

NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES EN CHILE

ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN
Universidad de Chile

“La Constitución, más que un papel
es un texto viviente de instituciones,
que hay que saber preservar”

Bernardino Bravo Lira

El Tribunal Constitucional chileno de 2006.

Reconciliar el texto de la ley con la ley del texto

RESUMEN

El surgimiento de los tribunales constitucionales en las primeras décadas del siglo xx, no sólo implicó un giro copernicano en el entendimiento de la constitución y su aplicación, sino que también significó, serias transformaciones en los ordenamientos jurídicos occidentales de la época. En ese sentido, el autor profundiza sobre la categoría de supremacía normativa de la constitución, presente en la doctrina *iuspublicista* nacional, y el establecimiento de tribunales con facultades de controlar la forma y el fondo de las decisiones legislativas contrarias a la constitución. Asimismo, el artículo aborda el tema, desde un enfoque histórico jurídico, el análisis de las disposiciones de la Constitución de 1833, las normas consagradas en la Constitución de 1925 y la práctica constitucional de la época, la sanción de la constitución de 1980 y las posteriores reformas constitucionales del 2005, las cuales configuraron un nuevo sistema de control de constitucionalidad de las leyes.

Palabras claves: *Constitución - Justicia Constitucional - Control de constitucionalidad de las leyes*

ABSTRACT

The emergence of constitutional courts in the first decades of the twentieth century, not only constitutes a complete change in the understanding of the constitution and its implementation, but also signified serious transformations in the Western legal systems of the time. In that sense, the author elaborates on the status of normative supremacy law of the constitution, present in the national *iuspublicista* doctrine, and the establishment of courts with powers to control the form and content of legislative decisions contrary to the constitution. Also, the article discusses, from a historical legal analysis of the provisions of the Constitution of 1833, the norms consecrated in the Constitution of 1925 and the constitutional practice of the time, the enactment of the 1980 constitution and the subsequent constitutional reforms of 2005, which set up a new system of constitutional review of laws.

Key words: *Constitution - Constitutional Justice - Constitutional control of the laws*

1. EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN CHILE EN EL SIGLO XIX

1.1. EL SISTEMA ESTADOUNIDENSE

Sabido es que los inicios de la justicia constitucional¹ se remontan a principios del siglo XIX en el clásico fallo *Marbury vs. Madison*, en 1803, que se resume en la afirmación del Juez Marshall, en cuanto a que “una Ley contraria a la Constitución es nula”, de modo que “los tribunales, al igual que los demás poderes, están sometidos a la Constitución”².

Por eso que Hamilton, años antes en *El Federalista*, resaltaba que los tribunales de justicia en Estados Unidos tienen el deber de “declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución”³, puesto que “debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios”. Lo anterior, concluye:

“[N]o supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras”⁴.

Como recuerda Tocqueville, al caracterizar dicho sistema judicial,

“[L]os norteamericanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones sobre la Constitución más bien que sobre las leyes. En otros términos, les han permitido no aplicar las leyes que les parezcan anticonstitucionales”⁵.

Y ello se justifica por la circunstancia que en Estados Unidos

“[L]a Constitución está sobre los legisladores como lo está sobre los simples ciudadanos. Es la primera de las leyes y no puede ser modificada por una ley, es, pues, justo que los tribunales obedezcan a la Constitución, preferentemente a todas las leyes”⁶.

1.2. LA CONSTITUCIÓN DE 1833

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

Por lo mismo, el texto constitucional precisaba que

¹ Una visión histórica del mundo anglosajón en PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Teoría Constitucional*.-2ª.- Ed. Colex, 2006, p. 216 y ss.

² El texto completo en BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid.- 2ª Ed.-, CEPC, 2006, p. 93-121. Sobre la materia vd. ZAPATA L., Patricio, *Justicia Constitucional, Teoría y práctica en el Derecho chileno y comparado*. Santiago, 2008.

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

⁴ *Ibid.*, p. 332.

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

⁶ *Ibid.*, p. 108.

“[S]ólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de algunos de sus artículos”⁷.

1.3. LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA

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

Así lo señala Jorge Huneeus, al hacer presente que los tribunales “llamados a fallar un negocio, no pueden dejar la lei sin aplicación, aun cuando, a juicio de ellos, fuera inconstitucional”⁸. De este modo, carecen de dicha atribución, “pues ella los haría jueces del Congreso mismo i les suministraría un medio fácil de hacer nugatorias e ineficaces las leyes, so pretexto de reputarlas como inconstitucionales”, concluyendo que “El Poder Judicial no es juez de la lei; ha sido creado para aplicarla, sea ella buena o mala”⁹.

Lastarria, por su lado expresaba que:

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

Carrasco Albano en igual sentido afirmaba que

“[E]s verdad que la interpretación de las leyes comunes sólo pertenece a los Tribunales de Justicia; pero no sería posible sino hasta cierto punto extender el mismo principio a las leyes fundamentales del Estado, si sujetamos a las vacilaciones consiguientes a la vaguedad de la lei suprema”.

Concluyendo que, en definitiva, “parece, pues, más lógico conceder la atribución de interpretar la Constitución al Poder Legislativo que al Judicial”¹¹.

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

⁸ HUNEEUS Z, Jorge, *La Constitución ante el Congreso*. 1880, t. II, p. 252.

⁹ *Ibid.*, p. 253.

¹⁰ LASTARRIA, Jose Victorino, *Derecho Público Constitucional Teórico o Filosófico*. Santiago, 1906, p. 473.

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

1.4. LA OPINIÓN OFICIAL DE LA CORTE SUPREMA

En dicho contexto se entiende el oficio emanado de la Corte Suprema, de fecha 27 de junio de 1848, en el que afirmaba que:

“[N]inguna magistratura goza de prerrogativas de declarar la inconstitucionalidad de leyes promulgadas después del Código Fundamental i de quitarles por este medio sus efectos i su fuerza obligatoria. Este poder, que por su naturaleza sería superior al del Lejislador mismo, puesto que alcanza a anular sus resoluciones, no existe en Magistratura alguna, según nuestro sistema constitucional. El juicio supremo del Lejislador, de que la ley que dicta no es opuesta a la Constitución, disipa toda duda en el particular i no permite retardos o demoras en el cumplimiento de sus disposiciones”¹².

En el mismo sentido, en nota dirigida por el Ministro de Justicia a la Corte Suprema, se señala que la única misión de la Corte Suprema, tal como los demás tribunales

“[E]stá reducida a la recta aplicación de las leyes a los casos particulares que ocurren en las causas sometidas a sus fallos, sin que sea lícito evadir su cumplimiento, ya porque sean justas o injustas, ya por ser conformes o contrarias a la Constitución”¹³.

1.5. LA TESIS DE FINES DE SIGLO DE LA CORTE SUPREMA

Dicha doctrina es reiterada con posterioridad, en circular dirigida a las Cortes de Apelaciones, con matices, desde el momento que se indica que

“[N]inguna Magistratura encargada de aplicar las leyes goza de la prerrogativa de declarar su inconstitucionalidad, y todas las promulgadas con posterioridad al Código Fundamental llevan consigo el juicio Supremo del legislador de no ser contrarias a este Código”.

Sin embargo,

“[L]as autoridades encargadas de aplicar a un caso determinado la ley o disposición, deben, no obstante, dar preferencia en el asunto especial en que se ocupan, a la Constitución, si estuvieren en clara y abierta pugna con ellas”.

Concluyendo que:

“[N]o le es dado pues al Gobierno corregir las leyes por inconstitucionales que sean, pero tampoco le es lícito mantener en vigor un acto de una autoridad de su dependencia fundado únicamente en una de ley a que se da carácter inconstitucional por el sentido que se le atribuye o que lo tiene clara y evidentemente. La Corte, que no reputa inconstitucional el artículo de la Ordenanza, no ha reclamado que se corrija, atribución propia del Congreso, sino que se derogue el bando que ha pretendido fundarse en ese artículo, lo que es atribución del Presidente de la República”¹⁴.

¹² Citado en HUNEUS, *op. cit.* (n. 8), t. II, p. 253.

¹³ Citado *ibid.* (n. 8), t. II, p. 255.

¹⁴ Oficio dirigido a las Cortes de Apelaciones, de fecha 2 de enero de 1867. *Vid.* También CARVAJAL R., Horacio, *La Corte Suprema*. 1940, en la que el autor señala que “la práctica de nuestros tribunales, siguió una línea jurisprudencial variada en la materia y asilándose en la idea de que ante la pugna de la Constitución con una ley cualquiera, era deber dar preferencia a la Carta Fundamental de la Nación,

Cabe por último destacar que en el primer fallo pronunciado a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Organización de los Tribunales, con motivo de la falta de aprobación de una disposición legal, la Corte Suprema, presidida por don Manuel Montt, razonó que, considerando que:

“[L]os dos últimos incisos del núm. 3.º del art. 95 de la ley de Organización i Atribuciones de los Tribunales no han sido aprobados por el Congreso Nacional i por consiguiente no tienen el carácter de una verdadera ley, el Tribunal, de unánime acuerdo, resuelve que la sentencia en la presente causa se pronuncie en conformidad al mencionado art. 95 i sin tomar en cuenta los dos últimos incisos del núm. 3.º del predicho artículo”¹⁵.

1.6. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA

Manuel E. Ballesteros en la mejor obra acerca de la Ley Orgánica de Tribunales afirma que

“[E]n países en que existe el sistema unitario, la Corte Suprema no está llamada a declarar que una ley es inconstitucional i mucho menos pueden hacerlo, por consiguiente, los tribunales de una inferior jerarquía”¹⁶.

Incluso, la literatura jurídica de fines de vigencia de la Carta de 1833 mantiene esta posición, aunque con matices. Así, Alcibíades Roldán expresa que:

“[N]ingún tribunal, aún cuando sea la Corte Suprema, se halla autorizado para dejar sin aplicación una ley por considerarla inconstitucional, ya sea que esta inconstitucionalidad se funde en irregularidades producidas en la formación o promulgación de la ley, ya se funde en violación de algún precepto de la carta fundamental, es decir, en defectos de forma o de fondo. Desde que la ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en el modo que la Constitución determina, no es admisible que un poder diferente del legislativo posea una atribución semejante”¹⁷.

Sin embargo, hace presente que:

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

hubo mayor número de resoluciones que en el hecho expresaban la inconstitucionalidad de la ley citada que se discutía”.

¹⁵ Corte Suprema, 1º de marzo de 1876.

¹⁶ BALLESTEROS, Manuel Egidio. *Ley de organización i atribuciones de los tribunales de Chile*. 1890, t. I, p. 525. En el mismo sentido, HUNEEUS, quien alude al sistema norteamericano federal, *op. cit.* (n. 8), p. 254.

¹⁷ ROLDAN, Alcibíades. *Elementos de Derecho Constitucional de Chile*. Santiago, 1924. p. 467.

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

1.7. BALMACEDA Y LA NECESIDAD DE UN TRIBUNAL QUE RESUELVA CONFLICTOS

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

“Las diversas cuestiones de jurisdicción o competencia entre el Presidente de la República y sus agentes y el Poder Judicial, o entre el Poder Legislativo y los Poderes Ejecutivo y Judicial, acerca de la constitucionalidad de las leyes han creado conflictos muy serios, y por último el que ha convocado la convocatoria de la constituyente.

Sería conveniente crear un tribunal especial compuesto de 3 personas nombradas por el Presidente de la República, de 3 nombrados por el Congreso y de otras 3 nombradas por la Corte Suprema, para dirimir sin ulterior recurso los conflictos entre poderes en los casos y en la forma que la Constitución establezca.

No es natural, ni justo, que en los conflictos de poderes sea alguno de éstos el que se pronuncie y resuelva, porque se establece una supremacía de autoridad con menoscabo de las otras, ni habría jamás conveniencia en que uno sólo de los poderes públicos sea únicamente juez, siendo al mismo tiempo parte”¹⁹.

2. EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL SIGLO XX

2.1. LA CONSTITUCIÓN DE 1925

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

En la subcomisión de reforma constitucional, en su sesión séptima, fue don Luis Barros Borgoño quien planteó

“[L]a conveniencia que habría en establecer en la nueva Constitución algún poder o autoridad que determine si las leyes que en lo sucesivo se dicten, van o no contra los principios constitucionales”,

facultad que estima podría entregarse a la Corte Suprema²⁰.

En tal sentido, el Presidente Alessandri hace ver su preocupación por una declaración con efectos generales, dado que “habría un grave peligro porque se constituiría el Tribunal en Poder Legislativo”²¹.

¹⁹ Discurso del Presidente José Manuel Balmaceda, efectuado ante el Congreso Nacional, el 20 de abril de 1891.

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

²¹ *Ibid.* El mismo Presidente Alessandri en otra sesión expresa que “disposición semejante daría a ese tribunal un poder superior al del Presidente de la República y al del Congreso, pues como existe la tendencia humana a acentuar las propias facultades, dicho tribunal enmendaría a menudo la obra legislativa, declarando sin fuerza, por inconstitucionales las leyes que se dictasen, es decir, asumiendo en el hecho todo el poder, cuando su papel debe ser pasivo y no activo” (sesión N° 19, de 8 de junio

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

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

“[E]n todo caso en que se alegare la oposición entre un precepto constitucional y la ley, tendrán las partes derecho de ocurrir, en cualquier estado del juicio, a la Corte Suprema, sin alterar la substanciación de él”²⁷.

De esta forma, “lo que se desea es que lleguen a la Corte Suprema estos conflictos entre la ley y la Constitución que se producen en un juicio entre partes”²⁸.

El texto, en definitiva, redactado por el Ministro de Justicia indica que

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

2.2. LA DOCTRINA

Una de los autores más cercanos al texto, José Guillermo Guerra, afirma que el artículo 86 de la carta de 1925

“[E]s completamente nuevo para nuestro país. Ha sido tomado, en su fondo, de la Constitución de los Estados Unidos y, aunque de procedencia extranjera, consideramos que corresponde a una necesidad nacional que se había hecho sentir varias veces”³⁰.

Justificando su conveniencia afirma que ahora

“Chile se encuentra en la misma situación que los Estados Unidos en esta materia, porque la Sub-Comisión reformadora de 1925, aleccionada por la dolorosa experiencia de

de 1925, p. 254). En otra sesión expresa que “no hay conveniencia en dar a la Corte Suprema amplia facultad de declarar la inconstitucionalidad de la ley fuera de casos concretos y determinados, porque así se crearían continuamente conflictos entre el poder Legislativo y el Judicial” (sesión N° 28, 9 de julio de 1925, p. 366).

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

²³ Intervención del señor José Maza. *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

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

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

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

³⁰ GUERRA, José Guillermo, *La Constitución de 1925*. Santiago, 1929, p. 457.

la dieta parlamentaria³¹, tan reciente como notoria, estableció la disposición que faculta a la Corte Suprema para declarar la inconstitucionalidad de preceptos legales³².

Por lo mismo, agrega que

“[E]sta disposición es de suma importancia y de gran utilidad, pues importa un correctivo contra los posibles desvaríos del Poder Legislativo, y una apreciable garantía para los habitantes de la República”³³.

Por último hace presente que si bien su efecto es de carácter particular “se supone que el legislador, en vista de que la Corte Suprema ha declarado una o más veces la inconstitucionalidad de su precepto, se apresurará a derogarlo por medio de otra ley”³⁴. En todo caso, anota que ya en algunos países, como Austria, existe un órgano “llamado Tribunal Constitucional” a quien se concede la “facultad de anular leyes inconstitucionales”³⁵.

Otro autor expresa sobre la materia que:

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

Bernaschina hace presente en relación a su carácter que la inaplicabilidad es

“[U]na especie de inconstitucionalidad, que es el género, y que tiene efectos especiales. En todo caso, ambas suponen la violación de un precepto constitucional”³⁷.

Y en cuanto a sus modalidades se sostiene que “parece más aceptable la tesis de que toda ley contraria a la Constitución, en su fondo o forma, puede ser declarada inaplicable”³⁸. Esta tesis también es compartida por otros constitucionalistas³⁹.

2.3. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA INAPLICABILIDAD

Este recurso podía deducirse en cualquier estado del juicio, siempre que se encontrare pendiente⁴⁰, sin suspender su tramitación.

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

³² *Ibid.*, p. 458.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid.*, p. 460.

³⁵ *Ibid.*, p. 460.

³⁶ ESTEVEZ GAZMURI, Carlos, *Elementos de Derecho Constitucional*. p. 342.

³⁷ BERNASCHINA GONZALES, Mario, *Manuel de Derecho Constitucional*. 1958, p. 467.

³⁸ *Ibid.*

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

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

La Corte Suprema entendió que sus facultades se limitaban a declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de fondo y no de forma⁴¹.

Dicho tribunal precisó que la finalidad primordial del mismo era declarar que determinados preceptos legales tachados de ser contrarios a los principios constitucionales no debían ser aplicados en cierto juicio que esté ventilándose ante un tribunal de justicia⁴². Obviamente sólo resultaba procedente respecto de preceptos legales y no de normas infralegales⁴³. Para lo cual se exigía que existiera una completa y perfecta contradicción entre el precepto legal y la Carta Fundamental⁴⁴, de modo que ambas disposiciones no pudieran coexistir⁴⁵.

La Corte Suprema reiteró que no le correspondía detenerse en aspectos referidos a la aplicación práctica que pudiese hacerse de los preceptos objetados⁴⁶. Por lo mismo, no cabía estudiar los hechos⁴⁷, dado su carácter abstracto⁴⁸. Se trataba de un recurso que debía interpretarse restrictivamente⁴⁹. No siendo por tanto un instituto creado para enjuiciar la política legislativa⁵⁰. Por otro lado, debía referirse a preceptos legales concretos y específicos⁵¹, los que en todo caso debían tener relación con el pleito⁵², en términos que pudieran ser tomados en cuenta el pronunciamiento⁵³, o sea, bastaba que existiera la posibilidad de que pudieran ser aplicados⁵⁴.

2.4. PROYECTOS DE REFORMA QUE NO PROSPERARON EN RELACIÓN A LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD

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

Así, en un proyecto de reforma constitucional, aprobado por la Cámara de Diputados en 1950, se proponía que

“La Corte Suprema, a petición de parte, deberá declarar inconstitucional, cualquier precepto que contrarie las disposiciones de la Constitución Política del Estado, sea en cuanto a la forma como se haya dictado la ley o en cuanto al fondo de su contenido”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵¹ CORTE SUPREMA, 300.03.71, *RDJ* 68, t. II, sec. 1ª, p. 67.

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

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

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

Del mismo modo se indicaba que

“acogido el recurso de inconstitucionalidad, la Corte Suprema, dentro del quinto día, ordenará publicar el fallo respectivo en el Diario Oficial, y, a partir de la fecha de esta publicación, el precepto inconstitucional dejará de producir efectos sin que esta declaración pueda afectar las sentencias ejecutoriadas dictadas con anterioridad a dicha publicación”⁵⁵.

Por su parte, en 1964, durante la Presidencia de Jorge Alessandri se propuso que

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

2.5. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1970

A mediados de la década del sesenta se había discutido a nivel académico acerca de la necesidad de contar con un Tribunal Constitucional. Así, en un seminario efectuado en 1963 en la Biblioteca Nacional, bajo la dirección del Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, Jorge Guzmán Dinator y el destacado jurista profesor Alejandro Silva Bascañán se propuso crear una Corte Constitucional⁵⁷. Luego, ello se profundiza en las III Jornadas Chilenas de Derecho Público, en una ponencia del profesor Francisco Cumplido, quien resalta la necesidad del control preventivo de la constitucionalidad de las leyes⁵⁸.

La reforma constitucional de 1970⁵⁹ incorpora un Tribunal Constitucional para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad suscitadas durante la tramitación de los proyectos de ley, el que lamentablemente tuvo una efímera existencia y no alcanzó a lograr una jurisprudencia relevante⁶⁰.

Sobre la importancia de esta nueva institución, el ex Presidente Eduardo Frei Montalva señaló al efecto, en su Mensaje, que

“[T]odo ordenamiento jurídico requiere la existencia de un Tribunal que vele por la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Poder Legislativo, ya que de otra manera el imperio de la Constitución queda sin resguardo ante los posibles excesos de leyes que violan las garantías constitucionales o cualquiera otra disposición fundamental de la Constitución Política”.

⁵⁵ Cfr. ANDRADE GEYWITZ, Carlos, *Elementos de Derecho Constitucional chileno*. 1971, cit. (n. 39), p. 635.

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

⁵⁷ GUZMAN DINATOR, Jorge, *Nueva Constitución Vieja Constitución*. Santiago, 1964.

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

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

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

Agrega luego que

“El Tribunal Constitucional que por este Mensaje propongo crear, ya existente en otras legislaciones más avanzadas, cumplirá satisfactoriamente su objetivo primordial, cual es la definición de los conflictos de poderes que surgen por la desigual interpretación de las normas constitucionales, cuyo imperio y observancia así queden robustecidos”.

Dicho Tribunal, que sesionó por cerca de dos años, y presidido por el Profesor de Derecho Administrativo Enrique Silva Cimma, dictó 17 sentencias, siendo en 1973 disuelto por la Junta Militar por estimar que su existencia era “innecesaria”, lo que sólo puede entenderse en un contexto institucional en el que el Congreso Nacional había sido clausurado⁶¹.

3. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1980

3.1. LOS ANTECEDENTES DEL TEXTO CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD

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

También generó controversia la necesidad de un juicio pendiente. Incluso algunos se manifestaron reacios a que se tuviera que “fabricar un juicio para ese efectos”⁶⁴, puesto que lo que se trataba era de “evitar que se le aplique a una persona una ley que le causa perjuicio y que es inconstitucional”⁶⁵. Sin embargo, otros consideraron

“[P]referible mantener la idea de que exista juicio pendiente, porque en ese caso ya se limita mucho la posibilidad de cualquiera pueda lisa y llanamente lanzar un recurso de inconstitucionalidad”⁶⁶.

En todo caso, se dejó constancia que su alcance era de carácter amplio, esto es, incluía “cualquier gestión judicial, de cualquier naturaleza que sea, como podría ser, por ejemplo, el recurso de protección”⁶⁷.

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

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

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

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

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

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

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

Sin embargo, la temática más debatida fue aquella relativa a la conveniencia de otorgar efectos generales a la declaración de inconstitucionalidad.

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

Otros, sin embargo, afirmaron que:

“[E]s conveniente que cuando el más alto Tribunal de la República lo ha declarado en forma reiterada en tres, cuatro, cinco o seis fallos consecutivos (...) se estime que esa disposición ha perdido su fuerza legal, porque la verdad es que la ciudadanía no se explica esto de que, habiendo declarado la Corte Suprema reiteradamente que un precepto es contrario a la Constitución, tenga que seguir aplicándose ese precepto legal, y se vea obligada a recurrir a los Tribunales de Justicia con todo el costo las molestias que ello significa, etcétera, para obtener una nueva decisión en el mismo sentido”.⁷¹ En el mismo sentido, matizando lo anterior, se expresó que “si hubiera de parte de la Corte Suprema algún fallo que estimara que ese precepto legal recurrido es inconstitucional, debería exigirse cinco fallos consecutivos de la Corte Suprema en el sentido inverso para estimar que el precepto queda con una inconstitucionalidad de efectos generales”⁷².

Un comisionado se manifestó absolutamente partidario de “mantener, en primer lugar, el recurso en la forma en que ha sido propuesto y mantener, además, los caracteres generales que emanan de tres fallos uniformes y consecutivos”⁷³.

Del mismo modo, se discutió acerca de cuál debía ser el órgano encargado de declarar la inconstitucionalidad. Así, el Presidente de la Comisión de Estudio instaba a:

“[E]ncontrar un mecanismo, sobre la base de un tribunal especial integrado por Ministros de la Corte Suprema, que permita conocer de las inconstitucionalidades que se generen durante la tramitación de las leyes o de aquellas leyes que no violen intereses particulares determinados, sino generales, dejando entregado a la Corte Suprema la posibilidad ya sea de conservar el recurso de inaplicabilidad o darle efectos generales y, en este caso, permitir que pueda ser el Fiscal de la Corte Suprema quien requiera la inconstitucionalidad para evitar el uso abusivo de estos recursos”⁷⁴.

Como lo afirmara un miembro de la comisión el dilema ineludible se traducía en que

“[S]i hay que garantizar la supremacía constitucional algún órgano ha de haber que en definitiva haga prevalecer su criterio frente a una ley dictada por el Poder Legislativo para el solo efecto de ponderar, desde el punto de vista jurídico, si una ley se opone a la Carta Fundamental”⁷⁵.

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

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

⁷⁰ *Ibid.*, p. 986.

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

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

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

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

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

Incluso se manifestó más partidario de que fuera la Corte Suprema, lo que fue controvertido por la Ministra de Justicia de la época quien se inclinó por “estudiar la posibilidad de la creación de un tribunal especial”⁷⁶. Igual tesis sostendrá el Presidente de la Corte Suprema⁷⁷.

Sin embargo, en definitiva, y tras un largo debate, la norma quedó redactada de la siguiente manera:

“La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueran sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares, todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento”.

De este modo, si bien la Comisión de Estudio eliminó la posibilidad de una inconstitucionalidad con efectos generales, en cambio, le otorgó la facultad de declarar dicha inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional. En efecto, el artículo 88 N° 12 del Anteproyecto de la CENC establecía:

“Son atribuciones del Tribunal Constitucional: (...) 12. Declarar con efectos generales la inconstitucionalidad de un precepto legal de acuerdo a lo prescrito en inciso final de este artículo”.

Dicho inciso final disponía lo siguiente:

“En el caso del N° 12, la Corte Suprema deberá requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional cuando aquélla haya declarado inaplicable un precepto legal mediante tres fallos uniformes y consecutivos. Si el Tribunal Constitucional considera que dicho precepto se ajusta a la Constitución, la Corte Suprema no podrá en el futuro declarar su inaplicabilidad”.

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

De este modo, el anteproyecto del Consejo de Estado incorporó una disposición según la cual:

“Si la Corte Suprema declarare inaplicable un mismo precepto legal en tres fallos uniformes y sucesivos, declarará al mismo tiempo la inconstitucionalidad de dicho precepto y ordenará de inmediato la publicación de este acuerdo en el Diario Oficial. A partir de la fecha de la publicación, el precepto inconstitucional dejará de producir efectos, lo que no empecerá a las sentencias ejecutoriadas con anterioridad”⁷⁹.

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

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

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

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

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

Es decir, el texto de la Constitución que fue sometido al plebiscito de 1980, no contaba con ninguna norma que previera la posibilidad de una declaración de inconstitucionalidad con efectos generales, ni por parte de la Corte Suprema, ni por parte del Tribunal Constitucional, ni de ninguna otra institución, en términos similares a la Carta de 1925. Establece un mecanismo de control difuso. El Tribunal Constitucional revisa preventivamente las leyes y la Corte Suprema efectúa el mismo *ex post* a través del recurso de inaplicabilidad⁸⁰.

3.2. LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD DURANTE LA APLICACIÓN DEL TEXTO PRIMITIVO (1981-2005)

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

- a) La existencia de una gestión pendiente ante otro tribunal, vale decir, *cualquier actividad jurisdiccional ejercida ante otro tribunal y no sólo a gestiones y acciones de jurisdicción contenciosa*⁸². Obviamente debía tratarse de tribunales sujetos a la superintendencia de la Corte Suprema, excluyéndose por tanto, por ejemplo, el Tribunal Calificar de Elecciones⁸³. En tal sentido, bajo ciertos supuestos, se excluyó como gestión el recurso de protección⁸⁴ y el recurso de queja⁸⁵.
- b) Que se pretenda invocar un precepto que tenga jerarquía de ley, esto es, leyes propiamente tales -sea comunes o de quórum especial u orgánica constitucional-, decretos con fuerza de ley, decretos leyes e incluso los tratados internacionales. Sobre éstos, en su oportunidad se estimó que se ajustaba a la carta fundamental las normas contenidas en la Convención sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños de La Haya⁸⁶. Ahora bien, debe tratarse de preceptos legales determinados, puesto que unánimemente nuestra jurisprudencia señaló que no resultaba posible mediante este recurso solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la totalidad de una ley, esto es, orgánicamente, sino que debe tratarse de normas específicas y precisas que contravengan la carta fundamental⁸⁷. En el mismo sentido, se ha sentenció

“Que fluye de lo ya manifestado que el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad restringe la facultad de esta Corte para declararla, permitiéndola sólo

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

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

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

⁸³ CORTE SUPREMA, 18.08.93, GJ 158, p. 52.

⁸⁴ CORTE SUPREMA, 23.12.87, GJ 97, p. 25 y 1.08.97, GJ 206, p. 50.

⁸⁵ CORTE SUPREMA, 6.12.96, GJ 198, p. 152.

⁸⁶ CORTE SUPREMA, 24.10.97, GJ 208, p. 75.

⁸⁷ CORTE SUPREMA, 23.11.94, GJ 173, p. 30.

respecto de disposiciones precisas y determinadas de una ley y vedándola cuando se pretende que se extienda a todo un cuerpo legal”⁸⁸.

c) Las normas legales deben estar vinculadas directamente con la gestión. En relación a este segundo requisito, la Corte Suprema sentenció que

“Para que pueda prosperar un recurso de inaplicabilidad es indispensable que las normas legales que se objetan de inconstitucionales deban estar en vinculación directa con la gestión judicial para la que se pide la respectiva declaración, de manera que ellas tengan o puedan tener aplicación en la decisión del asunto controvertido”⁸⁹

d) Debe tratarse de una absoluta contradicción entre el precepto legal y la Constitución. Dicha exigencia supone que el precepto legal impugnado debe contravenir de tal forma la carta fundamental, que comparadas ambas no puedan coexistir en el ordenamiento jurídico vigente, resultando que en tal caso debe preferirse la norma superior, esto es, la Constitución Política.

Confirmando lo anterior se resolvió que:

“La finalidad que persigue el recurso de inaplicabilidad es efectuar una comparación entre un determinado precepto legal con una disposición precisa de la Constitución Política de la República, con el objeto de declarar si pugna o no aquél con ésta, normas ambas vigentes al momento de realizar el cotejo o examen de ellas”⁹⁰.

De esta forma:

“[L]a declaración de inaplicabilidad procede cuando el precepto a que ella se refiere es contrario a la Constitución. Ello quiere decir que la norma cuya inaplicabilidad se pretende sea declarada para el caso particular, considerada en abstracto, pugna con las disposiciones de superior jerarquía contenidas en la carta fundamental; en otras palabras, significa que el mandato, prohibición o permiso contenido en la norma cuestionada, contrasta en general con aquellos que se consagran en la Constitución, de manera que el precepto constitucional resulta incompatible con la norma impugnada ‘en sí’, y no sólo en la forma específica en que esta última pretende aplicarse en el caso concreto de que se trata”⁹¹

e) Que el precepto no haya sido declarado constitucional por el Tribunal Constitucional. Según lo preceptuaba el inciso final del artículo 83 de la Constitución

“[R]esuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia”.

Sobre este aspecto se dictaminó que:

“El mismo precepto demuestra que en dicho caso no es procedente declarar la inadmisibilidad del recurso, en razón de que la Corte ‘no puede declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia’, pero sí puede hacerlo por otro,

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

⁸⁹ CORTE SUPREMA, 25.01.88, *RDJ* 85, sec 5ª, p. 12.

⁹⁰ CORTE SUPREMA, 9.12.88, *RDJ* 85, sec. 5ª, p. 262.

⁹¹ CORTE SUPREMA, 28.08.98, *RDJ* 95, sec. 5ª, p. 113.

y para ello es necesario estudiar el fondo del recurso para resolver los precedente⁹². Así, “queda excluido del ámbito del recurso de inaplicabilidad el caso concreto fallado por el Tribunal Constitucional en su labor preventiva y con relación a un vicio determinado⁹³”.

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

El primero dice relación con la posibilidad de declarar la inaplicabilidad respecto de las disposiciones dictadas con anterioridad a la entrada en vigencia del texto constitucional.

Sobre esta materia cabe señalar que hasta 1990 la Corte Suprema entendía que en tal situación se había producido una derogación tácita, conflicto que debía ser resuelto por el juez de la instancia⁹⁴. Sin embargo, a partir de 1990 y hasta el 2005 la Corte sostuvo que tenía plena competencia⁹⁵.

El otro aspecto dice relación con la declaración de inaplicabilidad por razones de forma, esto es, por vicios durante la tramitación de la ley. Invariablemente la Corte Suprema sustentó que a través del recurso de inaplicabilidad no se puede entrar a conocer vicios de forma que invaliden la ley.

Así, se sentenció que:

“La facultad que la Constitución otorga a la Corte Suprema para declarar la inaplicabilidad en los casos a que se refiere, sólo procede para resguardar la inaplicabilidad de fondo de las leyes, no la de forma que sólo mira a la formación de la ley; pues no es facultad del máximo tribunal anular la ley o derogarla, como ocurriría en el

⁹² CORTE SUPREMA, 16.04.87, *RDJ* 84, sec. 5ª, p. 73.

⁹³ CORTE SUPREMA, 29.01.92, *RDJ* 89, sec 5ª, p. 12.

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

⁹⁵ “No es exacto que sólo incumba a los jueces de la instancia resolver si las leyes anteriores a la Constitución son opuestas a su texto, como tampoco parece acertado estimar que se trata en la especie de una eventual derogación por la Constitución Política posterior de una ley anterior a ella. Si los jueces de la instancia pueden decidir que la ley general que la Constitución ha derogado una ley especial común, también puede la Corte Suprema declarar la inconstitucionalidad de esta última conforme al artículo 80 de la Carta Política, que no hace diferencia entre leyes anteriores y posteriores a ella. La tesis de la derogación, que pretende eliminar las facultades de la Corte Suprema cuando la ley de cuya inaplicabilidad se trata es anterior a la Constitución, no resuelve el caso de la creación, por ésta, de un sistema incompatible con la aplicación de la norma común y sí lo puede resolver en cambio la Corte Suprema, que tiene como tribunal único el control de la constitucionalidad de la ley en la forma dispuesta por el mencionado artículo 80 (C. Suprema, 8.06.90, *FM* 379, p. 286. En el mismo sentido CORTE SUPREMA, 19.06.91, *RDJ* 87, sec 5ª, p. 161 y CORTE SUPREMA, 24.04.92, *GJ* 143, p. 29). La doctrina también controvertió el punto. Entre otros, *vid.* SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, “El valor jurídico del DL 1136”, en: *Revista Chilena de Derecho*, 8 N° 2, p. 331, 1982; BERTELSEN REPETTO, Raúl, “La jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el recurso de inaplicabilidad”, en: *Revista de Derecho Público*, 37-38, p. 171 y 184, 1995, respectivamente; CEA EGAÑA, José L., “Notas sobre inaplicabilidad y derogación de preceptos legales”, *Revista Chilena de Derecho* 13 N° 1, p. 31, 1986; BULNES ALDUNTE, Luz, “Análisis sobre la última jurisprudencia sobre el recurso de inaplicabilidad”, *Revista Chilena de Derecho* 203, p. 524-525, 199 y PRECHT PIZARRO, Jorge, “Derogación Tácita e Inaplicabilidad: análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile (1987-1995)”, en: *La Jurisdicción Constitucional Chilena ante la Reforma, Cuaderno de Análisis Jurídico* 41, p. 156, 1999.

segundo caso, ya que éste interesa a todos los ciudadanos por igual y por ende no podría quedar limitado a los casos particulares de que conozca, como en cambio ocurre en el primero, dado que la Constitución consagra únicamente el dejar de aplicarlo en el caso concreto de que se trata, de manera de amparar solamente a las personas afectadas en sus derechos”⁹⁶.

4. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN EL SIGLO XX EN EUROPA Y AMÉRICA COMO GUARDIANES DE LA CONSTITUCIÓN

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

Agregando, luego, que dicho tribunal:

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

Explicando su funcionamiento señala Kelsen que dicho tribunal

“[A]plicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes anticonstitucionales no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el actus contrarius correspondiente a la producción jurídica, o sea, que –tal como lo he señalado– oficia de ‘legislador negativo’”⁹⁹.

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

Como se sabe, el control de la constitucionalidad en el Derecho Comparado tiene características disímiles¹⁰². En algunos casos existen controles de carácter preventivo (Consejo Constitucional de Francia) y en otros a posteriori (Alemania y España). Ciertamente también

⁹⁶ CORTE SUPREMA, 19.04.85, RDJ 82, sec. 5ª, p. 86.

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

⁹⁸ *Ibid.*, p. 14-15.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 36-37.

¹⁰⁰ En 1885 Jellinek había señalado la necesidad un Tribunal Constitucional. Sobre la materia vid. CRUZ VILLALON, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad 1919-1939*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

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

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

los hay mixtos (Tribunal Constitucional de Italia). En cuanto a su forma, el control puede ser concentrado o radicado en un órgano (modelo constitucional kelseniano de Tribunal Constitucional) o entregado a diversos entes (modelo constitucional de Estados Unidos).

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

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

5. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2005

La reforma constitucional de 2005¹⁰⁴ le otorga al Tribunal Constitucional la totalidad del control de la constitucionalidad de las leyes, tanto a priori -que lo tenía desde 1980- como a posteriori -que se radicaba en la Corte Suprema- Así, se establecen dos instituciones: la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad.

5.1. LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD

Como se ha expresado, la aludida reforma constitucional facultó al Tribunal Constitucional para resolver por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución¹⁰⁵.

En efecto, el artículo 93, inciso primero, N° 6 de la Constitución Política de la República señala expresamente que es atribución del Tribunal Constitucional

“Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.

El mismo artículo 93 citado, en su inciso décimo primero, explicita aquella atribución -en cuanto a sus presupuestos procesales- añadiendo que “la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto”, agregando que le corresponderá a cualquiera de las salas del tribunal declarar la admisibilidad de la cuestión

“siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo

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

¹⁰⁴ Sobre las reformas constitucionales de 2005 vid. NAVARRO BELTRÁN, Enrique, “Reformas constitucionales 2005”, *Revista del Colegio de Abogados*, pp. 46- 47, 2005. Del mismo modo, vid. NOGUEIRA ALCALA, Humberto (coordinador), *La Constitución reformada de 2005*, 2005 y ZUÑIGA URBINA, Francisco (coordinador), *Reforma constitucional*, 2005.

¹⁰⁵ En relación a los antecedentes de la acción de inaplicabilidad vid. NAVARRO BELTRÁN, Enrique. “El Tribunal Constitucional y las reformas constitucionales de 2005”, en: *Revista de Derecho Público*, 68, p. 11 y ss. 2006.

en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”¹⁰⁶.

Por su parte, el artículo 47 G de la Ley Orgánica del Tribunal señala las causales de inadmisibilidad¹⁰⁷.

Al Tribunal le ha correspondido pronunciarse durante los primeros tres años en más de un millar de presentaciones, pudiendo destacarse los siguientes presupuestos de admisibilidad de la acción que, como se ha señalado, se encuentran establecidas en la propia Carta Fundamental¹⁰⁸:

- a) Que la petición sea formulada por la parte o por el juez. Durante los primeros años de vigencia se han presentado peticiones de inaplicabilidad a instancia de jueces¹⁰⁹, de competencias disímiles.¹¹⁰ Incluso, la propia Corte Suprema.¹¹¹ Del mismo modo, en un caso se declaró inadmisibile la inaplicabilidad como consecuencia de que los requirentes no eran efectivamente partes en la gestión en que supuestamente se invocaba el precepto legal¹¹².
- b) Que la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que no haya sido declarado conforme a la Constitución por el tribunal (sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento), y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva¹¹³.
- c) Que exista una gestión pendiente ante otro tribunal ordinario o especial. Precizando este requisito, el Tribunal Constitucional ha señalado que

¹⁰⁶ Sobre la historia vid. SENADO DE LA REPUBLICA, *Reformas constitucionales 2005, Historia y tramitación*, 2006. En idéntico sentido, PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Reformas constitucionales 2005. Antecedentes-debates-informes*, 2005.

¹⁰⁷ “Artículo 47 G.- Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos: 1° Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado; 2° Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva; 3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada; 4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal; 5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto; y 6° Cuando carezca de fundamento plausible”. A la fecha no se ha fijado el texto refundido de la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*.

¹⁰⁸ Vid. N° 10 (2006) de la Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, en que se analiza la jurisprudencia del primer año del Tribunal Constitucional.

¹⁰⁹ Un excelente estudio de los antecedentes históricos en el derecho español del denominado control de constitucionalidad por la vía incidental es el de LÓPEZ ULLA, Juan Manuel, *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*. Madrid, 1999.

¹¹⁰ Roles N° 537 (Tribunal Penal Oral de Concepción, respecto del artículo 434 del *Código Penal*), 541 (3ª Sala de la ICA de Santiago, en relación al inciso 1° del artículo 42 de la *Ley de Concesiones*), 575 (Juez de Policía Local de Renca, impugnando el artículo 541 del *Código Orgánico de Tribunales*), y 659 (1ª Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco, en relación al artículo 116 del *Código Tributario*).

¹¹¹ Así lo hizo, por ejemplo, la Primera Sala del máximo tribunal, respecto de los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2695 (Rol N° 707/2007) y la Sala Constitucional, en relación al derogado artículo 116 del Código Tributario.

¹¹² Rol N° 508, de 17 de octubre de 2006.

¹¹³ El Tribunal Constitucional ha dado recién aplicación a esta causal en los autos Rol N° 1406, 31.12.09, en relación al art. 161 del Código Tributario.

“para la procedencia del recurso de inaplicabilidad, resulta indispensable que se deduzca con relación a un juicio o gestión particular, en términos que no puede aceptarse la interposición de un mismo o único requerimiento para obtener la declaración de inaplicabilidad respecto de procesos diversos que se sustancian separadamente, y sobre los cuales tampoco es posible saber el estado actual de su tramitación”.¹¹⁴ En otras palabras, “el requerimiento debe estar referido, en concreto o en forma singular, a la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial en la que los preceptos impugnados puedan resultar derecho aplicable”¹¹⁵.

d) Que se trate de un precepto legal. Así, se ha señalado que

“[N]o le corresponde a esta Magistratura revisar sentencias judiciales, sino declarar inaplicables preceptos legales cuya aplicación puedan resultar contrarios a la Constitución en una gestión judicial”¹¹⁶.

Tampoco respecto de un Auto Acordado¹¹⁷ y de un Decreto Supremo¹¹⁸.

En vinculación con lo indicado, el guardián de la Carta Fundamental ha precisado que no se encuentra dentro de sus facultades “aclarar el sentido que tienen determinados preceptos legales”, dado que ello “constituye una cuestión de legalidad cuya resolución es propia de los jueces del fondo”¹¹⁹.

¹¹⁴ Rol N° 727, de 7 de febrero de 2007. Precisando la exigencia, en Rol N° 984, de 15 de noviembre de 2007, el Tribunal Constitucional ha declarado que “Lo anterior se confirma por el hecho de que la decisión jurisdiccional que emita esta Magistratura en la materia de que se trata, ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso sub lite”.

¹¹⁵ Roles N° 803, de 9 de julio de 2007 y N° 832 de 14 de agosto de 2007.

¹¹⁶ Rol N° 551, de 8 de agosto de 2006. En el mismo sentido, Rol N° 531, también de 8 de agosto de 2006, y Rol N° 680, de 20 de diciembre de 2006. De igual modo, se declara inadmisibles una acción en atención a que se dirigía “en contra de un pronunciamiento jurisdiccional y no de un precepto legal como lo exige el artículo 93, inciso primero, N° 6 e inciso undécimo de la Constitución” (Rol N° 656, de 11 de diciembre de 2006). También se declara inadmisibles una acción al estimarse que no se plantea concretamente “una pretensión de inaplicabilidad de normas supuestamente inconstitucionales, sino que se limita (...) a formular quejas que trasuntan su disconformidad con lo actuado y lo decidido por un juez del crimen en el marco de un proceso penal, planteando asuntos de simple o mera legalidad que no se encuentran entregados al conocimiento y fallo de esta jurisdicción constitucional” (Rol N° 471, de 12 de abril de 2006). Similar criterio también se encuentra en el Rol N° 785, de 29 de mayo de 2007. A mayor abundamiento, se ha precisado por el Tribunal Constitucional que el recurso de inaplicabilidad “no es la vía idónea para declarar que un Tribunal ha actuado ilegalmente, aunque se alegue que, con ese actuar ilegal, se haya excedido la competencia y con ello afectado la Carta Fundamental.” (Roles N° 1008, de 13 de diciembre de 2007 y N° 1018, de 27 de diciembre de 2007).

¹¹⁷ Rol N° 817, de 26 de julio de 2007. Sobre el control de constitucional de autos acordados vid. nuestra exposición en el Colegio de Abogados (marzo de 2006).

¹¹⁸ Rol N° 497, de 10 de mayo de 2006. Consúltense el mismo criterio jurídico en Rol N° 743, de 15 de marzo de 2007.

¹¹⁹ Rol N° 522, de 16 de agosto de 2006. En el mismo sentido, se declara inadmisibles una acción al considerarse que “el conflicto que se ha sometido a la decisión de la Magistratura dice relación con la aplicación que los tribunales de primera y de segunda instancia han hecho del precepto que se impugna en la gestión en que incide el requerimiento (...) por su naturaleza se trata, entonces, de un asunto que compete a los jueces de fondo resolver” (Rol N° 684, de 5 de marzo de 2007). Véase además, Rol N° 824, de 14 de agosto de 2007. Siguiendo el criterio anterior, el Tribunal Constitucional ha precisado la interpretación que haga la administración del ordenamiento jurídico y la forma de aplicar las normas por

Ahora bien, en lo que respecta al requisito del ‘precepto legal’, el Tribunal dictó un interesante fallo abordando esta materia, señalando que:

“[D]ebemos aceptar que los vocablos ‘preceptos legales’ son equivalentes al de regla o norma jurídica, aunque de una determinada jerarquía (legal) (...) una unidad de lenguaje debe ser considerado ‘un precepto legal’, a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución y más precisamente cuando tenga la aptitud, en el evento de ser declarada inadmisibile, de dejar de producir tal efecto (...) para que una unidad lingüística (...) pueda ser considerada una norma o precepto legal de aquellos que trata el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa; esto es que constituya una unidad autárquica capaz de producir efectos jurídicos al margen de otras normas”¹²⁰.

En el mismo sentido:

“[U]na unidad de lenguaje debe ser considerada un ‘precepto legal’, a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución”¹²¹.

De este modo, para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal de aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa sino que se baste a sí misma”¹²²

- e) Que el precepto legal tenga aplicación en la gestión. Como puede apreciarse la situación no es idéntica a la facultad que se le otorgaba hasta el 2005 a la Corte Suprema, desde que se exige ahora que la aplicación del precepto legal resulte contraria a la Constitución. En relación con lo anterior, recientemente el Tribunal Constitucional, a propósito de la naturaleza de la acción de inaplicabilidad, ha expresado que se trata de una situación diversa de la que correspondía a la Corte Suprema. En efecto, precisando el alcance de la facultad, el Tribunal ha consignado que:

“De la simple comparación del texto de la norma actual con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental, que entregaba esta facultad a la Corte Suprema, se desprende que mientras antes se trataba de una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior”¹²³.

parte de los tribunales ordinarios de justicia constituyen asuntos de competencia de los jueces de fondo (Rol N° 706, de 30 de marzo de 2007).

¹²⁰ Rol N° 626, de 16 de enero de 2007.

¹²¹ Roles N°s 626/2007 y 944/2008.

¹²² Rol 1254/2009. Se ha declarado inaplicable las expresiones “procediendo de plano”, contenida en el artículo 539 del Código Orgánico de Tribunales y “en cuenta, salvo que estime conveniente”, en los autos Rol 747/2007. Del mismo modo, se ha sentenciado que son inaplicables las expresiones “y establecidos en virtud del Reglamento que para estos efectos fije el Ministerio de Educación y el Instituto Nacional del Deporte”, a que alude el artículo 2° de la Ley N° 20.033, modificatoria del cuadro anexo N° 1 de la *Ley de Impuesto Territorial*, N° 17.235 (roles N°s 718, 773 y 759, todos de 2007). Igual ha ocurrido con la expresión “gratuidad” (artículo 595 *Código Orgánico de Tribunales*).

¹²³ Roles N° 546, de 17 de noviembre de 2006, y N° 536, de 8 de mayo de 2007.

Agregándose luego que:

“Lo dicho deja de manifiesto que las características y circunstancias del caso concreto de que se trate, han adquirido en la actualidad una relevancia mayor de la que debía atribuírseles antes de 2005 pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto sub lite, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional”.

Concluyéndose en definitiva que

“De esta manera, el que en un caso determinado se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá igual declaración”¹²⁴.

En otras palabras

“[E]n sede de inaplicabilidad, el Tribunal está llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución. Lo que el Tribunal debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución”¹²⁵

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

“[S]upone que el tribunal efectúe un análisis para determinar si de los antecedentes allegados al requerimiento puede concluirse que el juez necesariamente ha de tener en cuenta la aplicación de la norma legal que se impugna, para decidir la gestión”¹²⁶.

- g) Que exista fundamento razonable. Sobre este requisito se ha señalado que

“[L]a exigencia constitucional de fundamentar razonablemente el requerimiento de inaplicabilidad supone una suficiente y meridiana motivación, de modo que pueda comprenderse en términos intelectuales la pretensión que se solicita al tribunal”¹²⁷.

Fundamentación razonable implica “la aptitud del o de los preceptos legales para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución, lo que debe ser expuesto circunstanciadamente”. En suma, *la explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada*”¹²⁸.

¹²⁴ Rol N° 536, de 8 de mayo de 2007.

¹²⁵ Rol N° 480, de 27 de julio de 2006.

¹²⁶ Roles N° 668, de 5 de enero de 2007, y 809, de 24 de julio de 2007.

¹²⁷ Rol N° 495, de 30 de mayo de 2006. En el mismo sentido, Rol N° 617, de 16 de diciembre de 2006; Rol N° 643, de 12 de diciembre de 2006; Rol N° 693, de 28 de diciembre de 2006; y Rol N° 651, de 5 de enero de 2007.

¹²⁸ Rol N° 482, de 17 de mayo de 2006. En términos similares Rol N° 652, de 4 de diciembre de 2006; Rol N° 693, de 28 de diciembre de 2006; Rol N° 746, de 10 de abril de 2007; Rol N° 777, de 16

5.2. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

La reforma constitucional de 2005 tuvo su origen en sendas mociones parlamentarias.¹²⁹ En ambas se buscaba traspasar la inaplicabilidad al Tribunal Constitucional, no contemplándose la posibilidad de una inconstitucionalidad con efectos generales

Más tarde, en primer trámite constitucional, en el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado recaído sobre ambas mociones, se acordó conferirle al Tribunal Constitucional la facultad de declarar la inconstitucionalidad luego de tres fallos uniformes y unánimes¹³⁰. Con algunos matices, esta fue la norma aprobada por el Senado en primer trámite constitucional.

La Cámara de Diputados, en segundo trámite constitucional, mantuvo lo referente al recurso de inaplicabilidad en los mismos términos a como fue aprobado por el Senado. Sin embargo, en lo que dice relación con la inconstitucionalidad con efectos generales, eliminó como requisito de tal declaración la existencia de tres fallos anteriores de inaplicabilidad, estableciendo, en cambio, que bastaba sólo uno¹³¹.

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

Como puede apreciarse, la reforma de 2005 contempla –y por primera vez en nuestra historia institucional– la posibilidad que el precepto legal sea expulsado del ordenamiento jurídico por contravenir la Carta Fundamental.

Si bien el proyecto inicialmente indicaba que era menester que se pronunciaran tres fallos uniformes para que la norma legal desapareciera del ordenamiento jurídico, ello en definitiva fue desechado.¹³² Así las cosas, el texto aprobado expresa que ahora el Tribunal, por los 4/5 de sus integrantes en ejercicio, podrá declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal ya

de mayo de 2007; Rol N° 779, de 16 de mayo de 2007; Rol N° 782, de 6 de junio de 2007; Rol N° 802, de 20 de junio de 2007; Rol N° 803, de 9 de julio de 2007; y Rol N° 832, 14 de agosto de 2007.

¹²⁹ Una de los senadores de la Concertación señores Sergio Bitar, Juan Hamilton, Enrique Silva Cimma y José Antonio Viera-Gallo y la otra de senadores de la Alianza señores Hernán Larraín, Andrés Chadwick, Sergio Romero y Sergio Díez.

¹³⁰ “6°. Declarar la inaplicabilidad de todo precepto legal contrario a la Constitución, por motivo de forma o fondo, que corresponda aplicar en la decisión de cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial. El tribunal conocerá estos asuntos en sala. La resolución que dicte sólo producirá efectos en los casos particulares en que se interponga la acción de inaplicabilidad. Ella podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar el Tribunal Constitucional la suspensión del procedimiento.

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

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

¹³¹ “7° Decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el número anterior. El Tribunal conocerá estos asuntos en pleno y para declarar la constitucionalidad de un precepto de rango legal, deberá hacerlo por los dos tercios de sus miembros en ejercicio”.

¹³² SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE. *op cit.* (n. 106).

declarado inaplicable; lo que podrá efectuarse de oficio o por petición, existiendo al efecto acción popular¹³³.

De la lectura de disposición constitucional y de lo resuelto por la Magistratura se desprende que los presupuestos para declarar la inconstitucionalidad de una determinada norma legal son los siguientes:

- a) Debe tratarse de la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal;
- b) La referida norma debe haber sido declarada previamente inaplicable por sentencia de dicho Tribunal;
- c) El proceso de inconstitucionalidad debe haberse iniciado por el ejercicio de una acción pública o de oficio; y
- d) Debe abrirse proceso sustanciándose y dictándose la correspondiente sentencia en que se concluya la absoluta contradicción entre el precepto legal en cuestión y las disposiciones de la Constitución Política de la República;

A la fecha se han declarado en tres oportunidades la inconstitucionalidad de preceptos legales:

- a) el artículo 116 del Código Tributario que contemplaba la delegación de la jurisdicción en materia tributaria¹³⁴;
- b) el artículo 171 del Código Sanitario, en lo relativo a la consignación previa para recurrir judicialmente¹³⁵; y
- c) la expresión “gratuidad” del turno de los abogados, establecida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales¹³⁶.

6. CONCLUSIONES

1. El control de constitucionalidad tiene sus antecedentes históricos en los primitivos pronunciamientos de la Corte Suprema de Estados Unidos a principios del siglo XIX, particularmente en el recordado caso “Marbury vs. Madison” (1803).
2. En el siglo XIX en Chile tantos los diversos textos constitucionales, la jurisprudencia como la doctrina estuvieron contestes en cuanto a que sólo le correspondía al Congreso interpretar la Carta Política y velar por su cumplimiento. Excepcionalmente existen algunos pronunciamientos de la Corte Suprema que dan cuenta de que debe darse preeminencia a la Carta Fundamental e, incluso, se restó validez a una disposición legal no aprobada en la forma prescrita en la Constitución.
3. La Constitución de 1925 le otorga a la Corte Suprema la facultad de declarar inaplicable preceptos legales para un caso concreto, siendo interpretada su procedencia sólo por vicios de fondo y no de forma.

¹³³ Con fecha 5 de junio de 2008, el TC rechazó la solicitud de inconstitucionalidad presentada en relación al artículo 416, inciso 3º del Código Procesal Penal, al estimar que la norma, en abstracto, admitía una interpretación ajustada a la Constitución Política. Vid. Roles N° 558, 590, 615 y 665. Se estimó que “es dable concluir que el procedimiento relativo a personas que gozan de fuero constitucional, tratándose de delitos de acción privada, admite la recepción de pruebas, cuando procede, y, por tanto (...) permite ser interpretado en una forma que lo compatibiliza con las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos”.

¹³⁴ Rol 681-2006.

¹³⁵ Rol 1345-2008.

¹³⁶ Rol 1254.

4. Los Tribunales Constitucionales surgen a partir de 1920, creación del jurista austríaco Hans Kelsen. De allí se expande por los demás países de Europa, particularmente después de la segunda guerra (Alemania, 1949; Italia, 1947, Francia, 1958 y España, 1978). Del mismo modo, ocurre en Hispanoamérica. En Chile se establece por la reforma constitucional de 1970. Su necesidad histórica ya lo había planteado el Presidente Balmaceda en 1891.
5. La Carta de 1980 establece un sistema de control constitucional difuso. Así, al Tribunal Constitucional le corresponde el control preventivo de la constitucionalidad de las leyes y a la Corte Suprema el control a posteriori.
6. La acción de inaplicabilidad de que conoció la Corte Suprema entre los años 1981 y 2005 decía relación con el control de fondo y no de forma, a la vez que a partir de los noventa no distinguió entre preceptos legales dictados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Carta.
7. Finalmente, mediante la reforma constitucional de 2005, se le otorgó al Tribunal Constitucional el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes a través de la inaplicabilidad (previo requerimiento de parte o de juez) e, incluso, se le facultó para declarar la inconstitucionalidad de las mismas con efectos generales, derogando así la norma con efectos futuros.