juicio, ya sea porque corresponde a un juez diferente cuya específica competencia se atribuye como derogación de la del juez 'ordinario' y que se presenta, por ello, como un juez 'especial'. En el primer caso, evidentemente, el control es tanto difuso como

²⁴⁹ AVIÑA MARTÍNEZ, ROGELIO. *El Control Previo en el Derecho Constitucional Local: Un Visor a la Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado de Coahuila de Zaragoza* (México, UNAM, 2009), p. 258. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2642/15.pdf>. Consultado el 10 de octubre de 2011.

²⁵⁰ Sobre este punto no se visualiza un esfuerzo de parte de la doctrina chilena en orden a dar un concepto de control concreto.

²⁵¹ Así lo manifiesta el profesor PICA FLORES en su obra: *¿En qué consiste el denominado "Control Concreto de Constitucionalidad" y en qué medida la Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de la Ley participa de dicha caracterización?*, Estudios Constitucionales (Santiago, Librotecnia, 2010), p. 332.

²⁵² BON, PIERRE. *La protección Constitucional de los Derechos Fundamentales: aspectos de Derecho Comparado Europeo*. Citado en PICA FLORES, RODRIGO. *¿En qué consiste el denominado "Control Concreto de Constitucionalidad" y en qué medida la Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de la Ley participa de dicha caracterización?*, Estudios Constitucionales (Santiago, Librotecnia, 2010), pp. 340 y 341.

concreto, mientras que en el segundo es concentrado pero no necesariamente abstracto”²⁵³.

Desde la América Hispana²⁵⁴, el control de constitucionalidad concreto inserto en un sistema concentrado puede ser entendido como aquel “que ejerce el Tribunal Constitucional a instancias de un juez o tribunal que, a la hora de resolver un determinado litigio, se encuentra en la necesidad de aplicar una ley sobre cuya constitucionalidad se le plantean dudas o existen divergencias de opinión, por lo que eleva la cuestión sobre la constitucionalidad de la ley al Tribunal Constitucional”²⁵⁵.

En el mismo sentido el autor mexicano Aviña Martínez lo define como aquel que “(...) se realiza con motivo de un caso concreto o litigio, en el que además de ventilarse la cuestión de constitucionalidad planteada por alguna de las partes, necesariamente el órgano controlador debe decidir el derecho en disputa por los colitigantes, de ahí, que su determinación por cuanto a la conformidad o no de la norma general con la Constitución, afectará también un interés particular, en este caso el de los contendientes en el juicio ordinario (...)”²⁵⁶.

En el ámbito nacional, el profesor Zúñiga Urbina, al referirse al control concreto señala que se trata de “(...) un examen de constitucionalidad de normas legales relevantes y pertinentes para fallar un conflicto o “gestión” seguido ante un tribunal ordinario o especial”²⁵⁷.

Si extraemos una de las ideas que el mismo autor expone en otro de sus trabajos, podemos decir que el control concreto es el que está “(...) ligado a los extremos fácticos del caso en que la aplicación del precepto legal resulte contraria a la Constitución (...)”²⁵⁸.

²⁵³ PIZZORUSSO, ALESSANDRO. *La Justicia Constitucional Italiana, entre Modelo Difuso y Modelo Concreto en Fundamentos*, Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional, (2006), p. 250.

²⁵⁴ Influenciada por la *judicial review* y al mismo tiempo por el pensamiento kelsesiano.

²⁵⁵ BRAGE CAMAZANO, JOAQUÍN. *La Acción de Inconstitucionalidad*. Citado en PICA FLORES, RODRIGO. *¿En qué consiste el denominado “Control Concreto de Constitucionalidad” y en qué medida la Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de la Ley participa de dicha caracterización?*, Estudios Constitucionales (Santiago, Librotecnia, 2010), pp. 341 y 342.

²⁵⁶ AVIÑA MARTÍNEZ, ROGELIO. *El Control Previo en el Derecho Constitucional Local: Un Visor a la Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado de Coahuila de Zaragoza* (México, UNAM, 2009), p. 259. Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2642/15.pdf>. Fecha de consulta: 10 de octubre de 2011.

²⁵⁷ ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Control Concreto de Constitucionalidad: Recurso de Inaplicabilidad y Cuestión de Constitucionalidad en la Reforma Constitucional*, NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (COORDINADOR). *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia, 2005), p. 474.

²⁵⁸ ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad: Requerimiento de jueces entre legalidad y constitucionalidad*, *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, 72 (2010), p. 297.

Por último, sobre el control en estudio el profesor Ríos Álvarez indica que éste “(...) obliga a prestar atención a la particularidad del caso concreto en que la acción se interpone, en lugar de prescindir de la especialidad del caso y de los efectos lesivos de la aplicación de la norma (...)”²⁵⁹.

En base a lo mencionado, y teniendo en consideración las características centrales del control en estudio, diremos que el control concreto “es aquel que opera al analizar si la aplicación de una norma genera efectos inconstitucionales en una gestión pendiente”.

En consecuencia, entendemos que para estar frente a un sistema de control concreto de constitucionalidad, deben concurrir dos requisitos copulativos, los cuales son: 1) La existencia de una gestión, de naturaleza jurisdiccional, para cuya resolución deba o pueda aplicarse una norma legal eventualmente inconstitucional. 2) Que la supuesta inconstitucionalidad provenga de la aplicación de la norma y no de su sólo enunciado. Es decir, debe examinarse si se produce un resultado o un efecto inconstitucional, como consecuencia de resolverse el caso conforme a una determinada norma legal.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD

Es el artículo 93, número 6, de la Carta Fundamental el que sirve de base en el análisis de esta materia. Dicho precepto dispone que “*Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6°. Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución*”.

1. DOCTRINA

Atendido el inequívoco tenor literal del artículo recién transcrito, en la cuestión de inaplicabilidad el objeto controlado ya no es el precepto legal abstractamente considerado, sino los efectos de su aplicación. Por

²⁵⁹ RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. *El Nuevo Tribunal Constitucional*, ZÚNIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005), p. 639. Es relevante destacar, que esta conceptualización es la más utilizada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo que se desprende a partir del Rol 478, de 11 de abril de 2006, sentencia dictada el 8 de agosto de 2006. Dato indicado por el profesor PICA FLORES, en su artículo *¿En qué consiste el denominado “Control Concreto de Constitucionalidad” y en qué medida la Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de la Ley participa de dicha caracterización?*, Estudios Constitucionales (Santiago, Librotecnia, 2010), p. 366.

ello, en nuestro país se asume como un hecho indiscutido el carácter concreto de la inaplicabilidad, como fluye de las opiniones que reseñaremos a continuación.

En efecto, el profesor Pica Flores, siguiendo a los profesores Zúñiga Urbina y Vega Méndez, señala que el instituto de la inaplicabilidad es un tipo de control de constitucionalidad concreto, añadiendo que “(...) en el control concreto la inconstitucionalidad que se declara, más que en la norma aparece claramente en los efectos de su aplicación (...)”²⁶⁰.

En similares términos el profesor Ríos Álvarez opina que “(...) la inaplicabilidad cumple la función de impedir que la parte que la invoca en el caso concreto del que conoce un tribunal, se vea afectada por un precepto legal cuya aplicación a ese caso particular resulte evidentemente contraria a la Constitución y, especialmente a los fines perseguidos por ésta”, agregando que “en este instituto procesal lo más decisivo es el examen particular acerca de si, en ese caso, la aplicación del precepto cuestionado pudiera generar efectos opuestos a la finalidad implícita de aquélla”²⁶¹.

De la misma forma, el profesor Gómez Bernales la califica como concreta, al decir “la inaplicabilidad –la acción y la instituida cuestión de inaplicabilidad– es una técnica que la Constitución instituye para resolver conflictos normativos de jerarquía que se suscitan en el sistema jurídico con la aplicación de normas a casos concretos y para tutelar derechos fundamentales (...)”²⁶².

En el mismo sentido el profesor Nogueira Alcalá conceptualiza la inaplicabilidad como un control de tipo concreto al decir que el Tribunal Constitucional examinará la legalidad del precepto legal aplicado al caso concreto²⁶³.

De igual manera, al comentar las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.050, el profesor Martínez Estay se refiere a ella como un con-

²⁶⁰ PICA FLORES, RODRIGO. *Control Jurisdiccional de Constitucionalidad de la Ley en Chile: Los Procesos de Inconstitucionalidad y de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de Competencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2010), pp. 33 y 77.

²⁶¹ RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. *Trascendencia de la Reforma Constitucional en la Fisonomía y las Atribuciones del Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica (2005), p. 28.

²⁶² GÓMEZ BERNALES, GASTÓN. *La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno*, ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005), p. 668. Tengamos presente que en el mencionado artículo, en todo momento su autor se refiere a la inaplicabilidad como un “control concreto”.

²⁶³ EN NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *El Control Represivo Concreto y Abstracto de Inconstitucionalidad de Leyes en la Reforma Constitucional 2005 de las Competencias del Tribunal Constitucional y los Efectos de sus Sentencias*. EN ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005), p. 597

trol de tipo concreto, al señalar que mediante la expresión “cuya aplicación” se enfatizó el carácter concreto de esta forma de control²⁶⁴.

Por su parte, el profesor Hormazábal Malarée explica que el ordenamiento jurídico chileno vino a coincidir con el alemán y español, al reconocer a sus Tribunales Constitucionales facultades para emitir juicios de compatibilidad constitucional no sólo entre la norma y la Constitución, sino también entre la aplicación de esa norma y la Constitución, añadiendo que “(...) *a partir de ahora el juez constitucional chileno dejará de ser el juez abstracto que simplemente emite juicios de validez constitucional sobre la norma, para transformarse, como juez del Estado constitucional de derecho chileno, en un juez que habrá de entrar a la resolución de casos concretos (...)*”²⁶⁵.

Por último, mencionaremos la definición de inaplicabilidad que entrega el profesor Colombo Campbell, ya que en ella se pone de manifiesto la naturaleza del control ejercido por la magistratura constitucional en sede de inaplicabilidad al señalar que “(...) *es la facultad que la Constitución otorga al Tribunal Constitucional para declarar que un precepto legal en un caso concreto en litis es contrario a la Constitución y que, en consecuencia, no puede ser aplicado por el juez que conoce del asunto*”^{266 267}.

²⁶⁴ Revisar MARTÍNEZ ESTAY, JOSÉ. *Recurso de Inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y Juez Ordinario en la Reforma Constitucional*. En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (COORDINADOR). *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia, 2005), p. 461.

²⁶⁵ HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN. *El Nuevo Tribunal Constitucional. Los Derechos Fundamentales y el Moderno Recurso de Inaplicabilidad* (2° edición, Santiago, Legal Publishing, 2008), p. 19.

²⁶⁶ COLOMBO CAMPBELL, JUAN. *El Requerimiento de Inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional*, Temas Actuales de Derecho Constitucional (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009), p. 65.

²⁶⁷ Detallemos que igualmente califican la sede de inaplicabilidad como un control concreto el profesor ZÚÑIGA URBINA en su artículo *Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad: Requerimiento de jueces entre legalidad y constitucionalidad en Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, 72 (2010), p. 297 y 298. Idea que repite en sus textos *La Relación Tribunal Constitucional-Tribunales de Fondo y los Efectos de la Sentencia de Inaplicabilidad acerca de los Presupuestos de la Acción*, Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales, (2010), p. 372. Y en *Acciones de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Temas Procesales* (Santiago, Legal Publishing, 2010), pp. 88 y 89. Y el profesor ROMÁN CORDERO en su obra *El Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad como Mecanismo de Control de la Arbitrariedad del Legislador*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 72 (2010), pp. 358 y 360.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A partir de la reforma del año 2005, el Tribunal Constitucional ha entendido que su tarea difiere de aquella que la Corte Suprema practicó en materia de inaplicabilidad en la tradición constitucional chilena²⁶⁸, destacando en innumerables fallos el carácter concreto de la actual inaplicabilidad²⁶⁹.

El entendimiento del Tribunal Constitucional, acerca del tipo de examen que debe practicar, puede resumirse citando el fallo Rol 1295²⁷⁰, en que se enfrentaron algunas compañías de seguros y Bomberos, planteando la inaplicabilidad de los artículos 3 y 4 del Decreto Ley N° 1.757 en cuanto establecen un gravamen para las compañías de seguros que cubren incendios, a efectos de solventar los costos de accidentes, muertes o lesiones de voluntarios del Cuerpo de Bomberos²⁷¹.

²⁶⁸ Manifestado en CORREA SUTIL, JORGE. *Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Legal Publishing, 2011), p. 54.

²⁶⁹ Por lo tanto, no se puede seguir predicando el carácter abstracto o meramente “doctrinario” de esta acción de impugnación, como lo señaló reiteradamente la Corte Suprema en sus fallos en el marco del artículo 86 de la Carta de 1925 y del artículo 80 de la Constitución de 1980 antes de la reforma de la Ley 20.050.

²⁷⁰ De 31 de diciembre de 2008, sentencia dictada el 6 de octubre de 2009.

²⁷¹ No entraremos al análisis de dicho fallo, ya que en este caso lo que nos interesa destacar es el control concreto que el Tribunal Constitucional atribuye a la inaplicabilidad, por ello en el texto sólo se transcriben los considerandos que expresan dicha idea. A pesar de lo señalado, estimamos preciso reproducir los preceptos cuestionados, que señalan lo siguiente: Artículo 3 “*Los beneficios que este decreto ley concede, serán de cargo de las entidades aseguradoras y mutualidades que cubran en Chile el riesgo de incendio, a prorrata de las primas directas en ese riesgo, en el semestre inmediatamente anterior a la fecha en que deban efectuarse los pagos. En caso de incumplimiento de esta obligación, la Superintendencia de Valores y Seguros podrá aplicar las sanciones establecidas en el artículo 27 del Decreto Ley número 3.538, de 1980, a las entidades aseguradoras y mutualidades infractoras*”. Artículo 4 “*La Superintendencia de Valores y Seguros cobrará a las entidades aseguradoras, en cada oportunidad, las cuotas de prorrato; pagará los beneficios que concede este decreto ley; cotizará y contratará por cuenta de los voluntarios o sus beneficiarios, según corresponda, rentas vitalicias en compañías de seguros de vida, conforme lo señalado en las letras c) y d) del artículo 1° de este decreto ley, y proveerá a las instituciones que se mencionan en el artículo siguiente, de los fondos necesarios para los efectos contemplados en este decreto ley.*

La Superintendencia de Valores y Seguros establecerá la forma y oportunidad en que se deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos para acceder a los beneficios contemplados en este decreto ley y podrá suspender el pago de estos cuando determine, fehacientemente, el incumplimiento de tales requisitos. Para estos efectos, dicha Superintendencia dictará una norma de carácter general previa consulta a la Junta Nacional de Cuerpo de Bomberos de Chile, la que deberá ser publicada en el Diario Oficial”.

Los siguientes considerandos expresan un verdadero compendio de lo que la jurisprudencia constitucional entiende en cuanto a la naturaleza de su competencia en sede de inaplicabilidad.

Al efecto, en el considerando decimosexto se señaló que “(...) *de la simple comparación del texto del actual artículo 93 N° 6, 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 –y más bien abstracta– entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora –en cambio– se está en presencia de una situación completamente 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, todo lo cual –ciertamente–, como se ha indicado, relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior*”.

Agregando en el considerando decimoséptimo “*que lo expresado, entonces, permite colegir que las características y circunstancias particulares y precisas del caso concreto de que se trate han adquirido, en el actual texto constitucional, una relevancia sustancialmente mayor de la que debía atribuírsele 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. De esta manera, como se ha precisado por esta Judicatura Constitucional, el que en un caso determinado se declare un precepto legal inaplicable por producir un efecto inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá formular igual declaración. Así las cosas, lo que el Tribunal debe efectuar es un examen concreto de si la norma aplicada a la gestión produce efectos o resultados contrarios a la Constitución Política (...)*”.

Añadiendo en otro de sus fallos que la conformidad constitucional de un precepto legal, en sede de inaplicabilidad, se examina “(...) *después de confrontarlo con el caso concreto, cuando se manifiesten los resultados de su aplicación (...)*”²⁷² consecuencia de ello es que “(...) *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 (...)*”²⁷³.

²⁷² Rol 546, de 21 de julio de 2006, sentencia dictada el 17 de noviembre de 2006. Voto de rechazo del requerimiento de los ministros señores COLOMBO CAMPBELL, FERNÁNDEZ BAEZA, VENEGAS PALACIOS, NAVARRO BELTRÁN y FERNÁNDEZ FREDES, considerando 2°.

²⁷³ Rol 546, de 21 de julio de 2006, sentencia dictada el 17 de noviembre de 2006. Voto de rechazo del requerimiento de los ministros señores COLOMBO CAMPBELL, FERNÁNDEZ BAEZA, VENEGAS PALACIOS, NAVARRO BELTRÁN y FERNÁNDEZ FREDES, considerando 3°.

Lo ya expuesto acerca del carácter concreto de la acción de inaplicabilidad es reiterado y desarrollado en numerosos fallos posteriores.

Así, en el Rol 654²⁷⁴, la sede constitucional declaró que para resolver los reproches de inconstitucionalidad del precepto “(...) *en su aplicación a la gestión pendiente de que se trata, es menester determinar si dicha aplicación es susceptible de producir efectivamente un resultado inconstitucional (...)*”²⁷⁵.

En el mismo sentido, en un fallo dictado el año 2007²⁷⁶, el Tribunal explicó la diferencia entre el juicio de inaplicabilidad y el de inconstitucionalidad, por lo que vale la pena citarlo, así “(...) *el juicio de inconstitucionalidad expresa una comparación abstracta de dos normas de distinto rango, para constatar su manifiesta incompatibilidad. La ilegitimidad constitucional del precepto legal emana de su propio enunciado, sin referencia a una situación singular. La sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, que excluye el precepto del ordenamiento jurídico, produce efectos generales.*

En la inaplicabilidad, por el contrario, la decisión jurisdiccional ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación de la norma impugnada puede tener en el caso concreto y no, necesariamente, en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional. Los efectos de la resolución son relativos y conciernen a las partes del juicio o gestión en que inciden.

De lo expuesto se sigue, que no existe una relación causal entre ambos juicios –de inaplicabilidad e inconstitucionalidad–, en términos que la inaplicabilidad de un precepto provoque necesariamente su inconstitucionalidad. Perfectamente una disposición inaplicable puede ser constitucional en abstracto y resultar aplicable en otros casos”²⁷⁷.

A mayor abundamiento mencionaremos el Rol 1006, de 3 de diciembre de 2007²⁷⁸, que señaló que “(...) *el propósito de la Carta Fundamental, a través del mecanismo de la inaplicabilidad, es precisamente evitar que se aplique una norma en una gestión pendiente con resultados contrarios a la Constitución (...)*”²⁷⁹ y la causa Rol 482, de 17 de abril de 2006²⁸⁰, que refiriéndose a la inaplicabilidad sostuvo que es “(...) *la aptitud del o de los preceptos legales objetados para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución (...)*”²⁸¹.

²⁷⁴ De 10 de noviembre de 2006, sentencia dictada el 30 de mayo de 2007.

²⁷⁵ Considerando décimo.

²⁷⁶ Rol 558, de 17 de agosto de 2006, sentencia dictada el 5 de junio de 2007.

²⁷⁷ Considerando quinto.

²⁷⁸ En sentencia dictada el 22 de enero de 2009.

²⁷⁹ Considerando quinto.

²⁸⁰ Sentencia dictada el 17 de mayo de 2006.

²⁸¹ Considerando cuarto.

Para finalizar la exposición de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre este tema, hacemos presente lo mencionado en el Rol 558²⁸², que en su considerando octavo señaló “*que, al pronunciarse sobre la inaplicabilidad de un precepto legal, esta Magistratura decide si su aplicación en una determinada gestión judicial resulta contraria a los fines previstos en la Constitución –estimando la relación jurídico-procesal en que incide– y, por ende, su examen es particular, no se dirige a calificar la legitimidad constitucional del enunciado normativo en abstracto. No le corresponde en ese proceso, entonces, discernir otras interpretaciones de la ley diversas a las que derivan de la forma en que ella se aplica en ese caso concreto. Circunscrita la litis a las pretensiones de las partes, carece el tribunal de facultad para buscar una interpretación de la ley conforme a la Constitución y debe limitarse, como se ha dicho, a establecer si su aplicación específica se atiene o conculca con aquélla*”.

El texto transcrito resulta de vital importancia en la materia que estudiamos, ya que, en él, el Tribunal deja en claro que en sede de inaplicabilidad no corresponde efectuar un contraste abstracto de normas, situación sobre la que volveremos durante el desarrollo de este capítulo.

En base a los comentarios realizados, podemos concluir que el Tribunal Constitucional, al menos teóricamente, asigna un nítido carácter concreto a la acción de inaplicabilidad, cuestión que en la práctica no es tan sencilla y que analizaremos en los acápites que siguen.

3. APLICACIÓN DE LA CUESTIÓN DE INAPLICABILIDAD

Para comprender el funcionamiento de la cuestión de inaplicabilidad comenzaremos explicando mediante la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional situaciones en que una norma es inaplicable en concreto pero perfectamente constitucional en abstracto, es decir, casos en que el control atiende efectivamente a las particularidades de la gestión pendiente²⁸³.

De acuerdo a lo anterior y, según propone el profesor Correa Sutil “(...) *es perfectamente posible que las condiciones fácticas de la o de las gestiones pendientes analizadas en sede de inaplicabilidad determinen que la aplicación del precepto produzca efectos inconstitucionales, pero que no toda*

²⁸² De 17 de agosto de 2006, sentencia dictada el 5 de junio de 2007.

²⁸³ Como señala el Rol 558, de 17 de agosto de 2006, sentencia dictada el 5 de junio de 2007. Al decir que “(...) *perfectamente una disposición declarada inaplicable puede ser constitucional en abstracto y resultar aplicable en otros casos*”, considerando quinto.

aplicación posible de la norma lo sea y, por ende, que no resulte inconstitucional en abstracto”²⁸⁴.

Claro ejemplo de lo que venimos señalando son dos fallos del Tribunal Constitucional relativos al incumplimiento de deberes militares, que obtuvieron pronunciamientos diversos por parte de dicha Magistratura, en base a las circunstancias concretas de cada caso; expresándose en la primera situación que no existía una norma que contuviera cuáles eran los deberes militares infringidos por el requirente, por ende, no era posible complementar el artículo 299, número 3, del Código de Justicia Militar, mientras que en el segundo caso, el Tribunal estimó que dicha norma sí podía ser completada por otros preceptos legales del referido código, como tendremos oportunidad de desarrollar.

Como anticipamos, en ambas situaciones el precepto impugnado fue el artículo 299, número 3, del Código de Justicia Militar, que establece el delito de incumplimiento de deberes militares y que, en lo pertinente, dispone a la letra lo que sigue: “*Será castigado con presidio militar menor en cualquiera de sus grados o con la pérdida del estado militar, el militar: 3) el que sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto en el artículo 294, deje de cumplir sus deberes militares*”.

Estimándose por los requirentes de los dos casos que analizaremos en las siguientes líneas, que dicho precepto constituía una ley penal en blanco²⁸⁵ contraviniendo el artículo 19, número 3, inciso final, de la Constitución Política²⁸⁶.

En el primer caso, que denominaremos “Silva Martínez”²⁸⁷, con fecha 3 de mayo de 2007, Matías Mundaca Campos, en representación de Pablo Silva Martínez, Capitán de Carabineros de Chile, formuló una acción

²⁸⁴ CORREA SUTIL, JORGE. *Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Legal Publishing, 2011), p. 72.

²⁸⁵ El Tribunal Constitucional, en el Rol 468, de 15 de marzo de 2006, sentencia dictada el 9 de noviembre de 2006, en su considerando primero citó la siguiente definición de ley penal en blanco señalando que “(...) son aquellas leyes que solamente contienen una conminación penal y que respecto del contenido prohibitivo remiten a leyes, reglamentos e incluso actos administrativos, que se han promulgado autónomamente en otro tiempo o lugar. De acuerdo con ello hay que distinguir entre norma sancionatoria y norma complementaria. El tipo de la ley en blanco sólo se forma con la norma complementaria (...)”. Nosotros no entraremos al debate sobre la juridicidad de las leyes penales en blanco, y nos limitaremos a la recién mencionada definición.

²⁸⁶ El que establece que “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

²⁸⁷ Rol 781, sentencia dictada el 27 de septiembre de 2007.

de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 299 número 3, 431 y 433 del Código de Justicia Militar²⁸⁸, en la causa seguida en la Primera Fiscalía Militar y de Carabineros de Valparaíso, que en ese momento se encontraba en tramitación ante el Juzgado Militar de Santiago.

De acuerdo al auto de procesamiento, se indica que el día 14 de noviembre de 2001, don Cristián Gómez Martínez obligó al señor Víctor Moenen Strobel a salir a la calle del domicilio en que se encontraba, disparándole en distintas partes del cuerpo y causándole heridas de diversa gravedad.

En virtud de lo sucedido, se constituyó en el sitio del suceso el Jefe del Tercer Turno de la Primera Comisaría de Viña del Mar, Teniente Pablo Silva Martínez²⁸⁹, acompañado de dos funcionarios de Carabineros, quienes encontraron al agresor con dos armas de fuego en sus manos y a sus pies, gravemente herida, a la víctima.

Resulta importante destacar que el personal del SAMU del Hospital Gustavo Fricke de Viña del Mar que se hizo presente en el lugar, no pudo prestar auxilio al herido, ya que dicha acción fue impedida por el agresor.

En virtud de los antecedentes reseñados, al requirente se le sometió a proceso por el delito de incumplimiento de deberes militares, por su eventual responsabilidad como jefe de la unidad policial a cargo, al no garantizar la integridad de un herido por arma de fuego, en cuanto no habría actuado de forma inmediata y oportuna en orden a reducir al agresor, lo que se presume como causa basal de la muerte del herido.

²⁸⁸ El referido artículo 431 del Código de Justicia Militar dispone que “*El Presidente de la República dictará en cada Institución los reglamentos correspondientes sobre los deberes militares, las faltas de disciplina, las reglas del servicio y demás necesarios para el régimen militar. En ellos se señalarán las autoridades a quienes corresponde el derecho de sancionar las faltas de disciplina, atendidas a las categorías del hechor y a la mayor o menor gravedad de las infracciones.*”

Las penas disciplinarias que podrán imponer serán:

Amonestación, reprensión y arresto militar hasta por dos meses respecto de todo militar; suspensión del empleo, retiro, disponibilidad, calificación y separación del servicio, tratándose de oficiales; y rebaja en el grado, deposición del empleo y licenciamiento del servicio, tratándose de individuos de tropa o de tripulación.

Podrán también imponerse a los suboficiales, cabos y soldados otros castigos disciplinarios menores, como servicios extraordinarios o especiales, presentaciones y otros, en los cuales no se rebaje la dignidad de los suboficiales ni se comprometa la salud de los infractores”.

Por su parte el Art. 433 señala que “*Toda falta contra los deberes militares o la disciplina, aunque haya sido castigada en conformidad a los reglamentos a que se refiere el artículo 431, podrá ser sometida al ejercicio de una acción penal cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir un delito”.*

²⁸⁹ Requirente de la acción de inaplicabilidad.

En la sentencia del Tribunal Constitucional se reiteraron los parámetros bajo los cuales serían admisibles las leyes penales en blanco y luego se destacó el carácter concreto del control de inaplicabilidad, recalcando que “(...) *cabe determinar si la aplicación del precepto en análisis, ocasiona o no efectos contrarios a la Carta Fundamental*”²⁹⁰, para lo cual se debía buscar el complemento reglamentario de la norma legal a fin de realizar el examen normativo del tipo penal.

A continuación razonó que “(...) *en la especie no se detalla por el Ministerio Público Militar, ni en la gestión pendiente, ni en el presente proceso, cuáles serían los deberes militares infringidos por el requirente y que se contienen en dichas normas reglamentarias, ni tampoco cuál sería su fuente ni su entidad, dato que tampoco consta en el auto de procesamiento o en la acusación del proceso penal* (...)”²⁹¹.

Idea reiterada en el considerando decimosegundo del fallo en comentario al expresar que “(...) *en la especie, y aplicado el artículo 299 N° 3 del Código de Justicia Militar al caso concreto, todo indica que se pretende sancionar la infracción de eventuales deberes que no figuran de forma concreta y específica en normas legales ni reglamentarias y que, por ende, el inculpado y requirente no podía conocer con anterioridad a los hechos incriminados*”.

Continuando este orden de ideas, mencionemos que un factor de trascendental importancia considerado por el Tribunal Constitucional para fallar este caso, se manifestó en el razonamiento decimoséptimo al decir que “(...) *es un elemento adicional para considerar que el artículo 431 del Código de Justicia Militar*²⁹² *no puede recibir aplicación en la especie, toda vez que los deberes del policía en esta materia no se encuentran contenidos en un decreto supremo reglamentario como el exigido por dicho precepto, sino sólo en un simple decreto exento, que carece de relevancia penal, pues no se ejerció la atribución concedida de manera idónea. En efecto, para configurar el delito de incumplimiento de deberes militares, los hechos deben encuadrar en alguno de los reglamentos a que se refiere el artículo 431 ya aludido, y en este caso dichos reglamentos no han sido invocados ni se ha imputado el incumplimiento de deberes que se encuentren contenidos en ellos*”.

Por tanto, el artículo 299, número 3, del Código de Justicia Militar no pudo complementarse con el referido artículo 431 del mismo código, debido a que Carabineros de Chile no poseía un reglamento que indicara cuáles eran los deberes militares de los funcionarios de

²⁹⁰ Considerando noveno.

²⁹¹ Considerando décimo.

²⁹² Ver cita 288, donde se apuntó este artículo.

dicha institución, siendo ambos preceptos inaplicables en esta gestión específica.

Posteriormente, en el considerando decimooctavo se dispuso que “(...) *la aplicación del delito de incumplimiento de deberes militares resulta contraria a la Constitución, al carecer de descripción constitucionalmente suficiente los deberes cuya infracción se sanciona en el caso concreto, por lo que no puede considerarse cumplido el mandato del constituyente en orden a describir expresamente la conducta penada, erigiéndose en una ley penal abierta (...)*”.

En suma, el Tribunal Constitucional estimó que no existía precisión respecto de cuáles eran los deberes militares incumplidos y la norma reglamentaria que los contenía, ni tampoco que ellos hayan sido esbozados en alguna resolución judicial, de modo que el tipo penal carecía de su complemento necesario, que es esencial para dar cabida a las denominadas leyes penales en blanco, impropias o de reenvío²⁹³.

De los considerandos transcritos se colige claramente que el Tribunal examinó el auto de procesamiento y la acusación ya dictados, es decir, para fundar su decisión revisó las resoluciones y actos ya acaecidos en el proceso, no sólo las consecuencias de su aplicación futura.

Este es un buen caso de control concreto, ya que se ponderó con mayor énfasis la aplicación de la norma en el juicio pendiente y los efectos inconstitucionales que ella generaba, todo esto en consideración a la pretendida nueva naturaleza que exhibe el instituto de la inaplicabilidad en su actual regulación en la Carta Fundamental.

De esta forma, el Tribunal razonó que el artículo 299, número 3, del Código de Justicia Militar, considerado en abstracto, no contravenía la Carta Fundamental, específicamente en relación a su artículo 19, número 3, porque si bien configuraba lo que podría llamarse una ley penal parcialmente en blanco, existía la posibilidad que, por vía reglamentaria o normativa en general, se establecieran los complementos necesarios para su perfeccionamiento. Dicha Magistratura se preguntó si tales complementos se habían dictado en relación con la situación específica del procesado y al no encontrarlos, concluyó la inaplicabilidad del precepto legal referido.

Finalmente, y en virtud de la declaración de inaplicabilidad, el proceso penal no pudo continuar, concluyendo de manera indirecta con la sentencia de inaplicabilidad, pues era jurídicamente imposible que siguiera al calificar de inconstitucional los actos más importantes del mis-

²⁹³ Lo que se desprende de su considerando decimosexto.

mo y privar de su fundamento a las actuaciones futuras y a la eventual condena²⁹⁴.

A diferencia del fallo que acabamos de comentar, en la segunda sentencia que analizaremos, se rechazó el requerimiento de inaplicabilidad, siendo el eje central de los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional, la posibilidad de complementar el artículo 299, número 3, del Código de Justicia Militar con otros preceptos del mismo cuerpo legal.

Este caso, que denominaremos “Pineda Peña”²⁹⁵, encuentra su antecedente en lo sucedido los días 17 y 18 de mayo de 2005, en la VIII Región, Provincia de Bío-Bío, sector de Antuco, donde, entre el destacamento Los Barros y otros accidentes geográficos, falleció un gran número de soldados y personal de planta que se encontraba en ejercicio en la alta montaña, hecho que en el acontecer nacional es conocido como la “Tragedia de Antuco”.

Al momento de suceder los hechos, el requirente, señor Luis Pineda Peña, en su calidad de Teniente Coronel, era el Jefe de la Plana Mayor del Regimiento Reforzado número 17 Los Ángeles, con sede en la ciudad del mismo nombre.

A raíz de lo sucedido, se inició un proceso criminal en el Tercer Juzgado Militar de Valdivia, el 19 de mayo de 2005. El 25 de mayo del mismo año, la Corte Marcial resolvió designar un Ministro en Visita Extraordinaria para la investigación de los delitos de incumplimiento de deberes militares y cuasidelito de homicidio por los hechos ocurridos.

En dicho proceso, el requirente fue condenado por sentencia definitiva de primera instancia a la pena de 541 días de presidio militar menor en su grado mínimo y a la pena accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de incumplimiento de deberes militares, descrito y sancionado en el artículo 299, número 3, del Código de Justicia Militar, en relación con el artículo 433 del mismo texto.

En contra de dicha sentencia dedujo recurso de apelación, el que se encontraba pendiente al momento de entablar la acción de inaplicabilidad.

Sobre la mencionada acción, el fallo del Tribunal Constitucional comenzó su razonamiento refiriéndose a la juridicidad de las leyes penales

²⁹⁴ En CAZOR ALISTE, KAMEL. *Casos Paradigmáticos de la Acción de Inaplicabilidad como Amparo Imperfecto: Sentencias Roles 781, 808 y 1201*, Jurisprudencia Constitucional Destacada. Análisis Crítico (Santiago, Legal Publishing, 2011), p. 243.

²⁹⁵ Rol 468, de 15 de marzo de 2006, sentencia dictada el 9 de noviembre de 2006.

en blanco, entrando a pronunciarse sobre el cuestionado artículo 299, número 3, del Código de Justicia Militar en el considerando séptimo, al disponer que “(...) *dicho precepto efectivamente no describe completa y expresamente la conducta que sanciona, pues no señala cuáles son los deberes militares cuyo incumplimiento conlleva la pena. Sin embargo define la esencia de la conducta punible, que es infringir por un militar los deberes que le impone su rango y categoría, complementándose la norma con las contenidas en los artículos 431 y 433 del Código de Justicia Militar*”²⁹⁶.

Al referirse al artículo 431, el Tribunal precisó que “(...) *fundado en esta norma, se encuentra vigente el Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, N° 1.445, de fecha 14 de diciembre de 1951, con modificaciones, cuyo Capítulo I, integrado por 28 artículos, se denomina “De los Deberes Militares”. Con todo, esta remisión legal al Reglamento se cuestiona tanto por el rango de esta norma como por la debilidad de cognoscibilidad o de conocimiento claro acerca de la conducta punible, tomando en cuenta que no consta la publicación en el Diario Oficial del mencionado Decreto Supremo 1.445, seguida a su dictación*”²⁹⁷.

Continuando esta línea argumentativa, el considerando noveno señaló que “(...) *puede afirmarse que la conducta descrita por el número 3 del artículo 299 del Código de Justicia Militar constituye la descripción suficiente del ‘núcleo central’ de la conducta punible, pues dicha afirmación se sostiene en que los ‘deberes militares’ no constituyen para los militares referencias indeterminadas o desconocidas, sino conceptos precisos con cuyo contenido los oficiales, como es el caso del requirente, se familiarizan desde el inicio de su formación en las Escuelas Matrices de Oficiales de las Fuerzas Armadas, pues son parte de su malla curricular, y en torno a los que transcurre la totalidad de la vida castrense (...)*”, reiterando la misma idea en el considerando decimoprimer de la sentencia en análisis, al precisar “*que, consecuentemente, el artículo 299, numeral tercero, del Código de Justicia Militar contiene el núcleo básico de la conducta punible descrita y la certeza respecto de su conocimiento está asegurada para quienes afecta*”.

Si bien en base a los argumentos recién reseñados, el Tribunal Constitucional decidió rechazar el requerimiento de inaplicabilidad solicitado por el señor Pineda, es preciso tener presente el voto disidente del Ministro señor Jorge Correa Sutil, quien estuvo por acoger la acción de inaplicabilidad, señalando que “*concuero con el fallo en que la Constitución Política permite las leyes penales en blanco, a condición que esas leyes describan, con suficiente sustancia, el núcleo esencial de la conducta que tipifican como delito y que prohíbe bajo todo respecto las leyes penales abiertas. A mi juicio, el inciso*

²⁹⁶ Ver cita 288, donde se transcribieron los mencionados artículos.

²⁹⁷ Considerando octavo.

tercero del artículo 299 del Código de Justicia Militar cuya inaplicabilidad hemos sido llamados a examinar es contrario a la Constitución en los dos aspectos señalados. En efecto, estamos ante una ley penal en blanco que no describe el núcleo esencial de la conducta respectiva y ante una ley penal abierta. Ambas situaciones son intolerables para la Constitución. Los razonamientos Segundo a Décimo Segundo que siguen demuestran, a juicio de este disidente que la ley penal impugnada es una en blanco que no describe el núcleo esencial de una conducta, mientras los razonamientos Décimo Tercero y siguientes convencen a este disidente acerca del carácter abierto de la norma en análisis”²⁹⁸.

Como vemos, una misma norma puede o no resultar inconstitucional en su aplicación a un caso concreto, los dos fallos recién explicados ilustran dicha situación, ya que si observamos el hecho diferenciador de ambas situaciones, en el primer caso la norma, eventualmente, podía ser aplicada a un carabino, mientras que en el segundo caso, el mismo precepto fue aplicado a un militar, obteniendo pronunciamientos distintos por parte del Tribunal Constitucional.

En otro orden de materias, también encontramos ejemplos similares al caso recién expuesto, en que la inconstitucionalidad del precepto legal puede estar determinada por las características del caso en el cual está llamado a aplicarse, es la causa que denominaremos “Forestal Mininco”²⁹⁹, en que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695, que permite la regularización de la pequeña propiedad raíz y suscitó, durante años, la principal legislación impugnada en acciones de inaplicabilidad ante la Corte Suprema.

Para comprender el planteamiento de la requirente en este caso, tengamos presente lo que disponen los preceptos en discusión. Así el artículo 15 del mencionado decreto ley señala que: *“La resolución del Servicio que acoja la solicitud se considerará como justo título. Una vez practicada su inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, el interesado adquirirá la calidad de poseedor regular del inmueble para todos los efectos legales, aunque existieren en favor de otras personas inscripciones que no hubieran sido materialmente canceladas.*

Transcurrido un año completo de posesión inscrita no interrumpida, contado desde la fecha de la inscripción del interesado se hará dueño del inmueble por prescripción, la que no se suspenderá en caso alguno.

²⁹⁸ Considerando 1° del mencionado voto disidente. Idea reiterada y expresada con claridad en los considerandos 8° y 13° de la disidencia del Ministro Correa.

²⁹⁹ Rol 707, de 11 de enero de 2007, sentencia dictada el 25 de octubre de 2007.

La resolución indicada en el inciso primero y la sentencia a que se refiere el artículo 25 de esta ley se subinscribirán al margen de la respectiva inscripción de dominio a la que afecte el saneamiento, si se tuviere conocimiento de ella”.

Por su parte, el artículo 16 prescribe que: “*Como consecuencia de lo dispuesto en el artículo precedente, expirado el plazo de un año a que esa disposición se refiere, prescribirán las acciones emanadas de los derechos reales de dominio, usufructo, uso o habitación, servidumbres activas y el de hipotecas relativos al inmueble inscrito de acuerdo con la presente ley.*

Las anteriores inscripciones de dominio sobre el inmueble, así como la de los otros derechos reales mencionados, las de los gravámenes y prohibiciones que lo afectaban, una vez transcurrido el citado plazo de un año, se entenderán canceladas por el solo ministerio de la ley, sin que por ello recobren su vigencia las inscripciones que antecedian a las que se cancelan.

Con todo, si las hipotecas y gravámenes hubiesen sido constituidas por el mismo solicitante o por alguno de los antecesores cuya posesión legal o material se hubiera agregado a la suya, dichas hipotecas y gravámenes continuarán vigentes sobre el inmueble. Subsistirán igualmente, los embargos y prohibiciones decretados en contra del solicitante o de alguno de sus antecesores; pero ello no será obstáculo para practicar las inscripciones que correspondan”.

En este caso la Primera Sala de la Corte Suprema al conocer de un recurso de casación en el fondo, planteó el requerimiento de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional respecto de los mencionados artículos, entendiendo que dichas normas podían afectar la garantía constitucional del derecho de propiedad.

La causa en estudio fue iniciada por Eduardo Munzenmayer Bellolio, en representación de Forestal Mininco S.A., interponiendo una demanda de reivindicación en contra de Luis Méndez Faúndez, la que se fundó en que dicha empresa era la propietaria del predio rústico denominado “Panguilemo”, ubicado en la comuna de Coronel, el que fue adquirido por permuta.

La Forestal señaló que Méndez, pretendiéndose dueño y poseedor del inmueble, había ejercido actos que importaban desconocimiento del derecho de dominio que a ella pertenecía y la había privado de la posesión material del predio.

Agregó que el dominio de la Forestal se probaba por la prescripción adquisitiva ordinaria y, en subsidio, por la extraordinaria, ya que había poseído por el lapso legal requerido al efecto.

Por último, sostuvo que el demandado carecía de atributos para justificar su posesión, ya que de acuerdo al artículo 16 del Decreto Ley N° 2.695, de 1979, si las pretendidas inscripciones a su favor hubiesen exis-

tido, ellas fueron canceladas por el sólo ministerio de la ley, al transcurrir un año de posesión inscrita a nombre de la Forestal.

El demandado, a su vez, señaló que Mininco jamás fue dueña de ese predio ni tuvo posesión del mismo.

Ello, porque el retazo que se singularizó en la demanda formó parte de un fundo de su propiedad llamado Panguilemu y Guayo, cuyo dominio y posesión, específicamente sobre el terreno singularizado en la demanda, que forma parte del mismo fundo, es indiscutible, por una posesión pacífica, pública y regular.

Añadió que la demandante jamás fue dueña del retazo que se reivindica, ya que sólo apoya sus pretensiones en una inscripción efectuada conforme al Decreto Ley N^o 2.695, pero nunca tuvo posesión material ni tenencia del terreno objeto de la demanda.

En su fallo, el Tribunal Constitucional expuso en el considerando octavo, el carácter concreto del examen y el efecto especialmente relativo que se seguía del mismo³⁰⁰.

Por su parte, el considerando decimoprimeró razonó en el sentido de que este sistema especialísimo de adquirir la propiedad raíz no es discriminatorio si se le contrasta con el sistema común del Código Civil, en razón de perseguir fines legítimos de regularización de la propiedad raíz de pequeños propietarios y con ello evitar la informalidad en la posesión de tierras por personas de escasos recursos.

En el siguiente considerando, se analizó una característica peculiar en los hechos de la gestión pendiente, ya que el sistema especial de adquisición había sido invocado por una gran empresa forestal; no pudiendo considerarse que a su respecto concurrían los caracteres que dotaban de legitimidad al régimen diferencial contenido en las normas impugnadas.

Así, la sentencia señaló que en la gestión “(...) *se trata de un asunto que, más que ser un saneamiento del dominio de una pequeña propiedad rústica, que es la razón que justifica la existencia de un procedimiento especial para adquirir la calidad de poseedor regular y de un brevísimo plazo para adquirir por prescripción el dominio de un inmueble, es una disputa sobre el dominio de bienes raíces agrarios en cuyo desarrollo la demandante y demandada reconvencional, que es una sociedad forestal, y la demandada y demandante reconvencional, que es una persona natural, han esgrimido en las dos instancias por que ha atravesado el proceso antes de llegar por la vía de la casación en el fondo a la Corte Suprema (...)*”³⁰¹.

³⁰⁰ Aquí, el Tribunal reiteró la idea planteada en el Rol 1295, considerando decimoséptimo, transcrito en la página 93 del presente trabajo.

³⁰¹ Considerando decimosegundo.

En base a lo anterior, el Tribunal concluyó que aplicar las normas impugnadas a los intervinientes en la causa era contrario a la Carta Fundamental, pues no se alcanzaba la legitimidad de los fines sociales que justificaban la existencia de un régimen diferencial de propiedad, señalando además, que los preceptos legales en cuestión resultaban perfectamente constitucionales si no se les sacaba de su órbita de aplicación natural.

La importancia que el Tribunal Constitucional asignó al caso concreto, se vio plasmada con claridad en uno de sus argumentos, razón por la cual lo transcribiremos en su integridad.

Al efecto, el considerando decimotercero declaró *“que aunque en abstracto, como se ha dicho, el procedimiento de saneamiento del dominio de la pequeña propiedad rural y urbana regulado en los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695, de 1979, aparece como un modo especial de adquirir el dominio legalmente establecido y que tiene una causa justificada que hace razonable su especialidad frente a las normas generales sobre posesión y dominio de bienes raíces del Código Civil, sin que pueda estimarse que entrañe una privación inconstitucional de la propiedad, en su aplicación concreta al caso de que conoce actualmente la Primera Sala de la Corte Suprema resulta contrario a la Constitución, pues significaría resolver un conflicto sobre posesión y dominio de bienes raíces rurales de acuerdo con normas legales –los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695, de 1979– diversas a las disposiciones generales contenidas en el Código Civil, sin que, a juicio de este Tribunal, concurran en la especie los motivos que justifican la aplicación de aquellas normas especiales, las cuales, en caso de ser utilizadas, constituirían una diferencia arbitraria y podrían dar origen a una privación inconstitucional de la propiedad”*³⁰².

Como se ha reseñado, el carácter atípico de las partes en disputa fue la razón justificatoria para estimar que la aplicación del estatuto especial de regularización de la pequeña propiedad raíz resultaba discriminatorio si se aplicaba en esa gestión pendiente, por lo que esta característica especial del caso concreto fue determinante en la resolución adoptada por la Judicatura Constitucional, al acoger la inaplicabilidad planteada por la Corte Suprema respecto de los dos preceptos cuestionados³⁰³.

Sobre lo que venimos planteando, la diferencia entre el control concreto y el abstracto, fue expresamente explicada en la sentencia que rechazó

³⁰² Mencionemos que en el considerando decimoprimer del mencionado fallo, el Tribunal incurrió desde el punto de vista abstracto, comparando las normas de este decreto ley, frente a las contenidas en el Código Civil, señalando que ellas no afectarían en forma arbitraria la igualdad ante la ley.

³⁰³ Fallo acordado con la prevención de los Ministros del Tribunal Constitucional Venegas Palacios y Navarro Beltrán, y con el voto en contra del ministro Correa Sutil.

declarar la inconstitucionalidad de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal, no obstante, que el mismo había sido declarado inaplicable en algunas causas y rechazado en otras, conforme a las características fácticas de los diversos casos en que fue planteado³⁰⁴.

El precepto cuya inaplicabilidad se solicitó en los tres casos que analizaremos a continuación, dispone lo siguiente “*si se tratare de un delito de acción privada, el querellante deberá ocurrir ante la Corte de Apelaciones solicitando igual declaración, antes de que se admitiere a tramitación su querrela por el juez de garantía*”.

En un primer fallo, dictado en la causa Rol 478³⁰⁵, que denominaremos “Senador Girardi”, el parlamentario Guido Girardi Lavín interpuso un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en relación al proceso sobre desafuero en los autos seguidos ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

En este caso, los querellantes del proceso penal promovieron ante la mencionada Corte una solicitud de desafuero contra el referido parlamentario, con lo cual se pretendía hacer efectiva su responsabilidad penal, por el delito reiterado de injurias graves con publicidad.

Posteriormente, el Senador recurrió ante el Tribunal Constitucional, aduciendo que el artículo 416 del Código Procesal Penal resultaba contrario a la Constitución, porque implicaba establecer un procedimiento en virtud del cual, con el sólo mérito de la querrela y sin dar oportunidad para la presentación de pruebas por parte de la defensa, se procedía a pronunciar el veredicto de desafuero, con lo que la prueba estaba absolutamente ausente y la defensa gravemente limitada. Lo anterior significaba, a juicio del requirente, establecer un procedimiento contrario a los estándares de racionalidad y justicia que exige la garantía constitucional prevista en el artículo 19, número 3, inciso quinto, de la Constitución³⁰⁶.

Se agregó que la disposición impugnada también vulneraba el artículo 61, inciso segundo, de la Constitución³⁰⁷, ya que lo que buscaba dicha

³⁰⁴ Sobre el tema ver el siguiente artículo VERDUGO RAMÍREZ, SERGIO. *Desafuero Parlamentario por Delito de Acción Penal Privada: Un Caso de Inconstitucionalidad por Omisión del Legislador*, Derecho Público en el Siglo XXI. Reforma y Modernización del Estado. XXXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Concepción, 1 (2008).

³⁰⁵ De 11 de abril de 2006, sentencia dictada el 8 de agosto de 2006.

³⁰⁶ Disposición que señala lo siguiente: “*Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*”.

³⁰⁷ El artículo 61, inciso segundo, de la Ley Fundamental prescribe que “*Ningún diputado o senador, desde el día de su elección o desde su juramento, según el caso, puede ser acusado*”.

norma, a través del trámite del desafuero, era que los parlamentarios no fueran enjuiciados por acusaciones vertidas en su contra, sin que previamente un tribunal de alzada evaluara el mérito de los fundamentos esgrimidos en su contra, de modo de sopesar la gravedad y consistencia de ellos, y que se encontrara suficientemente justificada la privación de la inmunidad que gozaban los diputados y senadores, de manera que al permitir el citado artículo 416, inciso tercero, que se autorizara la formación de causa con sólo los antecedentes que fluían de una querrela, se estaba violentando el sentido del citado artículo 61 de la Constitución, ya que se transformaba la querrela por sí sola en un acto jurídico procesal unilateral de graves consecuencias que perturbaba en su esencia la independencia de los poderes públicos.

Por otra parte, entre las observaciones formuladas por los abogados de los querellantes, éstos señalaron que el procedimiento de desafuero pretendía salvaguardar precisamente la igualdad ante la ley, por lo que su regulación no podía ser un atentado a los derechos fundamentales de quien gozaba de fuero.

El desafuero constituía un “antejuicio”, en el cual no estaba comprometido ningún derecho fundamental de quien gozaba el privilegio.

Adicionaron que, respecto de la relación entre el procedimiento de desafuero y el debido proceso, la doctrina y jurisprudencia habían concluido que, coherente con la naturaleza y fines de ambas instituciones, no correspondía aplicar dicho conjunto de garantías al trámite de desafuero. Esta apreciación se fundaba en el carácter de “antejuicio” del desafuero, no constituyendo un juicio, sino un trámite previo anterior al verdadero juicio y era precisamente en éste último donde tenía sentido la aplicación de las garantías del debido proceso.

Al respecto indicaron que ambas partes se encontraban en idéntica situación respecto de la prueba, haciéndolas valer en el juicio de injurias y no en el trámite de desafuero.

Por su parte, el Tribunal Constitucional no participó de la idea planteada por los querellantes en el sentido que el desafuero no era un juicio, al decir que “(...) *en este caso, la jurisdicción resuelve dos conflictos: en primer término, el planteado por el desafuero, cuyos efectos posibles son no hacer lugar a formación de causa o dar lugar a ella y provocar la suspensión del cargo del aforado, y luego el que se suscita en el juicio criminal, cuya consecuencia es la absolución o condena. La decisión de ambos se produce en procesos que concluyen*

o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema”.

*en una sentencia; y en tal sentido es indiscutible que la decisión sobre el desafuero se materializa en una sentencia, independientemente de estimársela como definitiva, interlocutoria o simple auto (...)*³⁰⁸.

Continuando con esta línea argumental, dicho órgano efectuó una distinción, considerando la situación de los delitos de acción pública y de los delitos de acción privada.

Al efecto, en su considerando décimo octavo señaló que “(...) *se ha observado que el sentido y alcance del artículo 61 de la Constitución determina que, para autorizar previamente la acusación y dar lugar a la formación de causa, es necesario que se compruebe la existencia del delito y de presunciones fundadas de participación en él, o que la investigación proporcione fundamentos serios para el enjuiciamiento del imputado*”.

Complementando lo recién mencionado, la Sede Constitucional indicó “*que en el caso de los delitos de acción pública, después de formalizada la investigación y practicadas las diligencias tendientes tanto a establecer la culpabilidad como las circunstancias que eximen de ellas, el fiscal remite los antecedentes a la Corte de Apelaciones. Vale decir; el conocimiento y resolución del asunto por el órgano jurisdiccional presupone ya una investigación, etapa durante la cual el imputado ha tenido el derecho de oponer defensas y rendir pruebas; el tribunal cuenta, así, con los medios para ponderar la existencia del delito y los elementos básicos de la participación criminal*”³⁰⁹.

En cambio, tratándose de los delitos de acción privada, que es la situación planteada en el caso en estudio, “(...) *en estricta aplicación del precepto contenido en el inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal, la Corte de Apelaciones, a su vez, tiene como antecedente para fundar su decisión sobre el desafuero únicamente el tenor de la querrela, antes de que se verifique siquiera su admisibilidad, y carece de elementos probatorios, debidamente producidos, que le permitan constatar la existencia de un fundamento serio sobre el mérito o justificación para formar causa. Así, el conocimiento, previo a la resolución, es precario e incompleto*”³¹⁰.

Añadiendo en otro de sus considerandos “*que carece de relevancia que las partes puedan aportar sus probanzas en el juicio criminal mismo, porque éste es un conflicto jurídico posterior al proceso de desafuero, que puede provocar efectos tan trascendentes como la suspensión del cargo del parlamentario y que amerita, per se, un procedimiento e investigación racionales y justos (...)*”³¹¹.

³⁰⁸ Considerando decimoséptimo.

³⁰⁹ Considerando decimonoveno.

³¹⁰ Considerando vigésimo.

³¹¹ Considerando vigesimoprimer.

Por último, señaló que “(...) en este proceso la recepción y producción de la prueba es connatural al derecho de defensa, constituyéndose en garantía esencial de un procedimiento racional y justo. Su ausencia priva a la norma procesal impugnada, de un requisito mínimo para satisfacer el mandato constitucional”³¹².

Es así que, en atención a las consideraciones recién expuestas, el Tribunal Constitucional declaró inaplicable el precepto en la gestión en la que se planteó dicha cuestión³¹³.

La misma doctrina fue expuesta para acoger una segunda y una tercera acción de inaplicabilidad en las causas Roles 529³¹⁴ y 533³¹⁵, con análogos resultados.

Sin embargo, en otras oportunidades, la inaplicabilidad del mismo precepto fue rechazada, considerando las particulares características del caso, que a juicio del Tribunal Constitucional, hacían innecesaria la rendición de prueba.

Ejemplo de lo anterior es la causa Rol 596³¹⁶, que denominaremos “Diputado Paredes”, en que el parlamentario Iván Paredes Fierro formuló un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en relación al procedimiento sobre desafuero seguido ante la Corte Suprema, respecto del mismo artículo que en el fallo recién comentado.

En este caso, el 29 de diciembre de 2005, el Presidente de la Corporación de Desarrollo Arica Parinacota dedujo una querrela criminal en contra del mencionado diputado, por el delito de injurias graves con publicidad, ante el Juzgado de Garantía de Arica, solicitando su desafuero en conformidad a lo dispuesto en el artículo impugnado del Código Procesal Penal.

El pleno de la Corte de Apelaciones de Arica rechazó, con fecha 27 de junio de 2006, el desafuero del parlamentario, y la Corte Suprema, con fecha 27 de septiembre de 2006, en apelación de la sentencia anterior, revocó dicha decisión.

Frente a esta situación, el diputado dedujo los recursos de reposición y aclaración subsidiaria en contra de la sentencia definitiva de la Corte Suprema, que dio lugar a la solicitud de desafuero.

El requirente, al igual que en el caso “Senador Girardi” indicó que se había violentado el artículo 19, número 3, inciso quinto, en concor-

³¹² Considerando vigesimosegundo.

³¹³ Fallo acordado con algunas prevenciones del Ministro Fernández Baeza.

³¹⁴ De 11 de julio de 2006, sentencia dictada el 9 de noviembre de 2006.

³¹⁵ De 14 de julio de 2006, sentencia dictada el 9 de noviembre de 2006.

³¹⁶ De 5 de octubre de 2006, sentencia dictada el 12 de julio de 2007.

dancia con el artículo 61, ambos de la Constitución Política, agregando la vulneración del artículo 19, número 2 y número 3, inciso tercero, del mismo artículo del Texto Supremo³¹⁷.

Por su parte, el querellante solicitó que se declarase inadmisibile el requerimiento deducido, en razón de que el procedimiento de desafuero estaba total y definitivamente afinado, no existiendo trámites ni actuaciones procesales obligatorias pendientes, ya que al tenor de lo dispuesto en el artículo 93, número 6, de la Constitución, el recurso de inaplicabilidad debe cumplir, entre otros requisitos, con la existencia de una gestión pendiente; sin embargo, los recursos de reposición y de aclaración interpuestos ante la Corte Suprema por el requirente nunca podrán considerarse “gestión pendiente”³¹⁸.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia estimó que debido al estado de tramitación en que se encontraba la gestión pendiente, la aplicación del precepto impugnado no podía producir ningún resultado inconstitucional³¹⁹.

Dicho órgano en el considerando decimoquinto señaló la base sobre la que sustentó su decisión, al decir que “(...) *en el caso concreto no se ve cómo pueden haber sido conculcadas las garantías constitucionales invocadas, toda vez que en el proceso de desafuero, antes de que se dictara sentencia en primera instancia, ambas partes fueron emplazadas, oídas y asistidas por abogado, lo que se confirma una vez que, dictada la sentencia de primera instancia, ésta fue favorable al aforado que, luego de revocada dicha sentencia, requiere de inaplicabilidad por infracción a las normas del debido proceso. De lo anterior se concluye que el requirente fue oído, planteó alegaciones y defensas y tuvo la posibilidad de interponer recursos*”.

Siguiendo esta idea, el siguiente razonamiento del Tribunal agregó que “(...) *de ello resulta evidente que el derecho a la prueba es eventual y de-*

³¹⁷ Al efecto el artículo 19, número 2, dispone que “*La Constitución asegura a todas las personas: 2°. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”.

Por su parte el mismo artículo en su numerando 3°, inciso tercero, señala que “*La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos*”.

³¹⁸ Sobre este punto el Tribunal Constitucional, en el considerando noveno de su fallo estimó “*que la gestión pendiente en el proceso donde se cuestiona la aplicación de la norma impugnada es un recurso de reposición y, en subsidio, de aclaración en contra de una sentencia de desafuero de segunda instancia (...)*”, por lo que al cumplirse éste y los demás requisitos exigidos por la ley, el Tribunal declaró la admisibilidad de la acción de inaplicabilidad.

³¹⁹ Considerando decimotercero.

penderá de las circunstancias del caso y de la pertinencia de la misma. En la especie, se demuestra con el expediente traído a la vista que ambas partes tuvieron un debido proceso, aun (sic) rindiendo prueba y aportando antecedentes para fundar sus pretensiones en el proceso de desafuero, los que fueron debidamente ponderados en la sentencia”³²⁰.

En virtud de los argumentos esgrimidos, el Tribunal rechazó el requerimiento de inaplicabilidad solicitado por el diputado Paredes³²¹.

Finalmente, y no obstante existir tres sentencias estimatorias de inaplicabilidad, las que ya hemos referido, el Tribunal Constitucional rechazó declarar la inconstitucionalidad del precepto legal ya citado.

Ello sucedió en el Rol 558³²², causa en la que el 17 de agosto de 2006, el abogado Saenger Gianoni interpuso un requerimiento de inconstitucionalidad respecto del inciso tercero del artículo 416 del código en cuestión, en ejercicio de la acción pública prevista en el inciso decimosegundo del artículo 93 de la Constitución Política.

El 29 de septiembre del mismo año, el senador Girardi y los diputados León y Pascal presentaron un requerimiento sobre la misma materia.

Planteados ambos requerimientos, el 12 de diciembre del 2006, el Pleno del Tribunal Constitucional decidió acumular los dos procesos de inconstitucionalidad.

En este caso, el Tribunal Constitucional dictó una sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad, señalando que el inciso tercero del artículo 416 no infringía el inciso segundo del artículo 61 de la Constitución, ya que la primera de dichas normas regulaba el momento procesal en que debía requerirse la declaración de desafuero, por lo que comparados los preceptos no se producía contradicción evidente o incompatibilidad radical³²³.

Se agregó que tampoco se infringía la garantía del debido proceso establecido en el artículo 19, número 3, de la Constitución, ya que la omisión de pruebas y defensas en el procedimiento de desafuero era un vacío legal, que podía ser integrado por el tribunal de la causa en la audiencia, la que se sometía a las reglas generales de la vista de los recursos establecidas en el Título I del Libro III del Código Procesal Penal, que incluso admitía prueba en los recursos³²⁴.

³²⁰ Considerando decimosexto.

³²¹ Acordada con el voto en contra del Ministro Fernández Baeza, quien estuvo por acoger el requerimiento de inaplicabilidad.

³²² Sentencia dictada el 5 de junio de 2007.

³²³ Considerando decimoprimerero.

³²⁴ Considerando decimotertero.

Por lo que luego de analizar el procedimiento de desafuero y las normas que en la práctica a él se aplicaban, en su considerando decimocuarto señaló que en lo relativo a las personas que gozaban de fuero constitucional, tratándose de los delitos de acción privada se admitía la recepción de pruebas cuando ello procediera, por tanto era posible interpretar el inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal de una forma en que dicha norma resultaba compatible con las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos que aseguraba la Constitución Política.

En el caso citado, lo que deseamos resaltar es que si bien hubo varias declaraciones de inaplicabilidad del artículo 416, inciso tercero, del Código Procesal Penal, finalmente el Tribunal optó por desestimar una acción de inconstitucionalidad del mismo precepto, lo que muestra con claridad la distinción entre control concreto y abstracto efectuada por el Órgano Constitucional.

En base a lo señalado, podemos decir que en la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional existen casos en los que dicha judicatura ha sabido distinguir con absoluta claridad el control concreto del abstracto, cuestión que salta a la vista en el último fallo estudiado. Sin embargo, en otras situaciones, esta distinción se vuelve algo más compleja, y a ello nos referiremos a continuación³²⁵.

Así, podemos mencionar los siguientes casos que grafican lo que acabamos de plantear.

En la sentencia Rol 755³²⁶ se solicitó que se declarara inaplicable el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, que disponía lo siguiente: *“Corresponde a los jueces de letras designar cada mes y por turno, entre los no exentos, un abogado que defienda gratuitamente las causas civiles y otro que defienda las causas del trabajo de las personas que hubieren obtenido o debieran gozar del mencionado privilegio. Con todo, cuando las necesidades lo requieran, y el número de abogados en ejercicio lo permita, la Corte de Apelaciones respectiva podrá disponer que los jueces de letras designen dos o más abogados en cada turno, estableciendo la forma en que se deban distribuir las causas entre los abogados designados.*

En la misma forma y para los mismos fines harán los jueces de letras a quienes se refiere el inciso precedente, las correspondientes designaciones de procuradores y receptores.

³²⁵ Recordemos que en la historia de la Ley N° 20.050, el veto N° 18 del Presidente de la República señaló que *“debe distinguirse netamente el juicio de inaplicabilidad del juicio de inconstitucionalidad”*, cuestión que ha presentado dificultades para el Tribunal Constitucional en los casos que reseñaremos.

³²⁶ De 22 de marzo de 2007, sentencia dictada el 31 de marzo de 2008.

Cuando alguna persona que goce del privilegio de pobreza no pueda ser servida por los abogados, procuradores o receptores nombrados, el juez de letras podrá designar un abogado, un procurador o un receptor especial que la sirva.

En las comunas o agrupaciones de comunas en donde hubiere dos o más jueces de letras, hará las designaciones generales prevenidas en los dos primeros incisos de este artículo, el más antiguo, y las especiales del inciso precedente el que conociere del negocio en que han de aplicarse.

Las designaciones generales de abogados, procuradores y receptores de turno deberán hacerse por las Cortes de Apelaciones para el territorio jurisdiccional en que estas tengan su residencia”.

En este caso, el abogado Sergio Toloza Rodríguez y el Presidente del Colegio de Abogados de Chile A.G., don Sergio Urrejola Monckeberg, formularon una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo transcrito.

La gestión en relación a la cual se solicitó la declaración de inaplicabilidad consistía en un recurso de protección interpuesto ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, rechazado por sentencia de 6 de diciembre de 2006, y en apelación ante la Excelentísima Corte Suprema.

El citado recurso de protección fue deducido por el señor Toloza en contra de la Juez Presidente del Juzgado de Familia de Osorno, doña Ruth Schneider Roldán, por la dictación del Decreto Económico número 165, de 2 de octubre de 2006, en virtud del cual se le designó como abogado de turno durante el mismo mes, y por la resolución que lo designó abogado de turno en la causa RIT N° 775-C-2006.

A su vez, el recurso también fue interpuesto en contra de la jueza del mismo Tribunal, doña Rosa Julián Bogocian, por las resoluciones que lo designaron abogado de turno en las causas RIT N° C-131-2006, RIT N° C-761-2006 y RIT N° C-801-2006.

La norma impugnada atribuía a los jueces de letras una potestad administrativa (no jurisdiccional), en virtud de la cual éstos podían ordenar a un abogado que asumiera gratuitamente el patrocinio o representación de determinadas personas para la defensa de sus derechos ante los tribunales de justicia³²⁷.

³²⁷ Señalemos también que el artículo 598 del mismo código complementa la regulación del artículo 595 en aspectos esenciales, estableciendo el período de tiempo en que el abogado tiene que desempeñar el deber que le atribuye la ley, las excusas que éste puede invocar para sustraerse del deber en cuestión, la sanción aplicable en caso de incumplimiento y el correspondiente procedimiento de reclamo.

El recurrente, al ejercer la acción de inaplicabilidad, planteó que la aplicación del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales vulneraba los derechos constitucionales de igualdad ante la ley, de igualdad ante las cargas públicas y de libertad de trabajo y comercio³²⁸.

Indicó la peticionaria que lo decisivo para el fallo del asunto judicial era la institución misma del abogado de turno, por lo que era necesario concluir que la norma impugnada resultaba decisiva en la resolución de la gestión pendiente.

Por su parte, la jueza Schneider señaló que actuó de acuerdo a la ley, dando cumplimiento al artículo impugnado del Código Orgánico de Tribunales.

Mientras que la magistrado Julián Bogocian, en sus observaciones dijo que de acuerdo a lo dispuesto en el decreto económico de la Juez Presidente que nombró al señor Toloza como abogado de turno por el mes de octubre de 2006, ella lo designó para la defensa de una de las partes que requería asistencia de un profesional letrado y que no contaba con medios suficientes para costearlo, lo que ocurrió en tres causas en que las contrapartes estaban patrocinadas por la Corporación de Asistencia Judicial.

Analicemos el pronunciamiento del Tribunal en este caso.

Dicho órgano comenzó su argumentación revisando los antecedentes históricos del artículo 595 y la institución que consagra, es decir, la asistencia jurídica gratuita, a través de los llamados abogados de turno.

A continuación analizó la supuesta vulneración a la igualdad ante la ley³²⁹ y a la igualdad de las cargas públicas³³⁰ y finalmente se pronunció

³²⁸ Si bien los requirentes solicitaron que la declaración se refiriera a la institución como un todo, el Tribunal entendió que el reproche se restringía únicamente al inciso primero del artículo apuntado, pues ésta era la única norma a la que el requerimiento se refería fundadamente.

³²⁹ Considerandos vigesimocuarto al cuadragésimosexto. Garantía establecida en el artículo 19, número 2, de la Constitución Política, al decir que “*La Constitución asegura a todas las personas: 2°. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.*”

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

³³⁰ Considerandos cuadragésimoséptimo al quincuagesimoquinto. Garantía reconocida en el artículo 19, número 20, de la Carta Fundamental, y cuyo inciso primero, según la requirente, se encuentra en pugna con el artículo 416 del Código Orgánico de Tribunales al señalar que “*La Constitución asegura a todas las personas: 20°. (...) y la igual repartición de las demás cargas públicas (...)*”.

brevemente sobre la libertad de trabajo³³¹ y la libertad de empresa³³².

Un aspecto central de la argumentación del Tribunal estaba orientado a establecer una distinción entre la licitud de la carga, es decir, el fin perseguido por la ley y la ilicitud de la gratuidad, o sea, el medio empleado.

Concluyendo que si bien el fin de la norma era razonable, ya que consagraba la obligación de defensa de determinadas personas de escasos recursos, la gratuidad, es decir, el medio empleado para obtener dicha finalidad, podía resultar gravoso³³³.

Para argumentar sus razonamientos, el Tribunal recurrió a antecedentes del derecho comparado, específicamente a los casos de España, Alemania e Italia, países donde este tema se resolvió mediante reformas legislativas³³⁴.

En su conclusión, el Tribunal afirmó que la obligación impuesta a los abogados de representar intereses de personas de escasos recursos ante los tribunales poseía justificación constitucional, pero de esto no se seguía que ellos debieran soportar el costo económico del servicio.

Agregando, que era el Estado el encargado de asegurar el acceso a asistencia jurídica gratuita³³⁵.

Finalmente, el Tribunal acogió parcialmente el requerimiento, declarando inaplicable sólo la expresión “gratuitamente” del artículo cuestionado³³⁶.

³³¹ Considerandos quincuagesimosexto al sexagesimotercero. Garantía establecida en el artículo 19, número 16, del Texto Supremo: “*La Constitución asegura a todas las personas: 16°. La libertad de trabajo y su protección.*”

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución (...)”.

³³² Establecida en el artículo 19, número 21, el que dispone que “*La Constitución asegura a todas las personas: 21°. El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen (...)*”.

³³³ En el considerando cuadragésimoprimer se señaló que la gratuidad resultaba gravosa en dos sentidos. En primer término resultaba gravosa porque podía darse el caso de que el abogado no pudiera patrocinar causas voluntariamente aceptadas o bien no pudiera prestar servicios en ellas de la manera adecuada. En segundo término, a juicio del Tribunal, la gratuidad era gravosa, porque el período de tiempo en que se debía desempeñar el cometido podía prolongarse excesivamente, perjudicando los casos que el abogado asumiera voluntariamente.

³³⁴ Considerandos cuadragésimosegundo a cuadragésimocuarto. En estos países leyes especiales regularon el acceso a la justicia mediante abogados particulares, estableciendo la remuneración correspondiente.

³³⁵ Considerando cuadragésimosexto.

³³⁶ Fallo acordado con las prevenciones de los ministros Bertelsen y Vodanovic; este último estuvo por declarar inaplicable la norma completa.

Lo destacable aquí es que en toda la extensión del fallo, el Tribunal se limitó a considerar elementos abstractos, sin analizar en la mayoría de sus considerandos el caso concreto en que dicha inaplicabilidad fue solicitada, incorporando sólo en su razonamiento sexagesimoséptimo elementos de la respectiva gestión pendiente.

Además, resaltemos que posteriormente, en la sentencia dictada en el Rol 1254³³⁷, el Tribunal Constitucional declaró que la expresión “gratuitamente”, contenida en el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, era inconstitucional³³⁸.

Otro caso que merece ser comentado es el que llamaremos “Código Tributario”, donde se solicitó la declaración de inaplicabilidad del artículo 116 del mencionado texto legal, norma que fue declarada inaplicable en 32 oportunidades antes de ser expulsada del ordenamiento jurídico, y que disponía lo que sigue: “*El Director Regional podrá autorizar a funcionarios del Servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando por orden del Director Regional*”.

Analícemos el tipo de examen que sobre esta norma efectuó la Sede Constitucional en el Rol 605³³⁹.

En el fallo de esta causa, el considerando decimocuarto expresó “*que aclarado que el artículo 116 del Código Tributario importa la delegación de facultades jurisdiccionales de un juez a un funcionario público que no reviste tal atributo, resulta necesario analizar si ello vulnera la Constitución Política (...)*”.

Idea similar se constata en el considerando decimoquinto, donde el Tribunal se limitó a contrastar los artículos 6° y 7° de la Carta Suprema con el artículo impugnado.

Situación que se repite en el considerando decimoséptimo al disponer “*que resulta necesario analizar, a continuación, la conformidad del artículo 116 del Código Tributario con el denominado principio de ‘legalidad del tribunal’, consagrado en los artículos 19, número 3, inciso cuarto, 38, inciso 2°, 76 y 77 de la Constitución, que importa, básicamente, que la única autoridad que puede crear tribunales con carácter permanente, es la ley (...)*”.

Si analizamos las líneas anteriores, nos daremos cuenta que en esta sentencia los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional se centraron en un cotejo abstracto de normas, apartándose de los elementos concretos del respectivo caso en el que se planteó la cuestión de inaplicabilidad.

³³⁷ De 15 de octubre de 2008, sentencia dictada el 29 de julio de 2009.

³³⁸ Norma que fue declarada inaplicable en tres oportunidades.

³³⁹ De 5 de octubre de 2006, sentencia dictada el 20 de marzo de 2007.

Sobre el punto, y como bien señala el profesor Couso Salas, a su entender las situaciones de inaplicabilidad solicitadas al Tribunal Constitucional en virtud del artículo 116 del Código Tributario eran todas iguales, ya que en todos los casos se delegó a quien no debía delegarse facultades jurisdiccionales, por lo que las inaplicabilidades del 116 eran todas inconstitucionalidades³⁴⁰.

En el mismo sentido, el profesor Bordalí Salamanca sostiene que “(...) *el problema del juez tributario es siempre una cuestión de inconstitucionalidad, no de inaplicabilidad (...)*”³⁴¹.

Siguiendo la misma línea argumental, el profesor Atria Lemaitre, señala que “(...) *la objeción al artículo 116 nunca fue una objeción de que su aplicación al caso generara una inconstitucionalidad. La objeción era que era (sic) una norma inconstitucional. Entonces, en rigor, todos los recursos de inaplicabilidad deberían haber sido rechazados, porque no era un problema de inaplicabilidad. Ahora, el problema claro es que si todos los recursos de inaplicabilidad eran rechazados, no se podía haber declarado la inconstitucionalidad. Entonces no tiene vuelta, hay que acogerlos. Pero al acoger a uno están dando una razón para acogerlos a todos (...)*”³⁴².

Otro nítido ejemplo de lo que planteamos se encuentra en la causa Rol 943³⁴³, que denominaremos “Código Civil”, caso en que el abogado Luis Valdés Correa formuló un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 2.331 del referido Código, en una causa sobre juicio ordinario de responsabilidad civil que se seguía ante el Décimo Octavo Juzgado Civil de Santiago.

El precepto cuya inaplicabilidad se solicitó dispone que “*las imputaciones injuriosas contra el honor o crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero, pero ni aún entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación*”.

En la mencionada gestión judicial, el requirente solicitó que se condenara solidariamente a los demandados al pago de una indemnización

³⁴⁰ Opinión dada al comentar la presentación del profesor LETELIER WARTENBERG *Sobre los Efectos de la Inconstitucionalidad. Nulidad, Derogación y Premios*, Jurisprudencia Constitucional Destacada. Análisis Crítico (Santiago, Legal Publishing, 2011), p. 231.

³⁴¹ LETELIER WARTENBERG, RAÚL. *Sobre los Efectos de la Inconstitucionalidad. Nulidad, Derogación y Premios*, Jurisprudencia Constitucional Destacada. Análisis Crítico (Santiago, Legal Publishing, 2011), p. 231.

³⁴² LETELIER WARTENBERG, RAÚL. *Sobre los Efectos de la Inconstitucionalidad. Nulidad, Derogación y Premios*, Jurisprudencia Constitucional Destacada. Análisis Crítico (Santiago, Legal Publishing, 2011), pp. 234 y 235.

³⁴³ De 12 de septiembre de 2007, sentencia dictada el 10 de junio de 2008.

pecuniaria y reparación extrapatrimonial de los perjuicios ocasionados en su contra por los delitos o, en subsidio, cuasidelitos civiles que señaló en dicha causa, con costas.

En síntesis, el requirente expresó que por diversos problemas societarios, en el año 2006, fue excluido como socio del estudio jurídico del que formaban parte los demandados en la litis invocada, lo cual afectó gravemente su honor, su intimidad y sus derechos como abogado en las relaciones con sus clientes.

Señaló a continuación, como fundamento de la presente acción constitucional, que el artículo 2.331 del Código Civil era inaplicable en la referida gestión judicial, pues a su entender, generaba un efecto contrario al respeto y protección de su vida privada y su honra, derechos que se le reconocían, como a toda persona, en el número 4 del artículo 19 de la Constitución Política³⁴⁴.

En concreto, la contravención constitucional que se alegó por el requirente se produciría porque el precepto cuestionado establecería una limitación al ejercicio de los citados derechos que la Carta Fundamental no admite, y que consistiría en que para tener derecho a demandar ante los tribunales de justicia el pago de una indemnización cuando el hecho generador del daño han sido imputaciones injuriosas, debe haberse producido un perjuicio avaluable en dinero y, además, excluiría la indemnización del daño moral.

En apoyo del reproche constitucional recién planteado, el peticionario agregó que, conforme a lo dispuesto en el número 26 del artículo 19 de la Constitución³⁴⁵, la posibilidad de que la ley limitara los derechos fundamentales sólo era permitida en los casos en que la Carta Fundamental lo autorizara, lo cual no procedería en la situación en análisis.

Por otra parte, el abogado de los demandados señaló que contrariamente a lo planteado por el requirente, de lo dispuesto en el número 4 del artículo 19 de la Constitución Política no podía deducirse que a toda persona se le asegurara una indemnización pecuniaria del daño moral que emanara de una vulneración a su honra, atendido que a su juicio, ello no formaba parte del contenido o núcleo esencial de la garantía.

³⁴⁴ Que dispone lo siguiente: “La Constitución asegura a todas las personas: 4°. El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”.

³⁴⁵ Al decir que “La Constitución asegura a todas las personas: 26°. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

En el mismo sentido, agregó que la Ley Fundamental no regulaba ni pretendía regular la forma en que debía brindarse protección a la honra, ni tampoco establecía si las indemnizaciones que procedían por posibles atentados a la honra de una persona incluían o excluían el daño moral.

En el fallo de esta causa, desde el considerando duodécimo, en que el Tribunal comenzó su argumentación sobre este punto, hasta el considerando trigesimooctavo, en que la concluyó, no efectuó ninguna referencia al caso concreto.

El análisis se circunscribió a un nivel abstracto de confrontación entre el artículo 2.331 del mencionado Código, por un lado, y los derechos constitucionales, la doctrina y jurisprudencia sobre daño moral y su indemnizabilidad, por otro.

Luego de dicha argumentación, el Tribunal declaró inaplicable la norma en cuestión en la respectiva gestión pendiente³⁴⁶.

La conclusión no admite vacilaciones, en el caso que presentamos el Tribunal Constitucional no realizó un análisis de la posible inconstitucionalidad que tenía la aplicación del precepto impugnado en el caso concreto, sino que se limitó a expresar cómo la norma cuestionada iba en contra de ciertos principios generales dentro de los cuales quiso asentar la idea de que todo daño a un derecho constitucional debía ser indemnizado³⁴⁷.

A la luz de los fallos estudiados y concluyendo el tratamiento de este apartado, podemos decir que si bien es cierto que el Tribunal Constitucional considera la cuestión de inaplicabilidad como un control concreto, la práctica de dicha Magistratura al ejercer el control represivo por vía de inaplicabilidad difiere de su planteamiento teórico, ya que aplica este control como abstracto o concreto, dependiendo de las particularidades de la gestión que se le plantee.

³⁴⁶ Los Ministros Bertelsen y Correa concurrieron al fallo efectuando una prevención, al no compartir lo razonado en los considerandos vigesimonoveno a trigesimooctavo, incluyendo ambos considerandos inclusive. Tengamos presente que el considerando 5° de las observaciones formuladas por ambos ministros se refirió al caso concreto al decir “*que, por lo demás, de las características del caso que motivan el litigio, no aparece que la libertad de expresión de los socios de una oficina de abogados se vea intolerablemente amagada si es que se hace procedente la indemnización por el daño moral que puedan provocar expresiones injuriosas, proferidas respecto de un antiguo socio*”.

Por último, la sentencia del Tribunal Constitucional se acordó con el voto en contra del Ministro Fernández Fredes, quien estuvo por rechazar el requerimiento.

³⁴⁷ Considerando decimosexto. Idea que es expresada por el profesor ALDUNATE LIZANA en su texto *Jurisprudencia Constitucional 2006-2008. Estudio Selectivo* (Santiago, Legal Publishing, 2009), p. 23.

Esta suerte de confusión en la naturaleza jurídica de la inaplicabilidad se torna evidente al analizar lo sostenido por esta judicatura en dos de sus sentencias.

Así en el Rol 1404³⁴⁸, expresó que “(...) el examen que se efectúa en la acción de inaplicabilidad es entre el contenido de la Constitución y el precepto legal, a la luz de los antecedentes que derivan de la situación de hecho concreta de que se trata. No le corresponde aquí, por lo tanto, efectuar un análisis doctrinario y abstracto, de mera confrontación entre la Carta y el precepto, porque llevado lo abstracto de la norma a lo concreto de su aplicación, ella puede ser constitucional o inconstitucional según las características de los problemas específicos que se presenten (...)”³⁴⁹.

Mientras que en la causa Rol 1295³⁵⁰ señaló que “(...) es forzoso que siempre el conflicto sometido a su decisión consista en la existencia de una contradicción concreta y determinada entre el precepto legal que se cuestiona y la Carta Fundamental, lo que en algunas situaciones puede brotar con claridad del sólo texto del precepto legal cuestionado y, en otras, emergerá de las peculiaridades de su aplicación al caso concreto”³⁵¹.

De la simple lectura de estos considerandos, es posible extraer la contradicción de ambos, ya que en el primero de ellos se limita la acción de inaplicabilidad a un examen concreto, mientras que en el segundo de los fallos citados se permite un examen abstracto para determinar la inaplicabilidad de una norma al caso concreto.

De lo expuesto en las páginas precedentes es posible deducir, en principio, que si bien existen casos en los cuales el Tribunal Constitucional efectúa una satisfactoria distinción entre el control concreto y el abstracto, en varios de sus fallos esta diferenciación se torna compleja, y a pesar que, como tuvimos oportunidad de comentar, el Tribunal ha señalado en innumerables ocasiones el carácter concreto de la inaplicabilidad, lo cierto, es que en los hechos, muchas de sus sentencias se basan en un examen abstracto, resultado de la confrontación de las normas en discusión, generándose una poco deseable confusión entre la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad, que como sabemos, son dos instituciones diversas.

Para un mejor desarrollo del análisis lógico de nuestro sistema de control de constitucionalidad en sede de inaplicabilidad, es necesario realizar algunas distinciones, analizando particularmente si el vicio abs-

³⁴⁸ De 5 de junio de 2009, sentencia dictada el 18 de mayo de 2010.

³⁴⁹ Considerando trigésimotercero, donde se citó al profesor SILVA BASCUÑÁN.

³⁵⁰ De 31 de diciembre de 2008, sentencia dictada el 6 de octubre de 2009.

³⁵¹ Considerando decimoséptimo.

tractamente considerado es de carácter sustantivo o formal; teniendo presente esta distinción, podremos observar con claridad si uno u otro tipo de vicio produce efectos inconstitucionales en la aplicación de la norma al caso concreto.

4. INCONSTITUCIONALIDAD DE FONDO Y FORMA E INAPLICABILIDAD

Entendemos que la inconstitucionalidad de forma se produce cuando el precepto infringe normas constitucionales relativas al procedimiento de formación de la ley o normas orgánicas relativas a los órganos colegisladores, esto es, el Presidente de la República y el Congreso Nacional. Por su parte, la inconstitucionalidad de fondo se produce cuando el precepto legal infringe una norma iusfundamental de conducta, cuyo contenido son valores, principios constitucionales, derechos, deberes y garantías constitucionales³⁵².

4.1. Inconstitucionalidad de fondo

En primer lugar analizaremos la inconstitucionalidad de fondo, siendo preciso plantear la siguiente interrogante ¿todo vicio abstracto de constitucionalidad, produce necesariamente un efecto inconstitucional en la aplicación de la norma al caso concreto?

Comencemos diciendo que algunos de los casos recién tratados operaron en el evento de una norma que considerada en abstracto era inconstitucional por vicios de fondo generando también efectos inconstitucionales en el caso concreto³⁵³.

Lo anterior es lógico, ya que si un precepto legal es contrario a la Constitución Política en su sustancia, parece obvio que los efectos que deriven de su aplicación no se ajustarán al Texto Supremo³⁵⁴.

³⁵² Definiciones extraídas de ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Acciones de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Temas Procesales* (Santiago, Legal Publishing, 2010), pp. 32 y 33.

³⁵³ Nos referimos al Rol 755, que versaba sobre el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, y a la causa que denominamos “Código Tributario”, sobre el artículo 116 de dicho cuerpo legal, al punto, que ambos preceptos fueron objeto de declaraciones de inconstitucionalidad en virtud del artículo 93, número 7, de la Constitución Política.

³⁵⁴ Al efecto, el profesor PICA FLORES dice que “cabe señalar que por motivos de obvia lógica aristotélica, si una norma es en sí misma inconstitucional, su normal aplicación generará efectos consecuentemente inconstitucionales (...)”, en *Control Jurisdiccional de Constitucionalidad de la Ley en Chile: Los Procesos de Inconstitucionalidad y de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de Competencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2010), p. 77.

En concordancia con lo anterior, el profesor Román Cordero es partidario que “(...) *si el precepto legal que se pide declarar inaplicable es inconstitucional (...) su aplicación en un caso concreto siempre producirá efectos contrarios a la Constitución –a no ser que sea interpretado contradiciendo su texto– razón por la cual, al resolver el requerimiento de inaplicabilidad deducido en su contra, el Tribunal Constitucional efectuará, en la práctica, ya no un control concreto de constitucionalidad de dicho precepto legal, como es propio de la inaplicabilidad, sino abstracto (...)*”³⁵⁵.

En similar sentido el profesor Tavolari Riveros señala que, cuando el texto legal denunciado como inaplicable infringe de suyo la normativa constitucional, se deja en evidencia que concurre el riesgo de una aplicación legal inconstitucional, situación que, según el autor, dispensa al Tribunal Constitucional de entrar a establecer profundamente las peculiaridades del caso mismo, materia de la gestión judicial³⁵⁶.

De igual forma, el profesor Pica Flores sostiene que “(...) *de la propia norma puede emanar una inconstitucionalidad, en cuyo caso la aplicación contraria a la carta fundamental es sólo consecuencia lógica de dicha disconformidad entre la norma y la carta fundamental (...)*”³⁵⁷.

Siguiendo el planteamiento de dicho profesor, esta situación justificaría el encontrar en fallos de inaplicabilidad razonamientos que aparentan ser propios de control abstracto, es decir, razonamientos que se limitan aparentemente al contraste entre las normas, con poca o nula alusión al caso y a la aplicación de la norma. Agrega que de ello se desprende que para declarar la inaplicabilidad basta el análisis de la norma sin el agregado de los elementos del caso concreto³⁵⁸.

³⁵⁵ ROMÁN CORDERO, CRISTIAN. *El Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad como Mecanismo de Control de la arbitrariedad del Legislador*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 72 (2010), p. 361. Reitera esta idea al señalar en la página 348 del mismo artículo lo siguiente: “(...) *la ley arbitraria es siempre inconstitucional, de lo que concluye que su aplicación en un caso particular siempre produce efectos contrarios a la Constitución, de ahí que se sostenga que el control concreto que importa la inaplicabilidad en relación a dicho precepto legal, se erige, en la práctica, en abstracto (...)*”.

³⁵⁶ EN TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. *La Cosa Juzgada en el Control de Constitucionalidad* (y una Lectura Crítica a la Ley 20.381 de Reforma de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal), Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 72 (2010), p. 490.

³⁵⁷ Manifestado en su obra *Control Jurisdiccional de Constitucionalidad de la Ley en Chile: Los Procesos de Inconstitucionalidad y de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de Competencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2010), p. 77.

³⁵⁸ EN PICA FLORES, RODRIGO. *Control Jurisdiccional de Constitucionalidad de la Ley en Chile: Los Procesos de Inconstitucionalidad y de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de Competencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2010), p. 77.

No compartimos los juicios anteriores, por ello consideramos atinente formular una observación; al efecto, nos parece que el Tribunal Constitucional al conocer la inaplicabilidad, debe ajustar su estudio al caso concreto que se le presenta, limitándose a examinar los elementos fácticos de la gestión particular en que se solicita la inaplicabilidad.

Efectuamos esta precisión, ya que si consideramos la inaplicabilidad como un mecanismo de control concreto³⁵⁹ y nos ceñimos a esta idea, mediante este instrumento el Tribunal no podría cotejar normas de manera abstracta.

Es por ello que en nuestra opinión, en la inaplicabilidad sólo se deben evaluar los supuestos que concurren en la gestión pendiente, sin que el Tribunal pueda inmiscuirse en los aspectos abstractos del precepto legal cuestionado, no siendo la inaplicabilidad el medio idóneo para efectuar exámenes de este tipo.

Manifestado lo anterior, nos parece acertado lo expresado por el profesor Zúñiga Urbina al decir que *“no se debe perder de vista, bajo ningún pretexto, que el análisis de inaplicabilidad objeto de estudio versa sobre un control concreto de constitucionalidad y no abstracto. Por esta razón, lo que se juzga es si la aplicación de un precepto legal para un caso concreto resulta o no contraria a la Constitución y no si el precepto legal es o no en sí mismo inconstitucional”*³⁶⁰.

En el mismo sentido, el profesor Saenger Gianoni señala que la apreciación que ha de realizar el Tribunal Constitucional no dice relación con un juicio abstracto sobre la compatibilidad de la norma legal impugnada con la Carta Fundamental, sino con el efecto eventualmente inconstitucional que su aplicación puede tener en la gestión judicial pendiente³⁶¹.

Volviendo a la idea con la que comenzamos este apartado, nos parece que la regla general tratándose de la inconstitucionalidad de fondo, es que si una norma es inconstitucional sustantivamente, ella producirá efectos contrarios a la Carta Fundamental en su aplicación al caso concreto; sin embargo, es posible visualizar algunas situaciones en que si bien el precepto abstractamente considerado es inconstitucional en lo sustantivo, los efectos que produce en el caso concreto se ajustan al Texto Supremo.

³⁵⁹ Premisa de la que participamos.

³⁶⁰ ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *La Relación Tribunal Constitucional-Tribunales de Fondo y los Efectos de la Sentencia de Inaplicabilidad acerca de los Presupuestos de la Acción*, Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales, (2010), p. 403.

³⁶¹ EN SAENGER GIANONI, FERNANDO. *Control Abstracto y Concreto en la Nueva Inaplicabilidad*, Temas Actuales de Derecho Constitucional (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009), p. 282.

La situación que detallaremos a continuación, denominada “Servicio Militar Obligatorio”, es un nítido ejemplo hipotético de lo que acabamos de plantear.

Como sabemos, en nuestro país el servicio militar es obligatorio sólo para los varones³⁶². Pues bien, pensemos en la situación de un varón de 18 años de edad, que es convocado a la conscripción obligatoria del Ejército de Chile, quien teniendo noticia de dicho llamado no se presenta ante las autoridades correspondientes en la época fijada para ello³⁶³. Producto de este incumplimiento, el Estado persigue la responsabilidad penal de esta persona por el incumplimiento de deberes militares^{364 365}.

³⁶² Al efecto, el artículo 21 del Decreto Ley N° 2.306, sobre reclutamiento y movilización de las fuerzas armadas, dispone que “[L]a Base de Conscripción es el conjunto de personas que están sujetas a la obligación de cumplir el servicio militar. Será elaborada anualmente por la Dirección General y publicada en la forma que determine el reglamento.

Pertenece a la Base de Conscripción los varones que integren el Registro Militar del año en curso, los disponibles del año anterior y los que por enfermedad o por haber estado procesados por delitos que no merezcan pena aflictiva o por haber sido condenados a una pena inferior; se hallaban imposibilitados para realizar el servicio militar en el año en que les correspondía hacerlo.

Los varones que no hayan sido sorteados en la primera convocatoria integrarán, además, la Base de Conscripción del año siguiente, por segunda y última vez, siempre que la clase correspondiente de ese año no alcance a completar las necesidades de las Fuerzas Armadas”.

Complementemos este precepto con lo establecido en el inciso primero del artículo 30 del mismo decreto ley, el que reza “[P]ara completar la cantidad del contingente que debe acuartelarse anualmente, y que no se entere con los varones incluidos como voluntarios, la Dirección General realizará un primer sorteo público, denominado sorteo general, entre quienes conformen la Base de Conscripción, con exclusión de dichos voluntarios”.

³⁶³ Tal como lo señala el artículo 22 del Decreto Ley N° 2.306, al decir que “[L]os varones pertenecientes a la Base de Conscripción deberán concurrir a las citaciones que les hicieren las autoridades de reclutamiento para integrar el contingente que será convocado al servicio militar”.

³⁶⁴ Así, el artículo 13 del decreto ley en comento señala que una de las formas de cumplir el deber militar es mediante el servicio militar obligatorio.

³⁶⁵ El título séptimo del referido decreto ley “De la penalidad y procedimiento judicial”, en su capítulo I “De la responsabilidad penal” señala las penas en las que incurrirán los infractores del decreto ley en cuestión, a modo de ejemplo mencionaremos el artículo 72 el que dispone lo siguiente: “Los que no concurrieren a las citaciones que las autoridades de reclutamiento les hicieren para los efectos de su selección, serán infractores y sufrirán la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en su grado mínimo”. En el caso planteado destaca el artículo 73 señalando que “[L]os que fueren seleccionados y no se presentaren a reconocer cuartel para cumplir con el servicio militar, se considerarán remisos y sufrirán la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en su grado medio.

Las personas de la categoría de disponibles que fueren convocadas y no se presentaren a reconocer cuartel para cumplir con el servicio militar, serán consideradas remisas y sufrirán la pena a que se refiere el inciso anterior.

Las personas de la categoría de disponibles destinadas a la Defensa Civil de Chile que no se presentaren, serán sancionadas con multas de cuatro a ocho unidades tributarias mensuales”.

Una vez iniciado el proceso penal, la defensa del varón plantea la inaplicabilidad de la primera parte del inciso segundo del artículo 21 del Decreto Ley N° 2.306, que dispone “*Pertenecerán a la Base de Conscripción los varones que integren el Registro Militar*”³⁶⁶, argumentando que dicha disposición atenta contra la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19, número 2, de la Constitución Política³⁶⁷.

La requirente sostiene que al consignarse por dicha disposición que el servicio militar es obligatorio sólo para las personas de sexo masculino, se está estableciendo una desigualdad arbitraria en razón del género de los individuos, produciéndose una vulneración del referido principio constitucional.

Lo destacable en esta hipótesis es que, a pesar que el Tribunal Constitucional pueda estimar que la norma es sustantivamente inconstitucional, por no existir un fundamento objetivo que permita la exclusión de las mujeres del servicio militar obligatorio, en virtud del carácter concreto de la cuestión de inaplicabilidad no sería posible que declarase la inaplicabilidad del precepto cuestionado, ya que su aplicación en esta gestión específica no genera un efecto inconstitucional.

Por último, y para cerrar el estudio de este apartado, nos parece que contribuye a la confusión entre control concreto y control abstracto el que no se observe, en general, una argumentación distintiva de ambos tipos de control, por parte del Tribunal Constitucional³⁶⁸.

³⁶⁶ Podríamos solicitar la inaplicabilidad de cualquier precepto legal del referido decreto ley que utilice la expresión “varones”, como por ejemplo los artículos 22, 24, 29, 29 A, 30, 30 A, 30 B, 30 D, 30 E, 30 F, entre otros, pero en el caso planteado elegimos el artículo mencionado en el texto.

³⁶⁷ Precepto legal que dispone a la letra lo siguiente: “*La Constitución asegura a todas las personas: 2°. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”.

³⁶⁸ El profesor ZÚÑIGA URBINA, visualiza una dificultad surgida debido a la falta de un criterio diferenciador en la argumentación utilizada por el Tribunal Constitucional en la inaplicabilidad y en la inconstitucionalidad, al señalar que “*(...) la dificultad de diferenciar entre control concreto y abstracto, más allá de los conceptos dados, patente resulta la indiferenciación sustantiva de los juicios de legitimidad, al haber un more argumentativo en la lectura y comentario de sentencias estimatorias de inaplicabilidad que cristalizan en sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad y, al contrario, cuando el Tribunal dicta una sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad, naufraga intentando justificar la negativa a declarar la inconstitucionalidad, recurriendo a argumentos políticos o a los socorridos comodines de autolimitación (...)*”. Extraído de *Acciones de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Temas Procesales* (Santiago, Legal Publishing, 2010), p. 177. Asunto relacionado con la conexión existente entre la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad, al exigirse como requisito de procedencia de la cuestión de inconstitucionalidad una declaración previa de inaplicabilidad, y que veremos más adelante.

Como bien dice el profesor Aldunate Lizana, en esta materia se visualiza una argumentación genérica y falta del uso de reglas que diferencien el juicio de legitimidad. En este punto es claro en señalar que “*a pesar del énfasis que pone el Tribunal en el hecho de tratarse en esta acción de un control concreto, tanto en su naturaleza como en sus efectos, es interesante destacar el tipo de argumentación que usa, que puede llegar a ser de carácter absolutamente general y abstracto, no sólo desvinculada del caso y de las pretensiones y alegaciones de las partes, sino que también desvinculada de las propias circunstancias de hecho que se trata de examinar (...)*”³⁶⁹.

En base a lo expuesto, somos partidarios que en la argumentación lógico-jurídica contenida en los fallos del Tribunal Constitucional, se refleje el carácter concreto que dicha Magistratura ha atribuido a la inaplicabilidad en múltiples de sus sentencias, logrando distinguirse con claridad de la inconstitucionalidad, institutos que de acuerdo a su naturaleza y efectos son completamente diferentes.

4.2. Inconstitucionalidad de forma³⁷⁰

El proyecto del Senado en la reforma constitucional de 2005, contenía una norma que expresamente incluía la posibilidad de declarar inaplicable un precepto tanto por razones de forma como de fondo^{371 372}.

³⁶⁹ ALDUNATE LIZANA, EDUARDO. *Jurisprudencia Constitucional 2006-2008. Estudio Selectivo* (Santiago, Legal Publishing, 2009), p. 23. En este mismo orden de ideas, el legislador orgánico para realzar el control concreto en sede de inaplicabilidad ordena que la sentencia estimatoria especifique “*(...) de qué modo su aplicación (la del precepto legal) en la gestión pendiente de que se trata resulte contraria a la Constitución*”. Artículo 47 K de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

³⁷⁰ En base a lo expresado podemos advertir que un precepto legal puede ajustarse a la Constitución Política en su contenido normativo y al mismo tiempo ser inconstitucional por haber sido creado sin obedecer los trámites constitucionales necesarios para su perfeccionamiento.

³⁷¹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Boletines N° 2.526-07 y 2.534-07, de 6 de noviembre de 2001.

³⁷² Como mencionamos en el capítulo II, antes del año 2005 la Corte Suprema evitó declarar la inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad de forma, argumentando que no debía inmiscuirse dentro del proceso de formación de la ley, ya que ello era propio de otro poder del Estado. Así, la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de forma podía significar una invasión de la justicia constitucional en el poder legislativo, infringiendo la separación de funciones. De acuerdo a esta visión, es el Tribunal Constitucional el que ejerciendo el control preventivo debe vigilar que se cumplan los requisitos de forma en la creación de las leyes. Sobre el punto diremos, que si bien es cierto que el control preventivo disminuye las posibilidades de que se omitan ciertos requisitos constitucionales en el proceso legislativo, él no elimina por completo la probabilidad. Así se desprende de VERDUGO RAMÍREZ, SERGIO. *Inaplicabilidad y Vicios de Forma ¿Un Problema Resuelto?*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 23 (2010), pp. 87 y 88.

Si bien esta mención expresa de los vicios de forma desapareció en el texto vigente, el Tribunal Constitucional ha dictado diversos fallos en cuestiones de inaplicabilidad en que ha declarado su competencia para conocer de impugnaciones de constitucionalidad que consistan en no haberse dictado el precepto legal en la forma establecida por la Carta Fundamental³⁷³.

Sobre este tema, la pregunta que cabe formularnos es la siguiente: si una norma es inconstitucional en la forma ¿es posible revisar dicha inconstitucionalidad mediante la cuestión de inaplicabilidad?, es decir, ¿es posible en el control concreto examinar la inconstitucionalidad formal?

Para responder dicha interrogante recurriremos a la opinión sustentada por la doctrina nacional y por algunos fallos del Tribunal Constitucional.

a. Doctrina

Un número importante de autores se manifiesta favorable a la idea de que la inaplicabilidad es idónea para revisar la constitucionalidad formal de la ley³⁷⁴.

³⁷³ Tengamos en consideración que el Código Procesal Penal tiene preceptos que son de naturaleza orgánica constitucional, en tanto disponen atribuciones de los tribunales (artículo 77 de la Constitución Política) o del Ministerio Público (artículo 84 de la Constitución Política), por lo cual dichos preceptos debieron someterse a trámites especiales en su formación legislativa (artículo 93, número 1, de la Constitución Política). Dicho procedimiento no se verificó, y al omitirse este control preventivo obligatorio ante el Tribunal Constitucional, el legislador incurrió en un vicio formal. Por lo cual, es probable que gran parte de los problemas de constitucionalidad de forma que surjan en la cuestión de inaplicabilidad, se relacionen con el aludido código. Este tema es abordado con mayor detenimiento por el profesor VERDUGO RAMÍREZ en su texto *Inaplicabilidad y Vicios de Forma ¿Un Problema Resuelto?*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 23 (2010).

³⁷⁴ Sobre el punto revisar los siguientes textos: GÓMEZ BERNALES, GASTÓN. *La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno*, ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005), p. 675. BULNES ALDUNATE, LUZ. *El Recurso de Inaplicabilidad y la Reforma Constitucional*, Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo, (2005), p. 39. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *Escritos de Justicia Constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 35 (2007), p. 225. SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO. SILVA GALLINATO, MARÍA PÍA. *Las Nuevas Atribuciones del Tribunal Constitucional* en Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 69 (2005), p. 368. PEÑA TORRES, MARISOL. *Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad: Reciente Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno* en NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional* (Santiago, Librotecnia, 2009), p. 413.

En concordancia con lo que acabamos de señalar, el profesor Maturana Miquel es partidario que el Tribunal Constitucional conozca todas las cuestiones relativas a la constitucionalidad de la ley, incluyendo la inconstitucionalidad de forma, ya que ante la diversidad de quórum y procedimientos existentes en la creación de ésta, es muy posible que se presenten anomalías en su proceso de formación³⁷⁵.

En el mismo sentido, el profesor Núñez Poblete sostiene que el carácter concreto de la inaplicabilidad no tiene lugar tratándose del examen formal de un precepto legal³⁷⁶.

Este autor es partidario de dejar de aplicar el control concreto para ciertos casos, lo que de hecho se ha observado en algunas sentencias del Tribunal Constitucional, órgano que ha sostenido lo que sigue: “(...) resulta obvio que si en determinado caso la inaplicabilidad se acoge por estimarse que el precepto impugnado adolece de inconstitucionalidad de forma, disminuirá la importancia del caso concreto y la declaración de inaplicabilidad adquirirá una dimensión más general (...)”³⁷⁷.

En sentido contrario y en una postura de la que participamos, el profesor Verdugo Ramírez señala que no se ven razones jurídicamente admisibles para diferenciar los casos en que la teoría del control concreto puede aplicarse y en cuáles no.

En opinión del mismo autor, si bien la tesis de Núñez soluciona un problema práctico, se pueden generar otras dificultades, como por ejemplo: la distinción con los vicios de fondo, la incoherencia que se generaría con el resto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y además, no se respondería en forma satisfactoria a la preocupación sobre los efectos dañinos de la inconstitucionalidad³⁷⁸.

Una posición un poco más radical sobre el tema es la que sostuvo el profesor Silva Bascuán, bajo el esquema anterior a la reforma del 2005, para quien los vicios de forma hacen que el precepto sea inexistente,

³⁷⁵ Dicho en MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN. *El Procedimiento, la Legitimación para Obrar y el Control de Admisibilidad en el Requerimiento de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 72 (2010), p. 438.

³⁷⁶ NÚÑEZ POBLETE, MANUEL. *El Control de la Igualdad en la Aplicación de la Ley como Factor de Expansión del Control Concreto de Constitucionalidad de las Leyes*. Citado en VERDUGO RAMÍREZ, SERGIO. *Inaplicabilidad y Vicios de Forma ¿Un Problema Resuelto?*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 23 (2010), p. 107.

³⁷⁷ Rol 588, de 27 de septiembre de 2006, sentencia dictada el 26 de julio de 2007, considerando undécimo.

³⁷⁸ Expresado por el profesor VERDUGO RAMÍREZ en su artículo: *Inaplicabilidad y Vicios de Forma ¿Un Problema Resuelto?*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 23 (2010), p. 107.

cuestión que puede ser constatada por cualquier juez, sin necesidad que exista una cuestión de inaplicabilidad³⁷⁹.

Según el profesor Verdugo Ramírez esta tesis resulta interesante pero poco probable, debido a que para llevarla a la práctica sería necesario modificar la forma que tiene el Poder Judicial de entender el sistema de control de constitucionalidad y además generaría una serie de interrogantes de difícil solución³⁸⁰.

Siguiendo otra postura y atendido el actual contexto, resulta provechoso revisar los planteamientos del profesor Atria Lemaitre, el que en un texto publicado el año 2001 y comentando el actuar de la Corte Suprema bajo la primitiva acción de inaplicabilidad, propone que la acción de inaplicabilidad no es idónea para responder reproches de constitucionalidad de forma, ya que se trata de una acción de carácter concreto.

De acuerdo a este autor “*si (...) la Corte hubiera razonado sobre la base de que el recurso de inaplicabilidad le entregaba la determinación de la constitucionalidad de la aplicación de la ley al caso concreto, entonces su negativa a ejercer su potestad en el caso de las leyes cuya forma se objetaba no habría aparecido oportunista sino sólo la consecuencia de la correcta comprensión del recurso*”³⁸¹.

Pensando en la actual inaplicabilidad y fundamentalmente en su carácter concreto, la posición de Atria podría cobrar fuerza, lo que por lo demás, resulta consistente con las declaraciones del Tribunal Constitucional al calificar como concreta a la actual inaplicabilidad.

En similar sentido, el profesor Bordalí Salamanca sostiene que “*(...) en cuestiones de forma y en cuestiones orgánicas es imposible que opere la inaplicabilidad. O sea, un órgano del Estado que tiene un vicio de constitucionalidad (...) no puede por definición afectar a un caso concreto, pues una cuestión formal o bien orgánica afecta a todo el mundo, a todo el sistema jurídico (...)*”³⁸².

Por su parte, el profesor Verdugo Ramírez afirma que de acuerdo a la calificación concreta que la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal

³⁷⁹ SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963), I, pp. 193 y 196.

³⁸⁰ Como por ejemplo ¿podrían los jueces controlar también los vicios de fondo?, ¿qué sucedería si los jueces tienen interpretaciones diferentes respecto de un problema similar?, entre otras. Preocupaciones que se encuentran en VERDUGO RAMÍREZ, SERGIO. *Inaplicabilidad y Vicios de Forma ¿Un Problema Resuelto?*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 23 (2010), pp. 107 y 108.

³⁸¹ ATRIA LEMAITRE, FERNANDO. *Inaplicabilidad y Coherencia: contra la Ideología del Legalismo*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 12 (2001), p. 155.

³⁸² Opinión dada por Bordalí en el texto: LETELIER WARTENBERG, RAÚL. *Sobre los Efectos de la Inconstitucionalidad. Nulidad, Derogación y Premios*, Jurisprudencia Constitucional Destacada. Análisis Crítico (Santiago, Legal Publishing, 2011), p. 231.

Constitucional le han atribuido a la inaplicabilidad, ello implica reconocer que dicha acción no es un instrumento adecuado para controlar los vicios de forma³⁸³.

Ello, porque la actual inaplicabilidad es un control cercano a la causa particular y a la aplicación judicial del precepto impugnado, cosa que no se condice con la naturaleza de los vicios de forma, los que se encuentran más cercanos a la historia legislativa de la ley y que por tanto se alejan del contenido normativo que el juez del caso está llamado a aplicar.

Según el referido autor, si se quieren revisar vicios formales mediante la inaplicabilidad, existen dos formas para que ello sea procedente:

La primera es modificar la teoría del control concreto, alternativa de difícil implementación, puesto que aún no está claro en qué consiste en la práctica el denominado control concreto.

La segunda es entender que cuando se está frente a un vicio de forma, se debe hacer una excepción dentro de la inaplicabilidad³⁸⁴, tema que ya abordamos señalando su falta de fundamento.

Agrega que, si optamos por la tesis de Atria, podrían introducirse ciertas modificaciones que mejoren el actual modelo, como por ejemplo: eliminar el control represivo de los vicios de forma, que se entienda que las leyes vigentes son constitucionales en la forma, fortalecer el control preventivo del Tribunal Constitucional, entre otros, ideas que según el autor en cuestión permitirían entregarle más certeza y estabilidad a nuestro sistema³⁸⁵.

Preliminarmente, diremos que compartimos algunos de los aspectos recién mencionados, lo que expresaremos con mayor detalle después de analizar lo que sobre esta materia ha sostenido el Tribunal Constitucional, para completar nuestra visión sobre este punto.

b. Fallos del Tribunal Constitucional

En mayo de 2007, el Tribunal Constitucional se enfrentó por primera vez, en materia de control represivo, a un problema de inconstitucionalidad de forma³⁸⁶.

³⁸³ En VERDUGO RAMÍREZ, SERGIO. *Inaplicabilidad y Vicios de Forma ¿Un Problema Resuelto?*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 23 (2010), p.108.

³⁸⁴ Tesis sustentada por Núñez Poblete.

³⁸⁵ VERDUGO RAMÍREZ, SERGIO. *Inaplicabilidad y Vicios de Forma ¿Un Problema Resuelto?*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 23 (2010), p. 108.

³⁸⁶ Hagamos presente que el Tribunal Constitucional jamás ha declarado inaplicable un precepto legal por razones formales, dato mencionado por el profesor VERDUGO RAMÍREZ en su texto *Inaplicabilidad y Vicios de Forma ¿Un Problema Resuelto? en Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, 23 (2010), p. 102.

Fue en el denominado caso “Código de Minería”³⁸⁷, en donde el abogado Carlos Marín Salas, en representación de Juan Venegas Navarro, solicitó que se declarara inaplicable el inciso tercero del artículo 96 del Código de Minería, en el juicio sumario que se tramitaba ante el Segundo Juzgado de Letras Civil de Antofagasta.

El tenor literal del citado precepto es el siguiente: *“Cumplida la prescripción, la concesión queda saneada de todo vicio y además se entiende que la sentencia y su inscripción han producido siempre los efectos que, para cada una de éstas, señala el artículo 91. La sentencia que, en los casos de los números 6° y 7° del artículo anterior, declare la prescripción de la acción de nulidad a que dichos números se refieren, también declarará extinguida la pertenencia afectada por la superposición”*.

En el referido proceso seguido en el norte de nuestro país, Hagop Kazazian Parseghian, en representación de la Sociedad Legal Minera San Armando Uno de Sierra Gorda, solicitó que se declarase prescrita la acción de nulidad prevista en el número 7 del artículo 95 del mismo Código, respecto de la concesión de las pertenencias de propiedad de su representada, denominadas “San Armando 1”, “San Armando 2”, “San Armando 3”, “San Armando 4” y “San Armando 20”, del grupo “San Armando 1 al 40”, que data de 1956, superpuestas a la pertenencia “Carmen”, constituida el año 1902, siendo titular de esta última el señor Venegas, quien era el demandado en dicha causa y requirente de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional.

El solicitante de la acción que analizamos sostenía que el precepto legal impugnado era inconstitucional por infracción de lo establecido en los artículos 6°³⁸⁸, 7°³⁸⁹, 19, número 24, incisos primero, segundo, tercero, séptimo, octavo y noveno³⁹⁰, y número 26 del mismo

³⁸⁷ Rol 473, de 28 de marzo de 2006, sentencia dictada el 8 de mayo de 2007.

³⁸⁸ El que dispone que *“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.*

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”.

³⁸⁹ Señala que *“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.*

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

³⁹⁰ “Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: N° 24.

Inciso primero *“El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”*.

precepto³⁹¹, 63 número 1³⁹², 66 inciso segundo³⁹³, 92 y 93³⁹⁴, todos de la Carta Fundamental.

El núcleo de la fundamentación con que el actor respaldó su pretensión consistía en presuntos vicios de forma que atribuía al precepto cuestionado, que sustentaba en una sentencia del Tribunal Constitucional, de 6 de septiembre de 1983, en los autos Rol N° 17, en que dicha

Inciso segundo “*Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental*”.

Inciso tercero “*Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales*”.

Inciso séptimo “*Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación. Dichas concesiones se constituirán siempre por resolución judicial y tendrán la duración, conferirán los derechos e impondrán las obligaciones que la ley exprese, la que tendrá el carácter de orgánica constitucional. La concesión minera obliga al dueño a desarrollar la actividad necesaria para satisfacer el interés público que justifica su otorgamiento. Su régimen de amparo será establecido por dicha ley, tenderá directa o indirectamente a obtener el cumplimiento de esa obligación y contemplará causales de caducidad para el caso de incumplimiento o de simple extinción del dominio sobre la concesión. En todo caso dichas causales y sus efectos deben estar establecidos al momento de otorgarse la concesión*”.

Inciso octavo “*Será de competencia exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia declarar la extinción de tales concesiones. Las controversias que se produzcan respecto de la caducidad o extinción del dominio sobre la concesión serán resueltas por ellos; y en caso de caducidad, el afectado podrá requerir de la justicia la declaración de subsistencia de su derecho*”.

Finalmente el inciso noveno de la disposición en comento prescribe que “*El dominio del titular sobre su concesión minera está protegido por la garantía constitucional de que trata este número*”.

³⁹¹ Al efecto el artículo 19 señala lo que sigue: “*La Constitución asegura a todas las personas: N° 26º. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio*”.

³⁹² Dicho precepto dispone que “*Sólo son materias de ley:*

1) *Las que en virtud de la Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales*”.

³⁹³ Por su parte el artículo 66 inciso segundo reza lo siguiente: “*Las normas legales a las cuales la Constitución confiere el carácter de ley orgánica constitucional requerirán, para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio*”.

³⁹⁴ Los artículos 92 y 93 de la Constitución se refieren a la organización y atribuciones del Tribunal Constitucional, materia ya analizada, por lo que resulta innecesario transcribir dichas normas.

magistratura señaló que las causales de extinción del dominio de una concesión minera eran materias propias de ley orgánica constitucional.

Agregando que, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso séptimo del artículo 19, número 24, de la Constitución, una ley de carácter orgánico constitucional debía establecer las causales de extinción de las concesiones mineras, exigencia que se cumplió con la dictación de la Ley número 18.097, de 1982, Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, la que en su artículo 18 señaló tales causales, entre las que no se contempló la contenida en la disposición impugnada, por lo que el requirente señaló que toda otra causal no contemplada en dicha norma adolecía de ilegitimidad por inconstitucionalidad³⁹⁵.

Sin entrar al detalle de lo planteado por el abogado Carlos Clausen Calvo, en representación de la requerida, diremos que éste formuló algunas observaciones, orientadas a desvirtuar los fundamentos de la acción, destacando que sus alegaciones estaban destinadas a demostrar que el precepto legal impugnado no había infringido en su formación, los artículos 63, número 1, 66, inciso segundo, ni el artículo 19, número 24, inciso séptimo, de la Constitución.

En base a lo expresado, el Tribunal Constitucional desde su considerando decimotercero a cuadragésimocuarto se refirió expresamente a la supuesta inconstitucionalidad formal que afectaría, según el requirente, a la norma impugnada. Es así, que dicha magistratura expuso *“que del examen del contexto de las alegaciones del requirente se desprende, con nitidez, que, en lo sustancial, las mismas pretenden obtener la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de forma del precepto legal impugnado, sin perjuicio de atribuirle, además, consecuencias sustantivas que configurarían vicios de fondo, como más adelante se resolverá. Se procederá, en consecuencia, como ha sido la práctica invariable de este Tribunal, a analizar primeramente los presuntos vicios formales, por ser la fórmula que más se aviene con la razón, pues, de estar viciado en su formación, el precepto legal impugnado no será tal y deberá acogerse el requerimiento, por lo que carecerá de toda utilidad analizar, además, las inconstitucionalidades de fondo de que pudo adolecer”*³⁹⁶.

Terminando su argumentación sobre este punto, al decir *“que lo razonado hasta ahora resulta bastante para que este Tribunal deseche el requerimiento, en lo que se refiere a la inconstitucionalidad de forma (...)”*³⁹⁷.

³⁹⁵ Tengamos presente que el precepto cuestionado al ser promulgado como ley simple, omitió el control preventivo de constitucionalidad que, de haberse aprobado con rango de ley orgánica, habría ejercido el Tribunal Constitucional.

³⁹⁶ Considerando decimotercero.

³⁹⁷ Considerando cuadragésimocuarto.

Por lo tanto, la Corte Constitucional rechazó la duda de constitucionalidad de forma, argumentando que la disposición no era propia de ley orgánica, razón por la cual no se configuraría un vicio procedimental en la norma impugnada.

Así, el considerando quincuagesimoquinto es claro en señalar “*que, sin embargo, y sin perjuicio de la aludida protección, ha quedado demostrado con lo reflexionado en esta sentencia que ha sido la Constitución misma, en la disposición segunda transitoria, la que ha determinado, mediante una norma excepcional, especial y precisa, que el régimen o estatuto que rige las concesiones mineras existentes con anterioridad al Código de Minería de 1983, ‘en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción’, sería establecido por el señalado Código. Ha sido así la Constitución y no la ley la que ha admitido que las concesiones anteriores al Código de Minería de 1983 se extingan por las causales que dicho Código establece, consagrando, de esa manera, como se ha dicho, una excepción de rango constitucional al principio general que señala que una nueva ley no puede afectar los derechos adquiridos de acuerdo a un régimen jurídico anterior, lo que tiene directa incidencia en la solución de este conflicto constitucional (...)*”.

El que la norma en cuestión fuera considerada por el Tribunal como constitucional en la forma constituyó la base para que dicho órgano desechara el requerimiento de inaplicabilidad que le fue planteado.

Lo relevante de la sentencia que venimos comentando, es que el Tribunal entró a conocer del problema formal, y lo rechazó de manera unánime, con lo cual se asume que la inaplicabilidad es el medio idóneo para revisar eventuales inconstitucionalidades de forma.

En fallos posteriores se mantuvo esta idea, y se agregó una nueva consideración de acuerdo a la cual, en los casos en que se presentara una inconstitucionalidad de forma, disminuiría la importancia del caso concreto³⁹⁸.

Idea que ya había sido manifestada en los fallos 608, 609, 610, 611, 612³⁹⁹ entre otros, al disponer que “*(...) de esta manera, el que en uno o más casos determinados se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá igual declaración, caracte-*

³⁹⁸ Sobre el asunto, el profesor NÚÑEZ POBLETE, en su obra *El Control de la Igualdad en la Aplicación de la Ley como Factor de Expansión del Control Concreto de Constitucionalidad de las Leyes*, señala que el “*(...) carácter concreto disminuye cuando el vicio del precepto es formal*”. De lo cual puede inferirse que cuando se examina un vicio de forma, la inaplicabilidad deja de ser un control concreto. Citado en VERDUGO RAMÍREZ, SERGIO. *Inaplicabilidad y Vicios de Forma ¿Un Problema Resuelto?*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 23 (2010), pp. 96 y 97. Idea que trataremos más adelante.

³⁹⁹ Todos del 6 de octubre de 2006, sentencias dictadas el 2 de octubre de 2007, considerando decimoprimeramente.

ristica que cobra mayor importancia cuando se trata de una inconstitucionalidad de fondo y cuya trascendencia decae tratándose de defectos en la formación del precepto impugnado, pues resulta obvio que si en determinado caso la inaplicabilidad se acoge por estimarse que el precepto impugnado adolece de inconstitucionalidad de forma, disminuirá la importancia del caso concreto y la declaración de inaplicabilidad adquirirá una dimensión más general (...)".

Congruente con lo señalado, el Tribunal Constitucional afirmó en otro de sus fallos que "(...) *habiendo formulado la requirente cuestionamientos de forma y de fondo, se procederá, como ha sido la práctica invariable de este Tribunal, a analizar primeramente los presuntos vicios formales, por ser la fórmula que más se aviene con la razón, pues, de estar viciado en su formación, el precepto legal impugnado no será tal y deberá acogerse el requerimiento, por lo que carecerá de toda utilidad analizar; además, las inconstitucionalidades de fondo de que pudo adolecer*"⁴⁰⁰, de lo que se concluye con absoluta claridad que el Tribunal Constitucional estima que puede conocer de la inconstitucionalidad formal en sede de inaplicabilidad.

Con posterioridad, el Tribunal Constitucional entró a conocer de una acción de inaplicabilidad, interpuesta en contra del artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal⁴⁰¹, el cual dispone que "*Tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad. No obstante, si la sentencia fuere condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absoluta, procederá el recurso de nulidad en favor del acusado, conforme a las reglas generales*".

Seguendo el artículo 77 de la Constitución, el precepto transcrito debiera ser calificado como orgánico constitucional, y consecuentemente debió ser sometido al control preventivo obligatorio correspondiente, cosa que no sucedió, por lo que dicha norma adolece de una evidente inconstitucionalidad de forma.

Aquí, el requirente no planteó que la norma adoleciera de algún vicio formal⁴⁰², siendo relevante en este caso la postura asumida por el Tribunal Constitucional quien en su fallo hizo presente que el Código Procesal Penal no fue sometido a control previo de constitucionalidad.

Luego señaló por qué el precepto impugnado debía ser calificado de orgánico constitucional, indicando enseguida "*que este Tribunal razonará*

⁴⁰⁰ Rol 535, de 18 de julio de 2006, sentencia dictada el 8 de mayo de 2007, considerando decimocuarto.

⁴⁰¹ Rol 986, de 12 de noviembre de 2007, sentencia dictada el 30 de enero de 2008.

⁴⁰² A diferencia de lo alegado por el requirente en el caso "Código de Minería", recién analizado.

*sólo en torno a la constitucionalidad de la aplicación de la norma cuestionada en el caso concreto y en el estricto marco del conflicto de constitucionalidad planteado, no formulando, por lo tanto, opinión acerca de la constitucionalidad en abstracto del precepto impugnado, ni tampoco de otras disposiciones de la normativa de enjuiciamiento criminal, especialmente la relativa al régimen de recursos*⁴⁰³.

Según el profesor Verdugo Ramírez, el considerando recién transcrito da a entender que el Tribunal Constitucional omite un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad formal, aduciendo la naturaleza concreta de la inaplicabilidad, contradiciendo los argumentos dados en fallos anteriores y que expusimos precedentemente⁴⁰⁴.

En nuestra opinión y al caracterizar como concreto el control que el Tribunal Constitucional desarrolla en sede de inaplicabilidad, nos parece que si entendemos bien la naturaleza jurídica de la inaplicabilidad, esta no es una vía apta para revisar los vicios formales de un precepto legal.

Ello, porque la inaplicabilidad centra sus esfuerzos en establecer si una norma determinada produce efectos inconstitucionales en una gestión pendiente y bajo este prisma no forma parte de dicho estudio la constitucionalidad de forma del precepto cuestionado, pues ello implicaría un examen abstracto, vulnerándose el análisis concreto que la Magistratura Constitucional está llamada a realizar al conocer de la cuestión de inaplicabilidad y que dicho órgano ha reconocido en diversos fallos examinados con anterioridad.

El problema que deriva de lo anterior es que, al exigirse como requisito de procedencia en la cuestión de inconstitucionalidad, una sentencia estimatoria de inaplicabilidad, según nuestro planteamiento, una norma defectuosa en la forma, no podría ser declarada inaplicable y en consecuencia, al faltar uno de los requisitos exigidos por la Constitución para declarar su inconstitucionalidad, el precepto impugnado continuaría vigente sin posibilidad de ser expulsado del ordenamiento jurídico mediante la cuestión de inconstitucionalidad.

Frente a esta situación, la única posibilidad que visualizamos para evitar que la norma formalmente inconstitucional siga vigente indefinidamente, operaría en el evento en que se plantee la inaplicabilidad y el precepto cuestionado tenga un efecto sustantivamente inconstitucional en el caso concreto, situación en la cual la norma podría ser declarada inaplicable y posteriormente expulsada del ordenamiento jurídico a través de la cuestión de inconstitucionalidad.

⁴⁰³ Considerando noveno.

⁴⁰⁴ Ver VERDUGO RAMÍREZ, SERGIO. *Inaplicabilidad y Vicios de Forma ¿Un Problema Resuelto?*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 23 (2010), pp. 99 y 100.

Pero, si nos detenemos en la situación anterior, nos daremos cuenta que para que una norma sea contraria a la Carta Fundamental “sustantivamente”, se requiere de una inconstitucionalidad de fondo, por lo que nos alejamos de la inconstitucionalidad formal que estamos tratando y volvemos a la situación analizada en el acápite anterior.

En base a lo expresado, somos de opinión de reforzar el control preventivo de las leyes, de manera que en la inmensa mayoría de los casos, los vicios formales logren ser subsanados en dicha etapa.

Somos conscientes que, si bien existen múltiples casos en que el Tribunal ha logrado impedir que prospere la aprobación de un precepto legal que adolece de un vicio de forma, ello no significa que el control preventivo sea eficaz por completo para proteger la supremacía constitucional, es decir, es perfectamente posible que existan vicios de forma que no sean examinados por el Tribunal Constitucional, particularmente porque la mayoría de los proyectos de ley no están sujetos al control preventivo obligatorio⁴⁰⁵.

Frente a esta realidad, sólo podemos agregar que si una norma se encuentra vigente a pesar de haber nacido con un vicio formal, dicha disposición debe subsistir como tal, centrándonos en la presunción de legitimidad de los actos del legislador⁴⁰⁶ y en la seguridad jurídica indispensable en todo ordenamiento jurídico.

IV. INAPLICABILIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD

Como tuvimos oportunidad de revisar en el capítulo II del presente trabajo, de acuerdo al artículo 93, número 7, de la Constitución Política, para que el Tribunal Constitucional resuelva sobre la inconstitucionalidad

⁴⁰⁵ EN VERDUGO RAMÍREZ, SERGIO. *Inaplicabilidad y Vicios de Forma ¿Un Problema Resuelto?*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 23 (2010), p. 92. Este tema sólo lo mencionamos, pero no entraremos en su estudio. Si se quiere se pueden consultar las páginas 91 a 94 del citado trabajo, donde se señalan las principales razones por las que se han declarado inconstitucionales preceptos legales y se mencionan algunas dudas que surgen en torno al control preventivo, como por ejemplo: el control preventivo no puede operar dentro de cualquier etapa del procedimiento de formación de la ley: sólo opera cuando existe voluntad política para que se presente un requerimiento, la existencia de múltiples leyes anteriores a la introducción del control preventivo en nuestro sistema, lo que deja de manifiesto que existe una buena cantidad de preceptos legales que no han sido sometidos a la revisión del Tribunal Constitucional.

⁴⁰⁶ Sobre el punto ver ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO. *Justicia Constitucional Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008), pp. 243 a 247.

dad de un precepto legal, éste debe haber sido declarado inaplicable con anterioridad⁴⁰⁷.

Varios autores de la doctrina nacional abordan este tema, surgiendo como es lógico diversas visiones sobre el tópico en estudio, sin olvidar el escaso tiempo que esta nueva normativa lleva vigente.

Así, según el profesor Correa Sutil, tres cuestiones hacen defendible la conexión causal que establece la Carta Fundamental.

La primera consiste en que si aceptamos la premisa de que un precepto legal inconstitucional, al aplicarse al caso concreto necesariamente producirá efectos contrarios a la Constitución, entonces el requisito exigido por la Carta Fundamental, en orden a que para declarar la inconstitucionalidad de una norma debe existir una declaración previa de inaplicabilidad, siempre debiera verificarse, con lo que establecerlo como condición no aparece ilógico aún cuando los exámenes en la inaplicabilidad e inconstitucionalidad sean diversos.

Un segundo argumento postula que el establecer como requisito de la inconstitucionalidad la declaración previa de inaplicabilidad, se hace conveniente, pues ayuda al Tribunal Constitucional a considerar la inconstitucionalidad sólo una vez que éste ha tenido que lidiar con su inaplicabilidad en, a lo menos, un caso concreto.

Ello deriva en que el Tribunal Constitucional habrá tenido la oportunidad de madurar la conformidad del precepto legal con la Carta Fundamental en a lo menos un caso real en que dicha norma fue puesta a prueba.

En percepción del referido autor, ese examen previo ilumina el análisis abstracto posterior que, de lo contrario, tiene más posibilidades de errar en caso de quedar librado a la mera capacidad imaginativa de los jueces del Tribunal Constitucional acerca de los efectos que el precepto podría llegar a producir en caso de aplicarse en distintas circunstancias.

Por último, señala que la conexión condicional entre ambos juicios resulta necesaria, enfocando sus argumentos en la objeción contramayoritaria y en el vacío legal que produce la expulsión del ordenamiento jurídico de una norma mediante la cuestión de inconstitucionalidad.

Sosteniendo que con la declaración de inaplicabilidad, los órganos colegisladores reciben una noticia temprana de que un precepto legal vigente, aplicado a ciertos hechos, que se han verificado en la realidad, produce efectos inconstitucionales. Caso en que el legislador debiera tomar nota de

⁴⁰⁷ En este apartado no realizaremos un estudio exhaustivo de la cuestión de inconstitucionalidad, sino que nos referiremos únicamente a su conexión con la inaplicabilidad.

este caso y proceder a revisar esa legislación y eventualmente a derogarla o reemplazarla, salvando las objeciones de constitucionalidad.

Este autor agrega que, de ser así, sería el propio legislador y no un órgano judicial, el que produciría el cambio legal, con lo que la objeción contra mayoritaria queda severamente reducida, al igual que los riesgos de vacío legal^{408 409}.

Siguiendo esta línea de pensamiento se encuentra el profesor Gómez Bernaldes, quien al tratar de justificar la ligazón existente entre la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad señala que “*el fundamento estriba en la necesidad de que los preceptos legales demuestren en la práctica –en su aplicación concreta– que infringen la Constitución. Se desconfía que los controles abstractos –de enunciado constitucional a enunciado legal– sean eficaces como medio de control (...)*”. En su opinión, se trata de un modelo prudente que “*(...) no requerirá salto al vacío del Tribunal Constitucional formulando un juicio abstracto de inconstitucionalidad del enunciado*”⁴¹⁰.

Sin embargo, dado que la inaplicabilidad requiere de un examen del caso concreto y la inconstitucionalidad de un cotejo abstracto de normas con la propia Constitución, hay autores que han cuestionado el que la sentencia estimatoria de inaplicabilidad sea requisito necesario para obtener la declaración de inconstitucionalidad.

De esta forma, discrepando de las posturas reseñadas, se encuentra el profesor Ríos Álvarez, el que en un acápite que denomina “*incoherencia entre el requisito de inaplicabilidad del precepto legal y la naturaleza de la acción de inaplicabilidad del mismo*” critica fuertemente el modelo actual⁴¹¹. En este artículo, el autor parte de la premisa de que la declaración de inaplicabilidad pertenece a una órbita distinta del juicio de inconstitucionalidad.

⁴⁰⁸ CORREA SUTIL, ob. cit., pp. 70 y 71. Para revisar el detalle de sus argumentos, acudir a las mencionadas páginas.

⁴⁰⁹ Opinión que nos parece bastante ilusoria.

⁴¹⁰ Ambas citas fueron extraídas de GÓMEZ BERNALDES, GASTÓN. *La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno*, EN ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005), p. 682.

⁴¹¹ El profesor RÍOS ÁLVAREZ pone de manifiesto la incoherencia que existe al exigir como requisito de procedencia de la acción de inconstitucionalidad la declaración previa de inaplicabilidad de la norma cuestionada, ya que ambas acciones pertenecen a distintas esferas de control de constitucionalidad de la ley y tienen fundamentos, finalidades y efectos diferentes. Agrega dicho autor, que ni en el derecho constitucional americano ni en el europeo se supedita la acción de inconstitucionalidad a la acción de inaplicabilidad, por lo que concluye la necesidad de independizar ambas acciones dando a cada una su perfil propio. En *Visión Crítica de la Acción de Inconstitucionalidad en el Derecho Chileno*, Temas Actuales de Derecho Constitucional (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009), p. 257.

La inaplicabilidad de un precepto legal se plantea necesariamente en el plano judicial, pues es allí donde se discuten derechos subjetivos, y bien puede suceder que un precepto legal, a pesar de su manifiesta inconstitucionalidad, no sea susceptible de generar un conflicto de esa índole o “sea difícilmente justiciable”⁴¹².

A modo de ejemplo, señala que existen normas legales orgánicas de servicios del Estado o atributivas de facultades, que jamás serán puestas en tela de juicio ante un tribunal ordinario o especial, no obstante, contravenir la Constitución, por no afectar derechos subjetivos.

En este punto, Ríos Álvarez se plantea la siguiente interrogante ¿Cómo impugnar la inconstitucionalidad de tales normas que nunca pasarán por el cedazo judicial de su inaplicabilidad?⁴¹³.

Así, en opinión de este autor la referida conexión entre ambos institutos deja sin posibilidad de someter a control represivo un conjunto importante de normas. Agrega que si realizamos una revisión comparativa de la procedencia de la acción de inaplicabilidad en el mundo americano, examinando su situación en Perú, Bolivia, Colombia y Ecuador, y efectuando el mismo examen a las Constituciones europeas de Austria, Alemania, Italia y España, podemos concluir que “(...) en ninguna de las regulaciones constitucionales de estos Estados hemos podido encontrar la exigencia de un requisito tan insólito y confuso como el que impera en el caso chileno, cual es la declaración previa de inaplicabilidad de la norma cuestionada (...) nuestro sistema vigente en materia de acción de inconstitucionalidad no merece subsistir con el impropio requisito de procedencia señalado. Se hace necesario independizar la acción de inaplicabilidad de la acción de inconstitucionalidad, por pertenecer ambas a diferentes esferas de control de constitucionalidad”⁴¹⁴.

⁴¹² RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. *Visión Crítica de la Acción de Inconstitucionalidad en el Derecho Chileno*, Temas Actuales de Derecho Constitucional (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009), p. 261.

⁴¹³ En el mismo sentido el profesor BORDALÍ destacando la inconveniencia de la ligazón existente entre la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad, señala que hay una serie de leyes que raramente van a llegar a ser aplicadas en sede jurisdiccional, por lo que nunca podrá funcionar la institución de la inaplicabilidad, ya que ésta supone una gestión judicial pendiente, piénsese en las leyes electorales, leyes sobre gasto público, o leyes que prevén nuevas estructuras públicas. En BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS. *Jueces Constitucionales. Un Poder Incómodo*, NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional* (Santiago, Librotecnia, 2009), p. 59.

⁴¹⁴ RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. *Visión Crítica de la Acción de Inconstitucionalidad en el Derecho Chileno*, Temas Actuales de Derecho Constitucional (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009). Idea que el mismo autor repite en otro de sus trabajos llamado *La Sentencia de Inconstitucionalidad en la Reforma de la L.O.C del Tribunal Constitucional*. En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador). *Temas de Derecho Procesal Constitucional* (Santiago, Librotecnia, 2010), p. 274.

Somos partidarios de la segunda postura planteada, ya que por todas las dificultades recién reseñadas, nos parece que la conexión establecida por la reforma de 2005 entre la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad resulta insatisfactoria, por lo que al finalizar este capítulo propondremos una posible solución a esta problemática.

Avanzando en el tratamiento de la inaplicabilidad y, como sabemos, dicha institución procede en los casos en que un precepto legal produce efectos inconstitucionales en una gestión pendiente, cuestión que a nuestro entender ocurrirá cuando la regulación de esa materia, por parte del correspondiente órgano legislativo, sea deficiente.

Situación que no resulta del todo objetable, debido a que es prácticamente imposible que el Congreso, al aprobar una norma, pueda visualizar el infinito campo en el que ese precepto legal podría operar en la práctica⁴¹⁵.

Como consecuencia de esta insuficiencia legislativa, una norma perfectamente constitucional puede generar en el caso concreto efectos contrarios al Texto Fundamental, y es en este evento en el que la inaplicabilidad resulta de mucha utilidad.

Compartiendo los argumentos del profesor Román Cordero, diremos que la inaplicabilidad constituye un satisfactorio mecanismo para controlar la arbitrariedad en la que, por acción u omisión, puede incurrir el legislador y evitar así sus indeseados efectos: la realización de actos arbitrarios lesivos de derechos⁴¹⁶.

En sentido similar se expresa el profesor Montt Oyarzún quien, al comentar una presentación del profesor Atria Lemaitre, menciona que él ve la inaplicabilidad “(...) como un acuse a un vacío de la ley (...) porque si uno piensa que en el fondo la ley cubre un cierto porcentaje del espectro del supuesto fáctico y estamos en el supuesto no previsto (...) lo que estamos diciendo es que al final al legislador se le olvidó algo (...)”⁴¹⁷.

⁴¹⁵ Sobre este tema ver ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO. *Justicia Constitucional Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008), p. 309 a 322. Aquí, dicho profesor expone los vicios de inconstitucionalidad, explicando aquellos vicios de la voluntad, de contenido, de omisión y de procedimiento; tema que excede el marco de nuestro estudio y que por esta razón sólo dejamos mencionado.

⁴¹⁶ EN ROMÁN CORDERO, CRISTIAN. *El Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad como Mecanismo de Control de la Arbitrariedad del Legislador*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 72 (2010), p. 349. Sobre el punto, también se pueden ver las páginas 358 a 378 del mismo texto.

⁴¹⁷ ATRIA LEMAITRE, FERNANDO. *Jurimprudencia* (sic) *Constitucional*, Jurisprudencia Constitucional Destacada. Análisis Crítico (Santiago, Legal Publishing, 2011), p. 162. Redacción algo coloquial, entendida en el contexto en que el referido profesor manifestó su opinión.

Es por esto que, al considerar la inaplicabilidad como un buen instrumento de control constitucional, nos haremos cargo de la crítica que formula parte de la doctrina nacional sobre este instituto y que dice relación con la igualdad ante la ley⁴¹⁸.

1. INAPLICABILIDAD E IGUALDAD ANTE LA LEY

La aludida crítica, respecto de que la inaplicabilidad pugnaría con el principio de igualdad ante la ley, se resume en las palabras del propio Ministro del Tribunal Constitucional, señor Colombo Campbell, quien durante la tramitación de la reforma de 2005, sostuvo que “(...) *el fallo de este organismo debe expulsar la norma del ordenamiento jurídico porque, de lo contrario, se produce una desigualdad, absoluta entre dos personas que en un país se rigen por una misma Constitución. Para un sujeto que logró una sentencia favorable en un recurso de inaplicabilidad, esa ley no existe y no se le aplica, y para todo el resto de los chilenos esa ley es perfectamente constitucional, tiene que aceptarse y los tribunales tienen que aplicarla. De tal modo que en virtud de los principios de supremacía constitucional, de la concentración de la justicia constitucional y de igualdad ante la ley, ésta debe ser constitucional o inconstitucional y si es inconstitucional, tiene que serlo para todos y eliminarse del sistema*”⁴¹⁹.

Sobre el punto, es oportuno señalar lo que el propio Tribunal Constitucional ha declarado. Al efecto, en uno de sus fallos dispuso que “(...) la igualdad ante la ley presupone que se trate en forma igual a quienes son efectivamente iguales, y sólo a ellos, y en forma desigual a quienes no lo sean. Ahora, si se hacen diferencias, pues la igualdad no es absoluta, es necesario que ellas no sean arbitrarias (...)”⁴²⁰.

En el mismo sentido la causa Rol 986⁴²¹ del 2007 señaló que “(...) *el constituyente no prohibió toda desigualdad ante la ley, sino que, optando por una fórmula de otro tipo, se inclinó por establecer como límite a la arbitrariedad, prohibiendo toda discriminación arbitraria*”⁴²².

⁴¹⁸ Entre ellos el profesor RODOLFO FIGUEROA, quien sostiene que la inaplicabilidad infringe el principio de igualdad en su artículo *La Acción de Inaplicabilidad y el Principio de Igualdad*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, (1996), p. 353. En el mismo sentido PICA FLORES, RODRIGO. *Control Jurisdiccional de Constitucionalidad de la Ley en Chile: Los Procesos de Inconstitucionalidad y de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de Competencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2010), p. 78. Idea reiterada por el profesor RÍOS ÁLVAREZ en su trabajo *El Nuevo Tribunal Constitucional*. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005), p. 640.

⁴¹⁹ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Boletines N^{os} 2.526-07 y 2.534-07, de 6 de noviembre de 2001.

⁴²⁰ Rol 219, de 11 de julio de 1995, sentencia dictada el 31 de julio de 1995, considerando decimoséptimo.

⁴²¹ De 12 de noviembre de 2007, sentencia dictada el 30 de enero de 2008.

⁴²² Considerando trigésimo.

Estas ideas guardan conformidad con lo apuntado por la profesora Rosales Rigor, quien expresa que la igualdad supone que ponderadas las circunstancias concretas del caso se puede decidir si se justifica un tratamiento diverso, por tanto la igualdad se entiende en referencia con la justicia del caso concreto⁴²³.

Siguiendo la misma línea argumental, la profesora Bulnes Aldunate señala que “tanto bajo la Constitución de 1925 como la de 1980 nuestros tribunales siempre han interpretado la igualdad ante la ley como una igualdad jurídica que no es absoluta y que debe entenderse en el sentido que las normas jurídicas deben ser iguales para todos aquellos que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse beneficios o imponerse obligaciones a unos que no aprovechen o graven a otros que se hallen en condiciones similares”⁴²⁴.

Según la autora citada “con posterioridad a la Carta de 1980 tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucionales han precisado el alcance de esta norma, que importa una igualdad de carácter jurídico y no significa de manera alguna que una misma norma deba aplicarse a todos por igual”⁴²⁵.

Resulta útil completar esta información añadiendo que el profesor Hormazábal Malarée opina que “(...) el derecho a la igualdad no implica una prohibición general de un trato desigual. Lo que hay es una prohibición de la arbitrariedad (...)”, luego de señalar que la arbitrariedad implica un tratamiento desigual que no sea jurídicamente razonable, agrega que “(...) para que la igualdad se haga realidad, el juicio de arbitrariedad debe utilizar como referencia el axioma que hay que tratar igual a lo igual y de forma desigual a lo que es desigual”⁴²⁶.

⁴²³ EN ROSALES RIGOL, CECILIA. *Los Derechos Sociales en la Constitución de 1980. Comentario a la luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Isapres*, Derecho Público en el Siglo XXI. Reforma y Modernización del Estado. XXXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Concepción, 1 (2008), p. 375.

⁴²⁴ BULNES ALDUNATE, LUZ. *La Igualdad ante la Ley y la Evolución de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Temas Actuales de Derecho Constitucional (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009), p. 17.

⁴²⁵ BULNES ALDUNATE, LUZ. *La Igualdad ante la Ley y la Evolución de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Temas Actuales de Derecho Constitucional (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009), p. 18. La referida profesora agrega en la página 20 del mismo trabajo que “si examinamos la jurisprudencia de la jurisdicción constitucional tendremos que concluir que nuestra Carta Política acepta que tanto el legislador como el administrador establezcan diferencias para aquellos que están en situaciones disímiles, siempre que las diferencias no sean arbitrarias, más bien dicho, se aceptan las diferencias en la medida de su razonabilidad”.

⁴²⁶ Ambas citas fueron extraídas de HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN. *El Nuevo Tribunal Constitucional. Los Derechos Fundamentales y el Moderno Recurso de Inaplicabilidad* (2° edición, Santiago, Legal Publishing, 2008), p. 83.

Por último, si bien el profesor Pica Flores participa de la crítica relativa a que la inaplicabilidad trae consigo un problema de igualdad ante la ley, el mismo autor sostiene que “(...) *con la interpretación del Tribunal Constitucional se ha mitigado el eventual efecto de desigualdad ante la ley, al considerarse en las sentencias de inaplicabilidad las consecuencias de la aplicación del precepto impugnado y de la Constitución Política en cada caso, con sus particularidades propias, lo que hace que, teniendo presente el ya tantas veces aludido carácter concreto, dicho elemento haga que no todos los casos sean iguales*”⁴²⁷.

En nuestra opinión, la inaplicabilidad no atenta contra la igualdad ante la ley, ya que en esta materia la igualdad consiste en que todas las personas tienen la misma posibilidad de concurrir al Tribunal Constitucional solicitando la inaplicabilidad de una norma, en el caso en que sean parte en una gestión pendiente y estimen que dicho precepto legal puede producir una afectación de sus derechos y de las garantías que la propia Constitución les asegura.

Sobre la crítica que se pudiera realizar a la inaplicabilidad, sosteniendo que ella afecta la certeza jurídica del ordenamiento jurídico, sin entrar al detalle, diremos que somos partidarios de preservar la justicia aplicada en el caso concreto, aunque ello conlleve una dificultad en torno a la certeza jurídica.

2. COMENTARIOS FINALES

Por último, y como hemos abordado en el curso del presente capítulo, el actual modelo de control constitucional genera múltiples problemas en la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

Compartimos la crítica a la inaplicabilidad como control abstracto y a la conexión existente entre la inaplicabilidad e inconstitucionalidad. En este sentido, nos parece que el diseño del sistema de control represivo de constitucionalidad de la ley, establecido a partir de la reforma del año 2005, resulta insatisfactorio en estos sentidos.

Ante esta situación, nos parece adecuado visualizar ciertas correcciones al presente modelo.

Una posibilidad sería, como plantea el profesor Ríos Álvarez, eliminar la conexión entre ambas instituciones, pero este planteamiento no soluciona el problema sobre el tipo de examen, abstracto o concreto, que el Tribunal Constitucional debe realizar en sede de inaplicabilidad.

⁴²⁷ PICA FLORES, RODRIGO. *Control Jurisdiccional de Constitucionalidad de la Ley en Chile: Los Procesos de Inconstitucionalidad y de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de Competencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2010), p. 78.

Por lo anterior, y en aras de lograr una mejora en el sistema adoptado por nuestro país, con una mayor coherencia lógica en el tema, nos parece que el control de constitucionalidad a posteriori que ejerce el Tribunal Constitucional, debería efectuarse en base a un sólo examen de constitucionalidad, es decir, en un sólo procedimiento.

Dicho análisis debería comprender un control concreto y otro abstracto.

En el primer caso si el Tribunal estima que la norma es constitucional, pero en la gestión pendiente genera efectos contrarios al Texto Supremo, la norma continuará vigente y sólo será inaplicada al caso concreto.

En cambio, en la segunda situación, si el Tribunal Constitucional al efectuar el cotejo abstracto entre el precepto legal impugnado y la Constitución Política, concluye que la norma contraviene la Carta Fundamental, dicho órgano tendría la facultad para expulsarla del ordenamiento jurídico, de forma inmediata sin necesidad de cumplir con el requisito previo de que exista una sentencia estimatoria de inaplicabilidad.

Es decir, nos parece indicado eliminar el control concreto y abstracto en orden sucesivo, porque si entendemos bien la diferenciación que existe en los efectos y finalidades de ambos tipos de control, carece de justificación el hacer depender la inconstitucionalidad de una norma de su previa declaración de inaplicabilidad.

De esta manera, la propuesta que formulamos viene a solucionar una serie de inconvenientes planteados durante el tratamiento del acápite “Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad”, como por ejemplo, la gran cantidad de normas que difícilmente será objeto de un juicio, por lo cual, la posibilidad de declarar su inaplicabilidad es prácticamente nula y la opción de declarar su inconstitucionalidad inexistente, materia tratada y sobre la que no volveremos.

Por último, señalemos que al exponer sobre la inconstitucionalidad de forma, sostuvimos que la declaración previa de inaplicabilidad es lo que, a nuestro entender, coarta la posibilidad de lograr la declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada, ya que como hemos mencionado en reiteradas ocasiones, la inaplicabilidad no es vía apta para examinar vicios formales y al ser la sentencia estimatoria de inaplicabilidad un requisito indispensable para la procedencia de la cuestión de constitucionalidad, lograr la expulsión del ordenamiento jurídico del precepto cuestionado se torna imposible.

Pues bien, con el modelo que planteamos, el Tribunal podrá conocer directamente de los vicios de forma de dicha norma, mediante la cuestión de inconstitucionalidad, logrando la expulsión directa del precepto

cuestionado, sin necesidad de obtener una declaración previa de inaplicabilidad.

Si bien es cierto, que de acuerdo a nuestra propuesta, en virtud de un sólo examen se podría derogar una norma, ello no es sustancialmente distinto del modelo vigente, ya que actualmente con dos exámenes, de diversa naturaleza jurídica, se puede lograr el mismo efecto.

Para finalizar, y efectuando un análisis global del actual sistema, debemos recordar lo planteado en el capítulo segundo respecto de la legitimación activa de la acción de inaplicabilidad, ya que nos parece conveniente que este tema sea revisado en instancias legislativas futuras.

Observamos críticamente este tema, porque el actual inciso undécimo del artículo 93 le confiere un enorme poder a la parte, al permitirle que entable una acción de inaplicabilidad respecto de una norma, que eventualmente podría ser declarada inconstitucional, requerimiento que, a nuestro juicio, debe limitarse sobre todo, respecto del momento en que se puede solicitar la inaplicabilidad.

Por ello, el que actualmente se conceda tal acción mientras la gestión se encuentra pendiente, en muchos casos no permite a la parte saber qué precepto legal será el que utilizará el juez para decidir el asunto sometido a su decisión, por lo cual nos parece apropiado limitar el actuar del requirente al momento en que exista una sentencia y se tenga certeza acerca de cuál fue la norma utilizada por el juez al fallar.

Sin perjuicio de lo anterior, otra alternativa sería otorgar legitimación activa sólo al juez de la gestión pendiente, como sucede en el sistema europeo, en países como España y Alemania, esperamos que en una próxima reforma el constituyente determine la vía a seguir teniendo en consideración la inquietud expresada.

REFLEXIONES FINALES

Si bien durante la exposición de la presente investigación fuimos planteando oportunamente las opiniones y comentarios que merecían los distintos tópicos analizados, no podemos dejar de mencionar algunos aspectos que consideramos relevantes.

El año 2005 se introdujo la reforma constitucional más importante que registra la historia de nuestro país, respecto del control de constitucionalidad de la ley, traspasando el conocimiento de la inaplicabilidad de la Corte Suprema al Tribunal Constitucional, e instaurando en nuestra Carta Fundamental la cuestión de inconstitucionalidad.

Evidentemente, el tiempo que dicha reforma ha estado vigente no es suficiente para juzgar con bases sólidas el actual sistema, ya que aún se requiere de un nivel de consolidación para que éste se encuentre afinado, objetivo que suponemos será logrado de acuerdo al avance que la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional vayan teniendo sobre la materia.

Por lo tanto, podemos decir que nos encontramos en una fase de desarrollo conceptual y en donde los fallos del Tribunal Constitucional aún son perfectibles.

A pesar que, como hemos expresado en las líneas anteriores, el modelo no se encuentra maduro, durante estos últimos años se han observado algunas problemáticas que giran en torno al diseño del control repressivo, el que nos parece, no se encuentra suficientemente articulado, ya que al combinar el sistema europeo y el del *common law*, se genera una clara dificultad al intentar ensamblar el examen concreto en el estudio que la Magistratura Constitucional efectúa en sede de inaplicabilidad.

Complementando lo anterior, recordemos que en el curso de este trabajo visualizamos algunas ocasiones en que la argumentación utilizada por el Tribunal, al fallar una cuestión de inaplicabilidad, no se condice

con la naturaleza concreta que tantas veces sus sentencias y la doctrina nacional han atribuido a dicha institución.

Sobre esto último, mencionemos que la Ley N° 20.050 vino a aclarar la naturaleza jurídica de la inaplicabilidad, al desprenderse del nuevo artículo 93, número 6, del Texto Supremo, que el control ejercido por el Tribunal Constitucional en sede de inaplicabilidad debe ser concreto y no abstracto, como hasta ese momento lo había entendido la Corte Suprema, tema que analizamos en el capítulo III, donde resaltamos las dificultades prácticas que este examen ha ocasionado, principalmente respecto del método lógico-jurídico que dicho órgano utiliza en sus fallos.

Continuando las conclusiones sobre el actual modelo, diremos que a nuestro entender carece de justificación el que, para declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica, se exija como requisito de procedencia una sentencia previa estimatoria de inaplicabilidad, ya que con ello se coarta la posibilidad de declarar contrarias a la Constitución una enorme cantidad de preceptos que no se ajustan al Texto Fundamental y que nunca serán declaradas inaplicables, por las razones señaladas durante el tratamiento del tercer capítulo.

Siguiendo esta línea de ideas, en nuestra opinión, existe una clara falencia respecto del control abstracto-formal que se ejerce en sede de inaplicabilidad, ya que como comentamos en su momento, la cuestión de inaplicabilidad no es adecuada para revisar los vicios de forma de los preceptos que se cuestionan mediante dicha acción, lo que genera una dificultad respecto de la inconstitucionalidad formal, que pensamos, debe ser mejorada.

Estos temas y otros, como por ejemplo, el fortalecimiento del control preventivo de constitucionalidad de la ley, requieren de una reforma, por lo que se precisa efectuar una revisión del actual sistema para lograr un perfeccionamiento del mismo, todo ello en base a la corta vida de la Ley N° 20.050 y de acuerdo a las dificultades presentes y futuras que se manifiesten en la práctica del Tribunal Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALDUNATE LIZANA, EDUARDO. *Análisis crítico de las Reformas propuestas al Tribunal Constitucional*, Revista de Derecho, Universidad de Concepción, 1 (2002).
2. ALDUNATE LIZANA, EDUARDO. *Categorías para el Análisis de la Argumentación Jurídica del Tribunal Constitucional. Los Argumentos sobre la Base del Tenor Literal y la Interpretación Armónica*, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile (1998).
3. ALDUNATE LIZANA, EDUARDO. *Jurisprudencia Constitucional 2006-2008. Estudio Selectivo* (Santiago, Legal Publishing, 2009).
4. ALDUNATE LIZANA, EDUARDO. *Neoconstitucionalismo*, Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales (2010).
5. ALVEZ DEL BRAVO, AMAYA. *Estado Regional y el Rol del Tribunal Constitucional en Chile. El Ejemplo de España*, Revista de Derecho, Universidad de Concepción (1998).
6. ANDALUZ, HORACIO. *El Control de la Constitucionalidad desde la Teoría del Derecho*, Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2008).
7. ANDRADE GEYWITZ, CARLOS. *Proposiciones del Grupo de Estudios Constitucionales sobre el Tribunal Constitucional*, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 20 (1993).
8. ANDRADE GEYWITZ, CARLOS. *Tribunal Constitucional*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales (1996).
9. ARRIAGADA HERRERA, GENARO. *Algunas Reflexiones sobre la Génesis y Fundamento de la Justicia Constitucional y de las Reformas Constitucionales que al respecto propicia el Gobierno del Presidente Frei*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales (1999).
10. ATRIA LEMAITRE, FERNANDO. *El Tribunal Constitucional y la Objeción Democrática*, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 20 (1993).
11. ATRIA LEMAITRE, FERNANDO. *Inaplicabilidad y Coherencia: contra la Ideología del Legalismo*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 12 (2001).

12. ATRIA LEMAITRE, FERNANDO. *Jurimprudencia (sic) Constitucional*, Jurisprudencia Constitucional Destacada. Análisis Crítico (Santiago, Legal Publishing, 2011).
13. AVILÉS HERNÁNDEZ, VÍCTOR. *Las Sentencias Interpretativas del Tribunal Constitucional y los Cuestionamientos o Dificultades que las mismas presentan*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 72 (2010).
14. AVIÑA MARTÍNEZ, ROGELIO. *El Control Previo en el Derecho Constitucional Local: Un Visor a la Ley de Justicia Constitucional Local para el Estado de Coahuila de Zaragoza* (México, UNAM, 2009).
15. BERTELSEN REPETTO, RAÚL. *Análisis y Revisión del Recurso de Inaplicabilidad (Modelo y Jurisprudencia)*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales (1999).
16. BERTELSEN REPETTO, RAÚL. *Control de Constitucionalidad de la Ley* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969).
17. BERTELSEN REPETTO, RAÚL. *La Jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el Recurso de Inaplicabilidad (1981-1985)*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile (1985).
18. BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS. *Jueces Constitucionales. Un Poder Incómodo*. En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional* (Santiago, Librotecnia, 2009).
19. BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS. *Tribunal Constitucional Chileno: ¿Control Jurisdiccional de Supremacía Constitucional?*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 12 (2001).
20. BORJA Y BORJA, RAMIRO. *Justicia Constitucional*, La Revista de Derecho, Universidad Central (1998).
21. BOUZAT, GABRIEL. *El Control Constitucional. Un estudio Comparativo*, Cuadernos y Debates (1991).
22. BULNES ALDUNATE, LUZ. *Análisis de la Última Jurisprudencia sobre el Recurso de Inaplicabilidad*, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 20 (1993).
23. BULNES ALDUNATE, LUZ. *El Recurso de Inaplicabilidad en la Constitución de 1980*, Gaceta Jurídica (1983).
24. BULNES ALDUNATE, LUZ. *El Recurso de Inaplicabilidad y la Reforma Constitucional*, Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo (2005).
25. BULNES ALDUNATE, LUZ. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile sobre el Control de Constitucionalidad de la Ley y las Cuestiones de Constitucionalidad*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 61 (1998-1999).
26. BULNES ALDUNATE, LUZ. *La Cuestión de Constitucionalidad*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile (1996).
27. BULNES ALDUNATE, LUZ. *La Igualdad ante la Ley y la Evolución de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Temas Actuales de Derecho Constitucional (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009).

28. BULNES ALDUNATE, LUZ. *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Interpretación Constitucional*, Revista de Derecho, Universidad Central (1989).
29. BULNES ALDUNATE, LUZ. *Los Recursos de Inaplicabilidad y de Inconstitucionalidad en la Reforma Constitucional*, Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo (2006).
30. BUSCH VENTHUR, TANIA. *Aproximaciones al Fundamento de la Jurisdiccionalidad del Control Constitucional*, Derecho y Humanidades, Universidad de Chile (2006).
31. CABALLERO BRUN, FELIPE. *Derecho Penal Sustantivo y Efectos en el Tiempo de la Sentencia del Tribunal Constitucional que declara la Inconstitucionalidad de un Precepto Legal*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 19 (2006).
32. CALDERA DELGADO, HUGO. *Las Leyes Orgánicas Constitucionales y el Recurso de Inaplicabilidad*, Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, 81 (1984).
33. CALDERA DELGADO, HUGO. *Los Tribunales Ordinarios de Justicia y el Control de Constitucionalidad del Acto Administrativo*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile (1986).
34. CAMACHO CÉPEDA, GLADYS. *Transparencia y Jurisdicción Constitucional*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 72 (2010).
35. CARMONA SANTANDER, CARLOS. *Tendencias del Tribunal Constitucional en la Relación Ley-Reglamento*, Revista de Derecho Público, 61 (1998-1999).
36. CARRILLO, MARC. *Las Funciones del Tribunal Constitucional: el Modelo Europeo y el Caso Chileno*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales (1999).
37. CARRIÓ, GENARO. *Una Defensa Condicionada de la Judicial Review*, Cuadernos y Debates (1991).
38. CARVAJAL RAVEST, HORACIO. *El Recurso de Inconstitucionalidad ante la Doctrina y la Jurisprudencia*, Anales Jurídico Sociales, Universidad Católica de Chile (1937).
39. CAZOR ALISTE, KAMEL. *Casos Paradigmáticos de la Acción de Inaplicabilidad como Amparo Imperfecto: Sentencias Roles 781, 808 y 1201*, Jurisprudencia Constitucional Destacada. Análisis Crítico (Santiago, Legal Publishing, 2011).
40. CAZOR ALISTE, KAMEL. *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Búsqueda de Criterios Orientadores en la Configuración de las Potestades Normativas en Chile*, Estudios Constitucionales (Santiago, Librotecnia, 2010).
41. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *Contrapunto entre el Constitucionalismo de 1925 y el de 1980*, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte sede Coquimbo (2005).
42. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *Control de Supremacía de los Actos Legislativos: Una Visión Sistemática*, Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado (2002).

43. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *El Tribunal Constitucional y el Control de las Leyes*. En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional* (Santiago, Librotecnia, 2009).
44. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *Escritos de Justicia Constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 35 (2007).
45. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *Estado Social y Justicia Constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 41 (2009).
46. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *¡Finalmente, la Constitución fue Reformada!*, Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado (2005).
47. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *Impulso del Tribunal Constitucional al Desarrollo Institucional de Chile*, Derecho Público en el Siglo XXI. Reforma y Modernización del Estado. XXXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Concepción, 1 (2008).
48. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *Influencia del Tribunal Constitucional en el Proceso de Institucionalización Política*, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 15 (1988).
49. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *Jurisdicción Ordinaria y Jurisdicción Constitucional*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 61 (1998-1999).
50. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *La Justicia Constitucional y el Tribunal de la Constitución en Chile*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 12 (2001).
51. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *Notas sobre Inaplicabilidad y Derogación de Preceptos Legales*, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 13 (1986).
52. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *Reforma y Defensa del Tribunal Constitucional*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales (1999).
53. CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *Una Mirada al Espíritu y la Obra del Tribunal Constitucional*, Temas Actuales de Derecho Constitucional (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009).
54. CERDA MEDINA, MARIO. *El Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad ante la Doctrina y la Jurisprudencia*, Revista de Derecho, Universidad de Concepción (1945).
55. CODDOU MCMANUS, ALBERTO. *El Tribunal Constitucional y los Derechos Sociales. El Caso de las Isapres*, Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales (2010).
56. CODDOU MCMANUS, ALBERTO. COUSO SALAS, JAVIER. *La Naturaleza Jurídica de la Acción de Inaplicabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Un Desafío Pendiente*, Estudios Constitucionales, Universidad de Talca (2010).
57. COLOMBO CAMPBELL, JUAN. *El Requerimiento de Inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional*, Temas Actuales de Derecho Constitucional (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009).
58. COLOMBO CAMPBELL, JUAN. *Justicia Constitucional: El Conflicto Constitucional y sus Formas de Solución*, Ius et Praxis, Universidad de Talca, (2000).

59. COLOMBO CAMPBELL, JUAN. *Tribunal Constitucional: Integración, Competencia y Sentencia*. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005).
60. CORREA SUTIL, JORGE. *Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Legal Publishing, 2011).
61. COUSO, JAVIER. *La Nueva Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional: Encuentros y Desencuentros*, Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales (2010).
62. CRUZ-COKE OSSA, CARLOS. *Constitucionalismo Chileno y su Evolución*, Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo (2009).
63. CRUZ-COKE OSSA, CARLOS. *Ley N° 20.050, del 26 de agosto de 2005, sobre Reforma Constitucional*, Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo (2006).
64. CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO. *El Tribunal Constitucional Chileno*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales (1999).
65. CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO. *Tribunal Constitucional y Control Ideológico*, La Revista de Derecho, Universidad Central (1989).
66. CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO. *Tribunal Constitucional y Corte Suprema*, Ius et Praxis, Universidad de Talca (1998).
67. DAVIS CASTRO, CRISTIAN. *Las Reformas del Nuevo Tribunal Constitucional Chileno*, Ars Boni et Ae qui Revista Jurídica, Universidad Bernardo O'Higgins, (2007).
68. DEL VALLE ALLIENDE, JAIME. *Reflexiones sobre la Justicia Constitucional y la Cultura Jurídica*, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 20 (1993).
69. DÍAZ GARCÍA, IVÁN. *Las Acciones de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad en la Constitución de Chile*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 69 (2005).
70. DORN GARRIDO, CARLOS. *El Control de Constitucionalidad del Reglamento y la Reforma de la Ley N° 20.050*, Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado (2007).
71. DUCCI ARCEU, MARÍA LAURA. *Coincidencias y Divergencias en la Jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales Chileno y Español*, Revista de Derecho y Ciencias Penales, Universidad San Sebastián (2009).
72. DUCCI ARCEU, MARÍA LAURA. *La Cuestión del Derecho al Recurso en la Admisibilidad de Acciones de Inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional*, Derecho Público en el Siglo XXI. Reforma y Modernización del Estado. XXXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Concepción, 1 (2008).
73. ESPINOZA MARTY, SERGIO. *Los Preceptos Legales Interpretativos de la Constitución y el Control de la Constitucionalidad de los mismos por el Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica (1994).

74. ESTÉVEZ GAZMURI, CARLOS. *Reformas que la Constitución de 1925 introdujo a la de 1833*, Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 7 (1941).
75. EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE. *La Inaplicabilidad de los Preceptos Legales*, Temas de Derecho, Universidad Gabriela Mistral, (1987).
76. EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE. *Una Importante Sentencia sobre Temas Constitucionales*, Temas de Derecho, Universidad Gabriela Mistral, 1988.
77. FAÚNDEZ RAMOS, JAIME. *La Corte Suprema y el Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, Memoria de Prueba*, Universidad de Concepción 1999.
78. FERNANDOIS VOHRINGER, ARTURO. *Efecto Vinculante de las Sentencias del Tribunal Constitucional: ¿Mito o Realidad?*. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005).
79. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL. *Inaplicabilidad del Decreto Ley n° 2.695 y Derogación Tácita*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 4 (1993).
80. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL. *La Teoría de la Ley Pantalla, a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Proyecto de su Ley Orgánica*. En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador). *Temas de Derecho Procesal Constitucional* (Santiago, Librotecnia, 2010).
81. FERRADA BÓRQUEZ, JUAN CARLOS. *El Control Constitucional de los Poderes Públicos en el Ordenamiento Jurídico Chileno y el Rol de los Derechos Fundamentales como Parámetro de Control en Derecho y Humanidades*, Universidad de Chile (2005).
82. FIAMMA OLIVARES, GUSTAVO. *El recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad (Antecedentes Contenidos en las Actas Oficiales)*, Gaceta Jurídica (1988).
83. FIGUEROA, RODOLFO. *Comentario relativo a la Sentencia del Tribunal Constitucional referida a la Píldora del Día Después del Año 2008*, Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales (2010).
84. FIGUEROA, RODOLFO. *La Acción de Inaplicabilidad y el Principio de Igualdad*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales (1996).
85. FUENZALIDA CIFUENTES, PABLO. *Poder Constituyente e Interpretación Constitucional: Originalismo v/s Funcionalismo*, Derecho y Humanidades, Universidad de Chile (2005).
86. GARCÍA BARZELATTO, ANA MARÍA. *Influencia de la Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad como nueva Atribución del Tribunal Constitucional*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 70 (2008).
87. GARCÍA GARCÍA, JOSÉ. VERDUGO RAMÍREZ, SERGIO. *Tribunal Constitucional, certiorari y precedente*, Estudios Constitucionales (Santiago, Librotecnia, 2010).
88. GARGARELLA, ROBERTO. *La Revisión Judicial y la Difícil Relación Democracia-Derechos*, Cuadernos y Debates (1991).
89. GÓMEZ BERNALES, GASTÓN. *Algunas Ideas Críticas sobre la Jurisdicción Constitucional en Chile*, Ius et Praxis, Universidad de Talca (1998).

90. GÓMEZ BERNALES, GASTÓN. *Control de Constitucionalidad y el Tribunal Constitucional*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales (1996).
91. GÓMEZ BERNALES, GASTÓN. *La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno*. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005).
92. GRÁNDEZ CASTRO, PEDRO. *Justicia Constitucional y Argumentación Jurídica*, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte (2009).
93. GUERRA, JOSÉ GUILLERMO. *La Constitución de 1925* (Santiago, 1929).
94. HEISE BURGOS, GUSTAVO. *Mecanismos de Control de Constitucionalidad en el Derecho Chileno y su Evolución*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 69 (2005).
95. HENRÍQUEZ VIÑAS, MIRIAM. *La Derogación Tácita de los Preceptos Legales Preconstitucionales*, Derecho Público en el Siglo XXI. Reforma y Modernización del Estado. XXXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Concepción, 1 (2008).
96. HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN. *El Nuevo Tribunal Constitucional. Los Derechos Fundamentales y el Moderno Recurso de Inaplicabilidad* (2° edición, Santiago, Legal Publishing, 2008).
97. IBACETA MEDINA, DAVID. *Protección del Principio de Legalidad Tributaria a través de la Acción de Inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 69 (2005).
98. JARA SCHNETTLER, JAIME. *Innovaciones en el Estatuto Orgánico del Tribunal Constitucional Chileno*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 72 (2010).
99. JEANNERET SIMIÁN, NOELLE. *Extensión del Recurso de Inaplicabilidad: el Problema de la Derogación Tácita y la Inconstitucionalidad de Forma*, Revista Academia de Derecho, Universidad Diego Portales (1992).
100. JIMÉNEZ LARRAÍN, FERNANDO. *Evolución de la Composición y Atribuciones del Tribunal Constitucional*, Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción (2006).
101. JIMÉNEZ SALAS, GUILLERMO. *Notas sobre la Jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional sobre Cargas Públicas*, Jurisprudencia Constitucional Destacada. Análisis Crítico (Santiago, Legal Publishing, 2011).
102. JORQUERA PINTO, LUIS. *Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad en la Carta Fundamental de 1980, Memoria de Prueba*, Universidad de Antofagasta (2003).
103. JOSEPH FAVOREU, LOUIS. *Justicia y Jueces Constitucionales*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 61 (1998-1999).
104. LARRAÍN FERNÁNDEZ, HERNÁN. *Recurso de Inaplicabilidad, Amparo y Protección: un Análisis de la Labor Judicial*, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 17 (1990).

105. LETELIER WARTENBERG, RAÚL. *Jueces Ordinarios y Justicia Constitucional en Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, 34 (2007).
106. LETELIER WARTENBERG, RAÚL. *Sobre los Efectos de la Inconstitucionalidad. Nulidad, Derogación y Premios*, Jurisprudencia Constitucional Destacada. Análisis Crítico (Santiago, Legal Publishing, 2011).
107. LIZAMA ALLENDE, FELIPE. *Los Nuevos Desafíos del Excmo. Tribunal Constitucional a la luz de las Reformas Constitucionales. Una mirada a la defensa de la Constitución*, Derecho y Humanidades, Universidad de Chile (2006).
108. LOVERA PARMO, DOMINGO. *Notas sobre el Control de Constitucionalidad de las Sentencias y el Recurso de Nulidad*, Gaceta Jurídica (2005).
109. LOVERA PARMO, DOMINGO. UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. *Reglas, Principios y (ahora) Justicia Constitucional. Cuestiones Conceptuales*, Estudios Constitucionales (Santiago, Librotecnia, 2010).
110. MARTÍNEZ ESTAY, JOSÉ. *Recurso de Inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y Juez Ordinario en la Reforma Constitucional*. En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador). *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia, 2005).
111. MASSMANN BOZZOLO, NICOLÁS. *La Admisibilidad del Recurso de Inaplicabilidad: a Tres Años de la Reforma*, Ius et Praxis, Universidad de Talca (2009).
112. MATURANA MIQUEL, CRISTIÁN. *El Procedimiento, la Legitimación para Obrar y el Control de Admisibilidad en el Requerimiento de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 72 (2010).
113. MOHOR ABUAUAD, SALVADOR. *Recurso de Protección y Recurso de Inaplicabilidad*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 72 (2010).
114. NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE. *Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad. Notas sobre su Evolución Histórica en Chile*, Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo (2010).
115. NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE. *El Recurso de Inaplicabilidad (Revisión de 20 años de Jurisprudencia: 1981-2001)*, Gaceta Jurídica (2002).
116. NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE. *El Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de 2005*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 68 (2006).
117. NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE. *La Justicia Constitucional Chilena después de la Reforma de 2005 (Notas sobre la Inaplicabilidad de las leyes y el Recurso de Protección)*. En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional* (Santiago, Librotecnia, 2009).
118. NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE. *Notas sobre Acción de Inconstitucionalidad y Efecto Derogatorio de las Leyes*, Derecho Público en el Siglo XXI. Reforma y Modernización del Estado. XXXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Concepción, 1 (2008).
119. NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE. *Presupuestos de Admisibilidad de la Acción de Inaplicabilidad*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 72 (2010).

120. NEIRA ALARCÓN, EUGENIO. *Estatuto Orgánico del Tribunal Constitucional*, Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Valparaíso (1973).
121. NINO, CARLOS. *Los Fundamentos del Control Judicial de Constitucionalidad*, Cuadernos y Debates (1991).
122. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *Consideraciones sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur*, Ius et Praxis, Universidad de Talca (2004).
123. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *Consideraciones sobre Poder Constituyente y Reforma de la Constitución en la Teoría y la Práctica Constitucional*, Ius et Praxis, Universidad de Talca, (2009).
124. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *El Control Represivo Concreto y Abstracto de Inconstitucionalidad de Leyes en la Reforma Constitucional 2005 de las Competencias del Tribunal Constitucional y los Efectos de sus Sentencias*. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005).
125. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *El Tribunal Constitucional Chileno*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales (1996).
126. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *Enfoques sobre Interpretación Constitucional y Jurisdicción Constitucional*, Temas Actuales de Derecho Constitucional (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009).
127. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. CUMPLIDO CERECEDA, FRANCISCO. *Instituciones Políticas y Teoría Constitucional* (Talca, Editorial Universidad de Talca, 2001), II.
128. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *La Integración y el Estatuto Jurídico del Tribunal Constitucional después de la Reforma Constitucional de 2005*. En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador). *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia, 2005).
129. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional: del Doble Control Concentrado de Constitucionalidad a la Concentración del Control en el Tribunal Constitucional*, Ius et Praxis, Universidad de Talca (2002).
130. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *Las Competencias de los Tribunales Constitucionales de América del Sur*, Ius et Praxis, Universidad de Talca (2002).
131. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *Los Tribunales Constitucionales de Sudamérica a principios del Siglo XXI*, Ius et Praxis, Universidad de Talca (2003).
132. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *Reflexiones sobre las Competencias de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en materia de Control de Constitucionalidad*, Ius et Praxis, Universidad de Talca (1998).
133. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *Revisión del Modelo Orgánico y de la Legitimidad del Tribunal Constitucional Chileno*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales (1999).
134. NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. *Tópicos sobre Jurisdicción Constitucional y Tribunales Constitucionales*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 14 (2003).

135. NÚÑEZ POBLETE, MANUEL. *El Neoconstitucionalismo y el Recurso a los Valores en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno*, Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2010).
136. NÚÑEZ, MANUEL. *Las Particularidades de la Función de Control de Constitucionalidad de las Leyes desde la perspectiva del Derecho Procesal Constitucional*, Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso (1997).
137. NÚÑEZ, MANUEL. *Sobre la Designación de los Magistrados del Tribunal Constitucional Chileno*, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile (1998).
138. PEÑA TORRES, MARISOL. *Cuatro Estudios de Justicia Constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 36 (2007).
139. PEÑA TORRES, MARISOL. *Efectos de la Declaración de Inconstitucionalidad de un Precepto Legal: El Caso del Artículo 116 del Código Tributario*, Temas Actuales de Derecho Constitucional (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009).
140. PEÑA TORRES, MARISOL. *Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad: Reciente Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno*. EN NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional* (Santiago, Librotecnia, 2009).
141. PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. *Análisis de los Criterios Interpretativos del Tribunal Constitucional en Chile (1981-1990)*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales (1999).
142. PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. *El Tribunal Constitucional*, Revista de Derecho, Universidad Central (1989).
143. PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. *La Supremacía Constitucional y su Control: el Caso Chileno*, Revista de Derecho, Universidad Central (1991).
144. PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. *Reformas Constitucionales 2005 Antecedentes - Debates - Informes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005).
145. PICA FLORES, RODRIGO. *Acerca del Concepto y el Origen de la Justicia Constitucional*, Revista de Derecho, Universidad de Concepción, II (2002).
146. PICA FLORES, RODRIGO. *Control Jurisdiccional de Constitucionalidad de la Ley en Chile: Los Procesos de Inconstitucionalidad y de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de Competencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2010).
147. PICA FLORES, RODRIGO. *El Carácter Concreto del Control de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de la Ley en el Derecho Chileno*, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte (2009).
148. PICA FLORES, RODRIGO. *El Procedimiento correspondiente al Proceso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad en la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional*. EN NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador). *Temas de Derecho Procesal Constitucional* (Santiago, Librotecnia, 2010).
149. PICA FLORES, RODRIGO. *¿En qué consiste el denominado “Control Concreto de Constitucionalidad” y en qué medida la Acción de Inaplicabilidad por Inconstitu-*

- cionalidad de la Ley participa de dicha caracterización?*, Estudios Constitucionales (Santiago, Librotecnia, 2010).
150. PICA FLORES, RODRIGO. *La Problemática de las Partes y el Contenido de la Legitimación Activa en la Cuestión de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de la Ley*, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, (2010).
 151. PIZZORUSSO, ALESSANDRO. *La Justicia Constitucional Italiana, entre Modelo Difuso y Modelo Concreto en Fundamentos*, Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional (2006).
 152. PRECHT PIZARRO, JORGE. *Derogación Tácita e Inaplicabilidad: Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile (1987-1995)*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, (1999).
 153. REAL GUERRERO, RODRIGO. *El Control de Constitucionalidad sobre Interpretaciones Judiciales, Memoria de Prueba*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (2006).
 154. REYES RIVEROS, JORGE. *Supremacía Constitucional y Sistema Nacional de Control*, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 20 (1993).
 155. REYES ZAPATA, JORGE. *La Nulidad en el Proceso de Formación de la Ley Análisis Crítico de la Jurisprudencia Sustentada por el Máximo Tribunal del País*, Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción, 6 (1998).
 156. RIBERA NEUMANN, TEODORO. *El Tribunal Constitucional y su Aporte al Desarrollo del Derecho. Aspectos Relevantes de sus Primeros 59 Fallos en Estudios Públicos* (1989).
 157. RIBERA NEUMANN, TEODORO. *Función y Composición del Tribunal Constitucional de Chile. (Constitución Política de 1980)*, La Revista de Derecho, Universidad Central (1988).
 158. RIBERA NEUMANN, TEODORO. *La Estructura del Tribunal Constitucional*, Boletín de Derecho Público, Universidad de Chile (1980).
 159. RIBERA NEUMANN, TEODORO. *La Organización Institucional del Tribunal Constitucional Chileno*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 61 (1998-1999).
 160. RIFFO ELGUETA, ERNESTO. *El Positivismo ante el Control de Constitucionalidad, Derecho y Humanidades*, Universidad de Chile (2005).
 161. RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. *Doctrina, Estudios, Notas y Comentarios. La Jurisdicción Constitucional en Chile (después de la Reforma de 2005 de la Ley Fundamental)*, Gaceta Jurídica (2007).
 162. RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. *Doctrina, Estudios, Notas y Comentarios. Nuevos Hitos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional a raíz de la Reforma de 2005*, Gaceta Jurídica (2008).
 163. RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. *El Nuevo Tribunal Constitucional*. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis, 2005).

164. RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. *El Poder del Tribunal Constitucional*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 69 (2005).
165. RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. *El Principio de Supremacía de la Constitución y el Tribunal Constitucional*, Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso (1988).
166. RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. *La Acción de Inaplicabilidad de Preceptos Legales*, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte (2007).
167. RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. *La Generación del Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica (2002).
168. RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. *La Gran Reforma de la Ley N° 20.050 a la Constitución Política de Chile*, Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso (2006).
169. RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. *La Justicia Constitucional en Chile (con referencias al Derecho Comparado)*, La Revista de Derecho, Universidad Central (1988).
170. RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. *La Sentencia de Inconstitucionalidad en la Reforma de la L.O.C. del Tribunal Constitucional*. En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador). *Temas de Derecho Procesal Constitucional* (Santiago, Librotecnia, 2010).
171. RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. *Trascendencia de la Reforma Constitucional en la Fisonomía y las Atribuciones del Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica (2005).
172. RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. *Visión Crítica de la Acción de Inconstitucionalidad en el Derecho Chileno*, Temas Actuales de Derecho Constitucional (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009).
173. RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. *Constitucionalización del Derecho*, Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo (2010).
174. ROLLA, GIANCARLO. *Juicio de Legitimidad Constitucional y Tutela de los Derechos Fundamentales*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, (2005).
175. ROMÁN CORDERO, CRISTIAN. *El Requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad como Mecanismo de Control de la Arbitrariedad del Legislador*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 72 (2010).
176. ROSALES RIGOL, CECILIA. *Los Derechos Sociales en la Constitución de 1980. Comentario a la luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Isapres*, Derecho Público en el Siglo XXI. Reforma y Modernización del Estado. XXXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Concepción, 1 (2008).
177. RUBANO LAPASTA, MARIELA. *Aportes del Tribunal Constitucional*, Revista de Derecho- Criminología y Ciencias Penales, Universidad San Sebastián (2005).
178. RUBANO LAPASTA, MARIELA. *¿Procede la inconstitucionalidad de fondo y forma, o sólo la primera?*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, VII (1996).

179. SAENGER GIANONI, FERNANDO. *Acción de Inaplicabilidad y Acción de Inconstitucionalidad. Facultades del Nuevo Tribunal Constitucional*, Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción (2006).
180. SAENGER GIANONI, FERNANDO. *Análisis y Comentarios a la Sentencia que Declaró la Inconstitucionalidad del Artículo 116 del Código Tributario*, Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción (2007-1).
181. SAENGER GIANONI, FERNANDO. *Control Abstracto y Concreto en el Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad*, Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción (2008-1).
182. SAENGER GIANONI, FERNANDO. *Control Abstracto y Concreto en la Nueva Inaplicabilidad*, Temas Actuales de Derecho Constitucional (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009).
183. SAENGER GIANONI, FERNANDO. *Reformas Constitucionales propuestas para el Tribunal Constitucional*, Ius et Praxis, Universidad de Talca (2002).
184. SAENGER GIANONI, FERNANDO. *Veinte Años de Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad*, Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción (2002).
185. SAGÜES, NÉSTOR PEDRO. *La Magistratura Constitucional Especializada*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile (1989).
186. SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. *La Justicia Constitucional*, La Revista de Derecho, Universidad Central (1990).
187. SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO. SILVA GALLINATO, MARÍA PÍA. *Las Nuevas Atribuciones del Tribunal Constitucional*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 69 (2005).
188. SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. *Misión del Tribunal Constitucional*, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 20, I (1993).
189. SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963).
190. SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO. *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo IX (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003).
191. SILVA CIMMA, ENRIQUE. *El Tribunal Constitucional Chileno bajo la Constitución de 1925 Reformada en 1970*, Revista de Derecho, Universidad Central (1989).
192. SILVA CIMMA, ENRIQUE. *El Tribunal Constitucional de Chile: 1971-1973*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 38 (2008).
193. SUÁREZ CROTHERS, CHRISTIAN. *El Fantasma del Estado Legislativo como un Obstáculo al Estado Jurisdiccional de Justicia Constitucional. Reflexiones sobre el Sistema de Control de Constitucionalidad en Chile*, Ius et Praxis, Universidad de Talca (1998).
194. TAGLE MARTÍNEZ, HUGO. *Justicia Constitucional*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile (1996).

195. TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. *La Cosa Juzgada en el Control de Constitucionalidad (y una Lectura Crítica a la Ley 20.381 de Reforma de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal)*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 72 (2010).
196. TORTOLERO CERVANTES, FRANCISCO. *Los márgenes del Juez Constitucional al Colmar Lagunas*, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte (2006).
197. TÓRTORA ARAVENA, HUGO. *La Autonomía del Tribunal Constitucional*, Revista de Derecho y Ciencias Penales, Universidad San Sebastián (2009).
198. VALENZUELA SOMARRIVA, EUGENIO. *Criterios de Hermenéutica Constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional. Contribución del Tribunal Constitucional a la Institucionalización Democrática*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 31 (2006).
199. VARAS ALFONSO, PAULINO. *Elementos para determinar si el Recurso de Inaplicabilidad de Forma también queda comprendido dentro de la órbita de aplicación del artículo 80 de la Carta Fundamental*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile (1996).
200. VARAS ALFONSO, PAULINO. *Jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema sobre las Garantías del Debido Proceso en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, según la Reforma de 2005 en los Juicios de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 68 (2006).
201. VARAS ALFONSO, PAULINO. *La Acción de Inconstitucionalidad: una Nueva Atribución del Tribunal Constitucional*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 72 (2010).
202. VARAS ALFONSO, PAULINO. *La Institución del Precedente Anglosajón aprobada por la Cámara de Diputados en el Proyecto de Ley adecuatorio de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional a la Reforma de la Carta Fundamental de 26 de Agosto de 2005*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 60 (2005).
203. VELOSO VILLARREAL, HÉCTOR. *Tribunal Constitucional de 1970: Facultad para Controlar la Constitucionalidad de la Ley: Análisis, Memoria de Prueba*, Universidad de Concepción (1992).
204. VERDUGO M., MARIO. *Comentario de Don Mario Verdugo M. a las Ponencias de los Profesores Humberto Nogueira y Lautaro Ríos, Ius et Praxis*, Universidad de Talca (1998).
205. VERDUGO RAMÍREZ, SERGIO. *Desafuero Parlamentario por Delito de Acción Penal Privada: Un Caso de Inconstitucionalidad por Omisión del Legislador*, Derecho Público en el Siglo XXI. Reforma y Modernización del Estado. XXXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Concepción, 1 (2008).
206. VERDUGO RAMÍREZ, SERGIO. *El Sello de Constitucionalidad de los Preceptos Legales declarados Constitucionales en el Control Preventivo*, Revista de Derecho y Ciencias Penales, Universidad San Sebastián, (2009).
207. VERDUGO RAMÍREZ, SERGIO. *Inaplicabilidad y Vicios de Forma ¿Un Problema Resuelto?*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, 23 (2010).

208. VERDUGO RAMÍREZ, SERGIO. *Inconstitucionalidad por Omisión del Legislador*, Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo (2009).
209. VERDUGO RAMÍREZ, SERGIO. *La Declaración de Inconstitucionalidad de las Leyes como Control Represivo Abstracto. Una Especie de Nulidad de Derecho Público atenuada en sus efectos*, Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo (2008).
210. VIERA GALLO, JOSÉ ANTONIO. Panel: “*Revisión de las Competencias del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en Chile*”, Ius et Praxis, Universidad de Talca (1998).
211. YÁÑEZ RAMÍREZ, RICARDO. *Ámbito del Recurso de Inaplicabilidad*, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 20 (1993).
212. ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-1991)*, Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, 18 (1991).
213. ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO. *Justicia Constitucional Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008).
214. ZAPATA LARRAÍN, PATRICIO. *Rayando su Propia Cancha. Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre su Ley Orgánica*. En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador). *Temas de Derecho Procesal Constitucional* (Santiago, Librotecnia, 2010).
215. ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad: Requerimiento de jueces entre legalidad y constitucionalidad*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 72 (2010).
216. ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Acciones de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Temas Procesales* (Santiago, Legal Publishing, 2010).
217. ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Autonomías Constitucionales e Instituciones Contramayoritarias (a propósito de las aporías de la “Democracia Constitucional”)*, Ius et Praxis, Universidad de Talca (2007).
218. ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Control Concreto de Constitucionalidad: Recurso de Inaplicabilidad y Cuestión de Constitucionalidad en la Reforma Constitucional*. En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador). *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia, 2005).
219. ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Control de Constitucionalidad y Sentencia*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 34 (2006).
220. ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Cuestión de Inconstitucionalidad. Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Jurisprudencia Constitucional Destacada. Análisis Crítico (Santiago, Legal Publishing, 2011).
221. ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *El Principio pro requirente en la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional*. En NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador). *Temas de Derecho Procesal Constitucional* (Santiago, Librotecnia, 2010).

222. ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado (2008).
223. ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *La Relación Tribunal Constitucional-Tribunales de Fondo y los Efectos de la Sentencia de Inaplicabilidad acerca de los Presupuestos de la Acción*, Anuario de Derecho Público, Universidad Diego Portales (2010).
224. ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Ley y Reglamento en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales (1999).
225. ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. *Tribunal Constitucional y Control de Constitucionalidad*, Revista de Derecho, Universidad de Concepción, 1 (2002).

