

con un derecho subjetivo cuya finalidad es eliminar ese actuar ilegal, restableciendo la integridad de sus intereses.¹⁵

Pues bien, el derecho de acción que se ejerce con ocasión de la interposición de estos recursos o acciones constitucionales, cuyo concepto veremos seguidamente, participa de la naturaleza jurídica de esos derechos reaccionales o impugnatorios.

3. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

La doctrina suele insistir en que el elemento esencial de la Jurisdicción Constitucional lo configura el control de constitucionalidad de las leyes,¹⁶ vinculado a la protección de los derechos humanos, al cual se le han ido incorporando el control constitucional de otros actos normativos, el control de eficacia de los derechos fundamentales, los conflictos constitucionales y la protección de la cláusula de "democracia constitucional".

3.1. La acción constitucional

En distintas normas de nuestra Carta Fundamental se habla de recursos de diversa naturaleza, por ejemplo, reclamación en materia de nacionalidad, recurso de protección, recurso de amparo (*hábeas corpus*), recurso de amparo económico, acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, entre otros.

Dada la especial naturaleza de los diversos mecanismos que la Constitución prevé para la protección de los derechos públicos subjetivos, es necesario hacer una distinción conceptual entre un recurso —mirado desde un punto de vista procesal— y una acción constitucional.

Un *recurso* es un medio procesal de impugnación que la ley franquea a las partes, a objeto de instar por la invalidación, modificación o corrección de una determinada resolución judicial dictada en un proceso judicial y que el recurrente estima perjudicial para sus derechos.

¹⁵ Estos derechos reaccionales o impugnatorios permiten, según García de Enterría, que los particulares "fiscalicen la totalidad de la legalidad administrativa, y no sólo la franja minúscula que entra en juego en la vida jurídico-administrativa a propósito del tráfico de los derechos subjetivos activos de corte tradicional". Cf. Pérez Luño, A. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, ob. cit., p. 33.

¹⁶ Cf., v. gr., Colombo Campbell, Juan, "Tribunal Constitucional: Integración, competencia y sentencia", en Zúñiga Urbina, Francisco (Coordinador). *Reforma Constitucional*, ob. cit., p. 560.

Una *acción constitucional* es un derecho público subjetivo cuyo ejercicio, reconocido por la propia Constitución, tiene la virtud de poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado con el objeto de obtener la protección o tutela extraordinaria o "diferenciada" del ejercicio legítimo de un derecho fundamental protegido por el ordenamiento constitucional (Cappelletti).

3.2. Clasificación de las competencias de la jurisdicción constitucional

René Marcic, H. Mosler, Mauro Cappelletti, entre otros autores, presentan el siguiente esquema ordenador de las competencias de Jurisdicción Constitucional, que seguiremos en estas notas:

- a) Control constitucional de las leyes y otros actos normativos.
- b) Control de eficacia de los derechos fundamentales.
- c) Conflictos constitucionales.
- d) Protección de la democracia constitucional.

Los temas que nos convocan, la acción o recurso de inaplicabilidad y la cuestión de inconstitucionalidad, se sitúan en el campo de las competencias de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional.

4. CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA LEY Y DEMÁS ACTOS NORMATIVOS

4.1. Sistemas de control en el derecho comparado

En el derecho comparado existen diversos medios de control de la constitucionalidad de las leyes.

Así, existe el modelo de *control político parlamentario* de la constitucionalidad de las leyes. Este tipo de control surge con las primeras Constituciones francesas —en 1799 y 1852— y plantea el principio de la soberanía parlamentaria, lo que implica que el propio Parlamento realiza un autocontrol. Este sistema ha sido utilizado en los antiguos países socialistas como China, Bulgaria y la URSS en 1977.

Por otro lado, existe el *control judicial de constitucionalidad* de las leyes, como ocurre en Estados Unidos, sistema que pone esta labor en manos de los jueces,

quienes conocerán de estos temas a través de reclamaciones hechas por las partes o incluso de oficio, en un caso concreto. Se trata de un tipo de control difuso de constitucionalidad, puesto que los tribunales ordinarios tienen una "competencia residual para conocer de la generalidad de los conflictos constitucionales".¹⁷

También tenemos el sistema de *control de constitucionalidad por un órgano especial, también conocido como sistema o modelo concentrado o kelseniano*. En este modelo, la labor de control está en manos de un órgano determinado—generalmente denominado Corte o Tribunal Constitucional—, cuya competencia específica consiste en conocer y resolver todos los aspectos relativos a la constitucionalidad de las leyes, tema vedado de la competencia de los Jueces Ordinarios. Países como Austria, Alemania, España, Italia, Francia, Polonia y Portugal, entre otros, adoptan este sistema, aunque con algunas variantes. Corresponde a un sistema de control concentrado de constitucionalidad, que puede ser único o compartido, según si el órgano de control ejerce sus competencias con exclusividad o bien si las comparte con otro órgano.

4.2. Panorama en Chile

Durante la vigencia de la Constitución de 1833, se estableció un *control político* de constitucionalidad de las leyes por parte del Congreso Nacional: sólo este órgano podía resolver las dudas sobre la inteligencia de algunos de los artículos de la Carta Fundamental.¹⁸

La Constitución de 1925 estableció el sistema de *control vía recurso de inaplicabilidad*, a cargo de la Corte Suprema y estableciendo a su respecto el efecto relativo de las sentencias judiciales, en congruencia con el principio sentado por el artículo 3° inciso final del Código Civil, que atribuye a las sentencias un efecto jurídico circunscrito al ámbito del proceso jurisdiccional al interior del cual ella es pronunciada, y referido a las partes que obraron como tales en dicho proceso.

¹⁷ Colombo Campbell, Juan. "Tribunal Constitucional: integración, competencia y sentencia", en obra colectiva intitulada *Reforma Constitucional*, Santiago, Editorial LexisNexis, 1ª edición, octubre de 2005, p. 554.

¹⁸ Cf. Artículos 57 y 58 de la Constitución de 1833, referidas a la Comisión Conservadora a quien atribuía: "1° Velar sobre la observancia de la Constitución i de las leyes. 2° Dirigir al Presidente de la República las representaciones que estime convenientes al efecto...". Pero también el artículo 81 referido al Presidente de la República y, finalmente, al artículo 108, en relación a las atribuciones del Congreso en la materia. Cf. Carrasco Albano, Manuel: *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833*. Santiago, Imprenta de la Librería del Mercurio. 1874, pp. 95-96, 109 y 198, respectivamente.

Años después, el año 1943, se incorpora mediante reforma constitucional la Contraloría General de la República a la Carta, concebida como un órgano de control jurídico de la Administración, encargada de velar por la juridicidad de sus actos, concepto éste que engloba un control indirecto de la constitucionalidad y un control directo de la legalidad de los mismos.

En la reforma constitucional de 1970, siguiendo el modelo europeo, se crea el Tribunal Constitucional, el cual ejerce un control de tipo preventivo en materias de ley y sus sentencias en control de normas producen un efecto *erga omnes* (efecto absoluto), incorporándose, además de las importantes atribuciones de control de constitucionalidad, competencias referidas a la resolución de conflictos de poderes, con potestades autonormativas administrativas.¹⁹

Finalmente, la Constitución Política de 1980 conservó un *control dual de constitucionalidad* de las leyes o de "Judicatura dual", con una acusada continuidad en el diseño de estas Judicaturas en materia de control.²⁰ De este modo, el *Tribunal Constitucional* tenía a su cargo el control preventivo obligatorio de ciertos tipos de leyes y un control preventivo a requerimiento de ciertas autoridades respecto de otros proyectos de ley y otros actos normativos. También realizaba un control represivo o posterior de los decretos con fuerza de ley, decretos promulgatorios y decretos o resoluciones del Presidente de la República, entre otros actos estatales.

Es menester subrayar que la Constitución Política de la República de 1980, hasta la reforma del año 2005, promulgada mediante Ley N° 20.050, mantuvo el *control judicial de constitucionalidad* en manos de la Corte Suprema, a través del recurso o acción de inaplicabilidad, el cual presentaba un carácter represivo o a posteriori y con efecto *inter partes*.²¹ Represivo, por cuanto el precepto legal impugnado debía encontrarse vigente, única forma o manera que pudiera pretenderse su inaplicabilidad a la gestión judicial de que se tratase. Tenía el carácter de un "recurso jurídico", que podía prosperar en la medida que se demostrara una "perfecta y completa contradicción" entre la Constitución y el precepto legal cuestionado.²² La sentencia dictada por la Corte Suprema tenía efectos relativos

¹⁹ Cf. Zúñiga Urbina, Francisco. *Elementos de Jurisdicción Constitucional*, ob. cit., tomo II, p. 43.

²⁰ Este tipo de control también lo utiliza Perú en su Constitución de 1979, y, también, con algunas variantes, Brasil en la Constitución de 1988.

²¹ Nogueira Alcalá, Humberto. "Consideraciones sobre la Jurisdicción Constitucional y la Acción de Inconstitucionalidad en el Derecho comparado", en *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Chile*, N° 2, julio-diciembre 1990, pp. 43-44.

²² Ver Zúñiga Urbina, Francisco. *Elementos de Jurisdicción Constitucional*. Santiago, Ed. Universidad Central de Chile, primera edición, 2002, tomo II, p. 35.

Constitucional la
órgano de
idad de sus
cionalidad y

o, se crea
en materias
erga omnes
uciones de
de conflic-

ual de cons-
continuidad
do, el Tribu-
o de ciertos
autoridades
n realizaba
cretos pro-
entre otros

a de 1980,
,) mantuvo
na, a través
represivo o
cepto legal
udiera pre-
a el carácter
demostrara
cepto legal
os relativos

no II, p. 43.
n, con algunas

la Acción de
id de Derecho

l. Universidad

(*inter partes*) y no absolutos (*erga omnes*) y consistía –en el evento que acogiera el recurso– en inaplicar o autorizar la no aplicación del precepto impugnado a la gestión judicial en la cual incidía, sin que dicha sentencia produjera un efecto derogatorio de la norma declarada inconstitucional, tema éste que concierne al principio de separación de los poderes, como demostración palmaria de la fuerza del concepto de “soberanía de la ley y el temor al activismo judicial”.

Se consagra entonces un sistema de control de constitucionalidad concentrado y compartido entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema (“Judicatura dual”), dos órganos distintos, el primero encargado del control preventivo de la constitucionalidad, en tanto que la Corte Suprema lo ejercía con carácter represivo.

La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, mientras fue competencia de la Corte Suprema, demostró numerosas insuficiencias en su ejecución jurisprudencial, manifestada en la autolimitación de la acción como instrumento de control de constitucionalidad a los denominados “vicios de inconstitucionalidad de fondo o material”, excluyendo los vicios de inconstitucionalidad de forma y competencia; y al mismo tiempo, hasta el año 1990,²⁴ la Corte Suprema mantuvo una zigzagueante posición, en aquellos casos en que una ley preconstitucional devenía en inconstitucional con la nueva Carta Fundamental pues estimaba que esa situación constituía una forma de derogación de la ley por la Constitución –enfoque que importaba una impropiedad conceptual–; en circunstancia que correspondía tratar este tema desde la óptica de la inconstitucionalidad sobrevenida. Hasta el año 1987, la Corte Suprema consideró que se trataba de una situación de derogación de la Constitución respecto de la ley preconstitucional. En consecuencia, dicha derogación podía ser declarada por los jueces del fondo, sentando la doctrina implícita en el sentido que esos temas no eran materia de la acción de inaplicabilidad. A contar del año 1990, la Corte cambió su doctrina jurisprudencial y, sin calificar la situación como inconstitucionalidad sobrevenida, admitió que los problemas de constitucionalidad de las leyes –sean pre o post constitucionales– eran materia de la acción de inaplicabilidad y por ende, de su competencia). Por otro lado, este control dual dio lugar a dos interpretaciones contrapuestas de la Constitución, que llegaron a generar incerteza e inseguridad jurídica”.²⁵

El año 2005, la reforma constitucional introducida por la Ley N° 20.050 derogó el artículo 80 de la Carta Fundamental, norma que atribuía la competencia

²³ Ver Zúñiga Urbina, Francisco. *Elementos de Jurisdicción Constitucional*, ob. cit., tomo II, p. 40.

²⁴ Ver sentencia dictada en caso “Natividad Campos Canales”.

²⁵ Ver Ríos Álvarez, Lautaro: “El Nuevo Tribunal Constitucional”, en *Reforma Constitucional*, ob. cit., p. 639.

para conocer de esta acción constitucional a la Corte Suprema, quedando radicada dicha competencia en el Tribunal Constitucional. Se consagra así un sistema de control de constitucionalidad concentrado y único (Colombo).²⁶ Con ello, el Tribunal Constitucional, manteniendo su carácter de órgano estatal autónomo e independiente, queda constituido como el "supremo intérprete y custodio de la supremacía de la Constitución".²⁷

El Tribunal Constitucional llamado a resolver, por mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicabilidad en cualquiera gestión seguida ante un tribunal ordinario o especial resulte contraria a la Constitución.

5. LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

5.1. Concepto

Esta institución está actualmente regulada en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República. Es un tipo de control de constitucionalidad concreto, represivo y facultativo; es decir, control concreto, ya que tiene como presupuesto material una gestión respecto de la cual se construye el juicio de legitimidad constitucional de la norma legal impugnada; control represivo, puesto que recae en normas legales (leyes, legislación delegada y legislación irregular) del ordenamiento jurídico, y control facultativo, en la medida que se incoa el proceso ante el Tribunal Constitucional mediante una acción entablada por el juez de la gestión a través de un "auto motivado" o vía requerimiento de parte la inaplicabilidad en cada caso en particular, de un precepto legal cuya "aplicación... resulte contraria a la Constitución".

Antes de la reforma constitucional de 2005, la inaplicabilidad constituía claramente un tipo control constitucional, pero no siempre podía ser calificada como un recurso *-lato sensu-* o una acción constitucional, porque ella tenía ese carácter sólo cuando se ejercía a petición de parte en un asunto actualmente sometido

²⁶ La Contraloría General de la República no ejerce un control directo de la constitucionalidad de los actos de la Administración, sino un control directo de legalidad. Sólo indirectamente –y más en el papel que en la realidad– este tipo de control podría importar también un control de constitucionalidad, por la vía del encadenamiento de las normas infraconstitucionales respecto de la Carta Fundamental.

²⁷ Ver Ríos Álvarez, Lautaro. "El Nuevo Tribunal Constitucional" en *Reforma Constitucional*, obra citada, p. 633.

do al conocimiento de la Corte Suprema o cuando se le solicitaba por la vía del recurso, con el objeto de dejar sin aplicación una norma legal en cualquier gestión que se siguiera ante otro Tribunal.²⁸ Pero cuando la Corte Suprema actuaba de oficio —en Sala o en Pleno— constituía simplemente una facultad que la Carta Fundamental le entregaba a dicho Tribunal para el control de la constitucionalidad de las normas aplicables a algún asunto en particular. Después de la reforma constitucional de 2005, la inaplicabilidad pasa a constituirse en una genuina acción constitucional, que debe ser promovida por la parte interesada o por el Juez de la causa, ante el Tribunal Constitucional.

La actual disposición del artículo 93 N° 6 de la Constitución difiere del derogado artículo 80, además, en el hecho de que el recurso ya no procede respecto de “todo precepto legal contrario a la Constitución”, sino que “el recurso ahora procede cuando exista un precepto legal *cuya aplicación* sea contraria a la Constitución”²⁹ y, finalmente, en el hecho de que actualmente el recurso puede ser planteado, no sólo por las partes interesadas, sino por el juez que conoce del asunto a través de un auto motivado.

Es un medio o garantía a través del cual, en un proceso jurisdiccional especial, se ejerce un control de constitucionalidad concreto de la ley, por el Tribunal Constitucional. La inaplicabilidad requiere una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, en la que un precepto legal resulte decisivo para la resolución del asunto sometido a ese tribunal, es decir, debe tratarse de derecho material, sea “lex decisoria litis”, o lex ordenatoria litis; debiendo el actor fundar razonablemente la contradicción que el precepto legal impugnado tiene con la Constitución y, por ende, los vicios de forma, materia o competencia que transforman a dicho precepto legal en inaplicable. Esta declaración de inaplicabilidad, de efecto interpersonal relativo o inter partes y de efecto temporal “ex tunc”, pro pretérito o retroactivo, difiere de la declaración de inconstitucionalidad prevista en el artículo 93 N° 7° de la Carta Fundamental, que anula o invalida el precepto legal, con efecto erga omnes o general y efecto temporal “ex nunc” o pro futuro. De este modo, el Tribunal Constitucional tiene una herramienta para graduar la cosa juzgada de la sentencia constitucional estimatoria al transitar del control concreto al control abstracto.

²⁸ El profesor Emilio Pfeffer Urquiaga ha sostenido que el recurso es tal sólo en la última hipótesis señalada; pero no cuando se alega la inaplicabilidad cuando el asunto ya esté sometido al conocimiento del Tribunal. Cf. Pfeffer Urquiaga, Emilio. “La supremacía constitucional y su control: el caso chileno”, en *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de Universidad Central de Chile*, N° 1, enero-junio 1991, p. 143.

²⁹ Martínez Estay, José Ignacio. “Recurso de Inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y juez ordinario en la reforma constitucional”, en Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador): *La Constitución Reformada de 2005*. Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Editorial Librotecnia y Universidad de Talca, 2005, p. 461.

Asimismo, la acción de inaplicabilidad objeto de sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional es el presupuesto procesal de nuestra bastante original "cuestión de inconstitucionalidad".

5.2. Características de esta acción constitucional

La acción de inaplicabilidad instaura un proceso de constitucionalidad en que se verifica un control jurisdiccional, concreto, represivo y facultativo, según se ha expuesto. Es jurisdiccional porque el Tribunal Constitucional es un órgano de control de constitucionalidad que ejerce una jurisdicción de naturaleza jurídica y orgánica que, en esta materia, ejerce competencias "ajenas a decisiones sobre conflictos de intereses particulares o a casos concretos con contradictorio propios de la jurisdicción ordinaria". En consecuencia, se trata de una acción constitucional, ejercida ante un Tribunal dotado de la jurisdicción y competencia para resolver un conflicto constitucional de esta naturaleza.

Actualmente, la inaplicabilidad sumada a la cuestión de inconstitucionalidad, integran la competencia exclusiva, privativa del Tribunal Constitucional que asume en plenitud la competencia de control concreto y control abstracto de normas, dejando de compartir el control de constitucionalidad con la Corte Suprema.

El objeto de esta acción es la no aplicación de un precepto legal a una gestión seguida ante un tribunal ordinario o especial, cuando la aplicación de este precepto resulte contraria a la Constitución. Cobra importancia en esta acción, más allá de la posible inconstitucionalidad de la norma, la circunstancia que su aplicación al caso concreto, pueda resultar contraria a la Constitución, con lo cual el Tribunal Constitucional deberá prestar especial atención al mérito del proceso al interior del cual dicha norma legal impugnada podrá ser eventualmente aplicada. Se trata de un control de constitucionalidad concreto y no abstracto.

La causa de pedir consiste en una norma legal, cuya aplicación al caso particular, produce una contradicción con la Constitución. Esta acción no pretende resolver contradicciones de la propia Constitución.

En su configuración anterior a la reforma constitucional de 2005 la acción de inaplicabilidad, para la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, poseía un carácter jurídico y abstracto, meramente doctrinario, toda vez que la inconstitucionalidad es un asunto de derecho. El fallo que se dictaba en el recurso no resolvía ninguna de las cuestiones que son materia de la controversia judicial en que él incidía; y debía limitarse a decidir si la aplicación de la ley objetada de inconstitucionalidad al caso en concreto, era o no contraria, substancialmente, a

la Carta Fundamental; pero no implicaba una declaración de inconstitucionalidad de efecto personal *erga omnes* de la norma impugnada.

La acción de inaplicabilidad configurada en el actual artículo 93 N° 6 de la Constitución, responde en puridad a un esquema nuevo, de un control concreto de constitucionalidad, de suerte que los aspectos de hecho de la gestión judicial en que incide resultan claves para construir el juicio de legitimidad constitucional de la norma legal impugnada, de modo que no se puede seguir predicando el carácter abstracto o meramente doctrinario de esta acción de impugnación como tantas veces repitió la jurisprudencia de la Corte Suprema al definir la naturaleza del recurso.

Congruente con lo anterior, la reforma constitucional de 2005 separó la acción de inaplicabilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, aunque manteniendo un cierto hibridaje al ser la primera sentencia estimatoria presupuesto procesal de la segunda, siendo hoy día posible que el Tribunal Constitucional declare con efecto general, por una mayoría cualificada de cuatro quintos de sus miembros en ejercicio,³⁰ la inconstitucionalidad de un precepto legal que previamente ha sido declarado inaplicable por el mismo Tribunal, conociendo de la acción de inaplicabilidad.

5.3. Iniciativa para promoverla

En cuanto a la iniciativa para pedir la inaplicabilidad, ésta puede ser promovida por una de las partes de la gestión o por el propio Juez que conoce de ella, en caso que la norma le suscite dudas en cuanto a su constitucionalidad. Son partes, en un asunto contencioso, aquellas personas que sostienen ante el tribunal una contienda jurídica y actual acerca de sus propios derechos y a quienes afectan directamente los resultados del proceso. En un asunto no contencioso, la parte se llama interesado, que es quien promueve el asunto y a quien afectan los resultados de la declaración que pretende. Este concepto de parte comprende, por tanto, a la pluralidad de partes y al *litis consorcio* en sede civil. Con todo,

³⁰ La doctrina ha señalado importantes críticas referidas al altísimo quórum de cuatro quintos de sus miembros en ejercicio establecido para la declaración de inconstitucionalidad. Cf. 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, Ed. LexisNexis, 2005, p. 601; Gómez Bernales, Gastón: "La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno", en Zúñiga Urbina, Francisco (coordinador): *Reforma Constitucional*. Santiago, Ed. LexisNexis, 2005, pp. 682-683.

en el marco del nuevo proceso penal se plantea la dificultad de emplear el término "partes", por la eventual amplitud que posee a partir de la matriz imputado-Estado-víctima.³¹

Una novedad en esta materia consiste en la posibilidad de que quien asuma la iniciativa de promover la acción de inaplicabilidad sea el propio Juez de la causa. Antes de la reforma constitucional de 2005 promulgada por la Ley N° 20.050, el juez de la causa estaba obligado a aplicar la ley vigente, por imperativo del principio de legalidad referido a la decisión jurisdiccional. En un sistema de jurisdicción legal como impera en Chile, el Juez debe fallar con arreglo a derecho, es decir, debe aplicar la ley sin calificar su justicia o injusticia, su ajuste o desajuste respecto de la Carta Fundamental: sin perjuicio de disponer de un margen de creación jurisprudencial en virtud de reglas hermenéuticas a las que está sometido.

Dado que, en Chile, el sistema de control de constitucionalidad imperante desde 1925, que pasa a ser dual en 1970, es de tipo concentrado y no difuso, el Juez nunca tuvo ni actualmente tiene la competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma legal, sino que —si el mérito del proceso lo exige— debe aplicarla lisa y llanamente. Pero, a menos que la inaplicabilidad fuese declarada por la Corte Suprema, de oficio o a solicitud de alguna de las partes, el juez no tenía más posibilidad que aplicar la norma legal al asunto que estaba conociendo. Después de la reforma constitucional, si la aplicación del precepto legal genera dudas en cuanto a su constitucionalidad, encontrándose pendiente el asunto que debe resolver, el propio Juez puede promover la acción de inaplicabilidad, de oficio.³²

³¹ En el mismo sentido, Colombo Campbell ha señalado que "la situación se complica a raíz de la terminología del Código Procesal Penal, que habla de "sujetos procesales" y de "intervinientes", y por lo tanto deben asimilarse a la exigencia de "ser parte" señalada en la Constitución. Este tema deberá ser resuelto caso a caso por el Tribunal Constitucional, especialmente si el requerimiento es planteado por algún representante del Ministerio Público o decidir si el imputado o sólo el formalizado se asimilan a la figura prevista por la Constitución". Colombo Campbell, Juan, "El requerimiento de Inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. Artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República", septiembre 2006, Santiago, mimeo, ponencia presentada en Pontificia Universidad Católica de Chile, Seminario sobre Temas de actualidad, pp. 15-16.

³² Se ha planteado que, atendiendo al tenor del artículo 93, el juez de la instancia tiene la opción, y no la obligación, de promover la inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, como asimismo, ante la convicción de que la aplicación de un precepto legal es contraria a la Constitución, simplemente no debe aplicarlo de acuerdo con el actual artículo 93 en relación con el mandato del artículo 6° de la Constitución Política de la República. Cf. Martínez Estay, José Ignacio. "Recurso de Inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y juez ordinario en la reforma constitucional", en ob. cit., pp. 465-466.

A partir de la distinción entre el concepto de "tribunal" y el de "juez", y dado el tenor del artículo 93, inciso 11°, de la Constitución, el profesor Colombo Campbell ha planteado que "puesto que la Constitución establece como sujeto legitimado al juez, y no al tribunal (...) [ello] llama a preguntarse si, eventualmente, un juez de un tribunal colegiado podría individualmente plantear un requerimiento de inaplicabilidad, o si por el contrario, siempre debiera exigirse la mayoría necesaria para formar la sentencia en la que se inaplicaría el precepto [por lo que estima que] "esta materia al igual que otras, deberá ser objeto de resolución del Tribunal Constitucional".³³

5.4. Oportunidad para promover el recurso

El nuevo artículo 93 N° 6 de la Constitución no señala la oportunidad en que debe interponerse el recurso de inaplicabilidad; sin embargo, de su texto se colige que puede ser interpuesto por las partes mientras exista una gestión pendiente, esto es, mientras la sentencia no se encuentre firme (amparada por la cosa juzgada material o formal), y por el Juez "hasta antes de dictar sentencia y antes de que se produzca el desasimiento del tribunal en la causa".³⁴

5.5. La gestión en la cual incide

Igual como acontecía antes de la reforma constitucional de 2005, la expresión "gestión" debe ser tomada en sentido amplio. Recordemos que la Constitución de 1925 hablaba de "juicio" en vez de "gestión judicial". Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia interpretaron este concepto en sentido amplio, entendido como toda "gestión o reclamo que tienda a obtener el pronunciamiento de un tribunal para establecer, fijar o aclarar determinadas situaciones jurídicas". Por esta razón la Constitución de 1980 sustituyó el término "juicio" por "gestión" en el primitivo artículo 80.

La gestión judicial debe encontrarse pendiente y no fallada. Esta exigencia se explica porque, si el asunto se encuentra terminado, la jurisdicción se encuentra agotada, lo que hace innecesaria esta acción constitucional y carente de presu-

³³ Colombo Campbell, Juan. "El Requerimiento de Inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. Artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República", ob. cit., p. 16.

³⁴ Gómez Bernales, Gastón. "La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno", en ob. cit., p. 676.

puesto procesal básico. Por ello, la acción de inaplicabilidad debe ser promovida "*in limine litis*", es decir, dentro de los límites de la *litis* o gestión.

La Sala del Tribunal Constitucional, junto con ejercer el control de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad, tiene la atribución de decretar, como medida cautelar, la suspensión del procedimiento o gestión en la cual incide la acción, de modo que la sentencia de inaplicabilidad no se estrelle contra la cosa juzgada producida, en su día, por la sentencia dictada por el tribunal de la causa. Como decía el maestro de Florencia, "las providencias cautelares se dirigen a salvaguardar el *imperium judicis*, o sea, a impedir que la soberanía del Estado en su más alta expresión que es la Justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como los guardias de la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde".³⁵ Lo anterior significa que la orden de no innovar no constituye un antejuicio sobre la plausibilidad de la acción, tema del cual se hace cargo la previa declaración de admisibilidad de la acción.

5.6. La norma legal impugnada

La expresión "precepto legal", comprende la ley, la legislación delegada y la legislación irregular en general. A nuestro juicio, no cabe el control represivo y facultativo de los tratados internacionales, ya que éstos no se encuadran en el concepto de ley, sino que son una fuente de derecho internacional incorporada al derecho interno, pero cuya validez arranca de dicho orden internacional, y en la que sólo la aprobación parlamentaria de los mismos se somete a "los trámites de una ley", conforme con el artículo 54 N° 1° de la Constitución, sin perjuicio del control abstracto y preventivo encomendado al Tribunal Constitucional sobre normas de un "tratado que versen sobre materias propias" de leyes orgánicas constitucionales (artículo 93 N° 1 C.P.R.).

En este sentido, estamos de acuerdo con el fundamento contenido en el Mensaje del proyecto de ley que modifica la Ley N° 17.977, orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, que excluye a los tratados del control concreto-abstracto represivo producido en sede de acción de inaplicabilidad y de la cuestión de inconstitucionalidad. Un predicamento contrario expone el Estado de Chile a una responsabilidad de derecho internacional, en el evento que decida privar de eficacia a las normas de un tratado, los que en este punto se rigen por los principios de *pacta sunt servanda* y *bona fides*, caros principios de derecho internacional general incorporados a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1979.

³⁵ Calamandrei, Piero. "Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares" (trad. M. Ayerra M. y prólogo E. J. Couture), Librería "El Foro", Buenos Aires, 1997.

Además, la privación de efectos de un tratado se rige prevalentemente por normas de derecho internacional, y el nuevo N° 1° del artículo 54 prevé las formas que debe tener la denuncia o retiro de un tratado bilateral o multilateral; las que confieren alguna injerencia del Congreso, y en último término de resorte del Presidente de la República, único órgano supremo encargado de negociar, concluir, firmar y ratificar los tratados, conforme con el artículo 32 N° 15 de la Constitución.

La impugnación, a través de esta vía, de decretos supremos ha sido tradicionalmente rechazada; lo mismo que los reglamentos sean autónomos o de ejecución, las instrucciones y los actos administrativos en general.³⁶

La expresión "precepto legal" también comprende los decretos con fuerza de ley que fijen textos refundidos, coordinados y sistematizados de las leyes, decretos que en la actualidad tienen una habilitación constitucional en virtud de la reforma constitucional del año 2005, como se desprende del artículo 64 inciso 5° de la Constitución. También caben dentro de la expresión "precepto legal" los decretos con fuerza de ley, dictados por el Presidente de la República en virtud del acuerdo aprobatorio dado por el Congreso a un tratado internacional y para su debida ejecución, todo en virtud del inciso final del N° 1 del artículo 54 de la Constitución.

En cuanto a la entidad de la contradicción entre el precepto legal impugnado y la Carta Fundamental, la jurisprudencia de la Corte Suprema afirmaba que debía ser tal, que para declarar la inaplicabilidad, la coexistencia entre ambas normas legal y constitucional debe ser imposible, por contener normas o finalidades jurídicas contrapuestas al ser aplicadas a un negocio determinado.³⁷ Probablemente esta doctrina será mantenida por el Tribunal Constitucional, pero con dos matices. Primero, en la medida que la acción de inaplicabilidad importa un control concreto de constitucionalidad, la aludida contradicción debe resultar de la aplicación del precepto legal impugnado al asunto específico en que se constituye en derecho material aplicable. Segundo, en la medida en que la cuestión de inconstitucionalidad es un control abstracto —derivado del control concreto— la contradicción del precepto legal con la Constitución debe ser total, en el sentido antes anotado.

La inconstitucionalidad puede derivar de la oposición de una ley a cualquiera de las disposiciones de la Constitución, tanto aquellas relativas a la organización,

³⁶ Cf. Zúñiga Urbina, Francisco. *Elementos de Jurisdicción Constitucional*, ob. cit., Capítulo IV, "Jurisdicción Constitucional en Chile", N° 5, letra a), p. 157.

³⁷ Ver sentencia de la Corte Suprema citada por el *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia*, Constitución Política de la República de Chile, Ed. Jurídica de Chile, primera edición, 1993, jurisprudencia del artículo 80, número 2, letra a), p. 212.

funcionamiento y competencias de los órganos del Estado como las que aseguran y garantizan los valores, principios, derechos, deberes y garantías, porque el Poder Constituyente no ha distinguido.

5.6.1. *Trascendencia de la norma impugnada*

Los preceptos legales impugnados deben ser aplicables al negocio judicial de que se trate. Y no sólo deben ser aplicables, sino que dicha aplicación debe ser trascendente, esto es, la aplicación del precepto legal impugnado, potencialmente, puede resultar "decisivo" en la resolución del asunto materia del proceso. Hablamos de potencialidad, porque atendido que el tribunal no ha dictado sentencia de término ejecutoriada, no se sabe a ciencia cierta si, en definitiva, el tribunal ordinario o especial de la causa va a aplicar o no la norma legal impugnada. Esa aplicación en la "gestión" siempre será decidida a la hora de la sentencia y dependerá del nivel de convicción que arroje el juicio de hecho que debe realizar la sentencia y de la calificación jurídica atribuida por el Juez a dichos hechos que ha podido dar por establecidos, labor que corresponde al Juez del proceso y no al Juez constitucional.

La determinación de una mayor o menor intensidad del control del Tribunal Constitucional sobre la "gestión" o juicio para declarar la inaplicabilidad puede, eventualmente, generar conflictos entre la Jurisdicción Constitucional, el Poder Judicial y la Justicia Electoral, particularmente si se configura la tendencia a un tipo de control amplio, en que el Tribunal Constitucional tienda a declarar la inaplicabilidad de un precepto legal que potencialmente pueda ser aplicado por el tribunal ordinario o especial de la instancia; en cambio, las posibilidades de conflicto parecen disminuir si la Jurisdicción Constitucional tiende a un tipo de control restringido a aquellos preceptos legales que efectivamente deciden el asunto sometido al conocimiento de la jurisdicción común.³⁸ En suma el concepto de derecho material de la "gestión" como presupuesto procesal de la acción de inaplicabilidad admite un concepto amplio, pues comprende la "*lex decisoria litis*" y la "*lex ordenatoria litis*", y otro restringido. La reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiende a inclinarse por un concepto amplio de derecho material.³⁹

³⁸ En nuestra doctrina, Gómez Bernales denomina "control tenue" al que hemos llamado control amplio y "control estricto" al control restringido. Cf. Gómez Bernales, Gastón. "La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno", en ob. cit., pp. 676-677.

³⁹ Cf. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 472, de 30 de agosto de 2006.

5.7. La cosa juzgada que produce la sentencia

En general, la sentencia que pronuncia el Tribunal Constitucional en sede de inaplicabilidad produce efectos relativos, acotados a la gestión judicial que la motivó y respecto de quienes tienen la calidad de partes en dicha gestión. En consecuencia, produce cosa juzgada en la gestión que motivó la declaración del Tribunal Constitucional –cualquiera sea el contenido de la declaración que formula la sentencia– y en todo caso, acotada a las partes de dicha gestión.

La sentencia del Tribunal en el control de constitucionalidad, ejercido conforme con las competencias previstas en el artículo 93 N^{os} 6^o y 7^o de la Constitución, puede ser estimatoria o desestimatoria de la acción ejercitada.

La sentencia desestimatoria no agrega ninguna cualidad especial al precepto legal cuya inaplicabilidad se desestimó, toda vez que éste goza de una presunción de legitimidad constitucional, una presunción “*iuris tantum*”. Se trata de una sentencia que tiene una naturaleza declarativa. La cosa juzgada que genera esta clase de sentencias, impide al actor de la acción de inaplicabilidad desestimada, renovar su pretensión ante el Tribunal Constitucional, respecto de la misma gestión pendiente y por el mismo capítulo de impugnación.

En cambio, la sentencia estimatoria, en sede de inaplicabilidad, conlleva la inaplicación del precepto legal impugnado en la gestión pendiente que le sirvió de presupuesto procesal, por el tribunal ordinario o especial que conoce la gestión referida. Y en tal medida, tiene un efecto personal relativo –acotado a las partes de dicho juicio o gestión– y también un efecto temporal “*ex tunc*” o retroactivo. En consecuencia, se trata de una sentencia que, a partir de su dictación y notificación, produce efectos constitutivos de una situación jurídica que impide aplicar el precepto legal declarado inaplicable.

Usando una licencia lingüística y jurídica, la sentencia estimatoria de inaplicabilidad puede tener un alcance revocatorio o en su caso, casatorio, en el evento que en dicha gestión se haya dictado sentencia definitiva o interlocutoria fundada en el precepto legal declarado inaplicable *ex post*. Ello porque la sentencia que declara la inaplicabilidad conlleva un mandato para los jueces que se encuentren actualmente conociendo de tal gestión, en sede de recursos de apelación o casación, de tal modo que dichos jueces deberán necesariamente revocar o casar en el fondo, incluso de oficio, dicha sentencia. En este sentido, el Tribunal Constitucional se erige en un tribunal de super casación; y funcionalmente hablando, supraordenado al Poder Judicial y a la Justicia Electoral, en el sentido que, en lo que respecta al control de constitucionalidad de una norma legal, la única y última palabra la tiene el Tribunal Constitucional.

De manera que si prospera la acción de inaplicabilidad, siendo declarada inaplicable una norma legal a una gestión determinada, en razón de que su aplicación resulte contraria a la Constitución, esa sentencia dictada por el Juez constitucional producirá cosa juzgada en la gestión judicial concernida, quedándole al Juez de la causa vedado jurídicamente la posibilidad de aplicarla, circunstancia que lo obligará a resolver el asunto con cargo a otra norma legal o, en su defecto, tratándose de un asunto de naturaleza contenciosa civil, con cargo a los principios de equidad aplicables, toda vez que se encuentra vinculado por el principio de la inexcusabilidad que predicán los artículos 76 inciso 2° de la Carta Fundamental, 10 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales y artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil. En este sentido, se puede afirmar que, si la norma legal declarada inaplicable por el Tribunal Constitucional no puede ser aplicada por el tribunal ordinario o especial encargado de resolver la gestión en la cual incide, entonces ella pierde vigencia —fuerza normativa— en dicho asunto, produciéndose un efecto materialmente asimilable a una derogación con efectos particulares, circunscritos a dicho proceso jurisdiccional.

Cabría preguntarse entonces, ¿qué ocurriría si el tribunal de la causa, desoyendo la sentencia del Tribunal Constitucional, decide aplicar igualmente la norma declarada inaplicable a la gestión? Estimamos que, en tal caso, la sentencia dictada adolecería de un vicio de infracción de ley que influye substancialmente en lo resolutivo de ella. Se trataría de una hipótesis de falsa aplicación de esa ley, porque el tribunal aplicó a los hechos una norma legal declarada inaplicable y en consecuencia, que no se encontraba vigente para ese caso particular. Procedería, en consecuencia, la impugnación de dicha sentencia a través de un recurso de apelación, si ha sido pronunciada en primera instancia; o de casación en el fondo, si lo ha sido en alzada, haciendo consistir la infracción de la ley en una falsa aplicación de la norma declarada inaplicable, toda vez que ella ha perdido vigencia en virtud de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional referida a ese caso concreto, y por tanto, fuerza legal. E incluso, podría estimarse que se incurre en una falta o abuso grave, motivando la interposición de un recurso de queja en su contra.

Pero fuera de la "gestión" concernida por esta acción constitucional, la sola declaración de inaplicabilidad mantiene vigente el precepto legal impugnado. De manera tal que, en principio, puede ser aplicado en todo otro asunto que no sea la gestión judicial en la cual incidió, como se dijo.

Sin embargo, la declaración de inaplicabilidad hecha por el Tribunal Constitucional, puede abrir la puerta a la declaración de inconstitucionalidad de la norma legal, esta vez con efectos absolutos. En tal caso, la sentencia estimatoria de inaplicabilidad se erige en un presupuesto procesal de la declaración de inconstitucionalidad de la misma norma legal, también efectuada por el Tribunal Constitucional en conformidad con el artículo 93 N° 7 de la Constitución.

La idea, en esta materia, consiste en separar lo que constituye el control concreto de una norma legal, respecto del control abstracto de la misma, toda vez que es perfectamente posible que una norma legal resulte inaplicable —por resultar inconstitucional frente a una situación de hecho en concreto— y no resultar inconstitucional para la generalidad de los casos que ella está llamada a regular o regular. Ello porque usualmente, la ley, en su acepción de ley material al menos, es una normación general, abstracta, cierta y obligatoria; y en esa medida, para las situaciones que regula, puede ser perfectamente constitucional.

Esta declaración de inconstitucionalidad exige un quórum reforzado de cuatro quintos de los miembros en ejercicio del pleno del Tribunal Constitucional, es decir, de mínimo ocho de los diez integrantes que posee esta Judicatura (artículos 92 inciso 5° y 93 N° 7 C.P.R.).

En cuanto a la iniciativa para promover la declaración de inconstitucionalidad, ésta puede ser promovida de oficio por el Tribunal Constitucional o por cualquiera persona que tenga capacidad procesal, porque el Poder Constituyente instaura una acción popular para obtener esa declaración.

Si el Tribunal Constitucional resuelve —de oficio o mediante el ejercicio de una acción popular— declarar que la norma legal inaplicable es además inconstitucional, dicha sentencia producirá efecto nulificador o de invalidez, mal denominado “derogatorio”, de dicha norma, a contar de la fecha de publicación en el Diario Oficial, lo que debe ocurrir dentro de los tres días siguientes a su dictación, conforme con lo que dispone el artículo 94, inciso final, de la Constitución Política.

Dicha inconstitucionalidad-anulación (“derogación”) se produce siempre para el porvenir y no produce efecto retroactivo, es decir, no retrotrae sus efectos afectando procesos fenecidos en virtud de una sentencia ejecutoriada que haya podido hacer aplicación de la norma legal declarada inconstitucional. Con ello, las situaciones jurídicas nacidas al amparo de esa norma declarada inconstitucional quedan, por efecto de la institución de la cosa juzgada y por razones de seguridad jurídica, consolidadas, sin que lleguen a verse afectadas por la declaración de inconstitucionalidad.

Ello porque la sentencia estimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 93 N° 7° de la Constitución, importa una cosa juzgada cuyo contenido es la declaración de inconstitucionalidad, es decir, la anulación del precepto legal sometido a control. Y en la medida que esta cuestión de inconstitucionalidad constituye un control abstracto —que deriva de un control concreto efectuado por la sentencia constitucional que declaró inaplicable el precepto legal cuestionado—, la sentencia posee un efecto personal *erga omnes* o general y un efecto temporal “*ex nunc*” o pro futuro, salvando así el principio de seguridad jurídica. Por ello, la Constitución, incurriendo en una impropiedad del lenguaje, señala en

el artículo 94 inciso 3º que el precepto declarado inconstitucional "se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia..., la que no producirá efecto retroactivo".⁴⁰ En efecto, se trata de un efecto anulatorio y no derogatorio, pues inconstitucionalidad-anulación (nulidad) y derogación son institutos distintos, la primera (inconstitucionalidad) es una sanción máxima resultado de un sistema de garantías de tutela de la supremacía e integridad de la Constitución y la segunda (derogación) es un acto de un órgano determinado del poder estatal, que cumpliendo ciertas reglas, priva de validez y vigencia a través de un acto que posee conforme a la Constitución la aptitud derogatoria, pudiendo operar expresa o tácitamente, singular u orgánicamente.⁴¹

5.8. ¿Inconstitucionalidad sobrevenida o derogación?

Hablamos de inconstitucionalidad sobrevenida, cuando la aplicación de un precepto legal nacido al amparo de un texto constitucional deviene en inconstitucional después de una modificación introducida a la Carta o de la dictación de una nueva Constitución. La aplicación de la norma legal en cuestión, estando vigente la norma constitucional bajo cuyo amparo nació, resulta constitucionalmente incuestionable. Sin embargo, al introducirse la modificación constitucional o dictar la nueva Carta Fundamental, su aplicación se hace inconciliable con el nuevo texto constitucional.

La pregunta es: ¿dicha norma resulta derogada tácitamente por la nueva norma constitucional? O, por el contrario, ¿dicha norma legal no resulta derogada, siendo su aplicación materia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad? Este tema tiene importancia práctica, porque si optamos por la primera solución, serán los tribunales del fondo quienes, considerando derogada la norma legal, deberán resolver el asunto sometido a su conocimiento, prescindiendo de ella. Con ello, se introduce el germen de un modelo difuso de Jurisdicción Constitucional, inconciliable con la concentración y monopolio del control de constitucionalidad conferido al Tribunal Constitucional por la reforma constitucional de 2005.

En tanto que, si se sigue la segunda opción, a la cual claramente adscribimos, para que dicha norma legal deje de ser aplicada por los jueces, será nece-

⁴⁰ Cf. Artículo 94, inciso 3º, de la Constitución Política de la República, reformada mediante la Ley N° 20.050, publicada en el Diario Oficial de 26 de agosto de 2005.

⁴¹ Cf. Díez-Picazo, Luis María. *La derogación de las leyes*. Ed. Civitas. Madrid. 1990.

sario, previamente, iniciar un juicio de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional; que con la reforma constitucional del año 2005, incluso puede ser motivada por "el juez que conoce del asunto". Lo que ocurre es que, hablar de derogación, en el sentido antes indicado, es una impropiedad conceptual de fondo, ya que simplemente se trata de una inconstitucionalidad sobrevenida.

Tales normas preconstitucionales han sido consideradas, en nuestra jurisprudencia anterior a la reforma constitucional de 2005, como casos de derogación, fundados en el principio de la jerarquía normativa, razonamiento erróneo porque, en tal caso, no corresponde hablar de derogación –instituto aplicable a normas de igual o inferior rango jerárquico– excluida la Constitución.⁴² La derogación es un instituto que opera a nivel de la legislación o de la ejecución de normas, lo que quiere decir que un precepto legal sólo puede ser derogado por otra norma de igual jerarquía; pero no por la Constitución.

La competencia del Tribunal Constitucional regulada en el artículo 93 de la Constitución no distingue entre inconstitucionalidad propiamente tal e inconstitucionalidad sobrevenida, razón por la cual, procede el ejercicio de la acción de inaplicabilidad, tanto respecto de normas legales dictadas antes y después de la vigencia de la Carta Fundamental, siendo determinante para declarar la inaplicabilidad, exclusivamente la circunstancia que la aplicación de dicho precepto –pre o post constitucional– resulte contrario a la Constitución.

5.9. ¿Inconstitucionalidad de forma, competencial o de fondo?

La inconstitucionalidad de forma se produce cuando el precepto legal 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.

La inconstitucionalidad competencial se produce cuando el precepto legal excede la competencia legislativa o dominio máximo legal del artículo 63 de la Constitución; o bien, cuando el precepto legal ha sido aprobado infringiendo el reparto de competencia legislativa que la tipología de leyes interpretativas constitucionales, orgánicas constitucionales, de quórum calificado, de quórum califi-

⁴² Cf. Kelsen, Hans. *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, trad. Rolando Tamayo Salmorán. 2001. También, Kelsen, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*. México. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 5ª reimpression, trad. Eduardo García Máynez. 1995.

cadísimo y simples u ordinarias del artículo 66 contempla. Este doble reparto de competencias legislativas de los artículos 63 y 66 de la Constitución, encuentra múltiples remisiones a reservas de ley o reservas de ley de quórum especial.⁴³

La inconstitucionalidad de fondo o materia se produce cuando el precepto legal infringe una norma iusfundamental de conducta, cuyo contenido son valores, principios constitucionales, derechos, deberes y garantías constitucionales.

Tradicionalmente y como precisión de valor histórico, cabe señalar que la Corte Suprema rechazó la solicitud de inaplicabilidad de una norma legal por razones de inconstitucionalidad de forma en la tramitación legislativa, sin distinguir claramente entre inconstitucionalidad de forma y de competencia. Se afirmaba que éste era un recurso de carácter doctrinario que sólo autorizaba la declaración de inaplicabilidad por motivos de fondo cuando existía contradicción entre un precepto legal y la Constitución. La Corte Suprema sentó la doctrina de que este recurso "resguarda la constitucionalidad de fondo de las leyes, no la de forma, pues la última mira a la formación de la ley en términos que si ésta no se genera no es ley; no es la existencia de cuerpos legales lo que el recurso ampara, sino su constitucionalidad para evitar que las percepciones debidamente generadas y promulgadas como ley, contrarían los principios normativos, los derechos que concede y las garantías que otorga la Carta Fundamental". No obstante, en este tema hace tiempo ya, se había abierto una brecha en la doctrina tradicional de la Corte Suprema, cuya manifestación más reciente es el caso "Minera Tamaya" relativo a una superposición de pertenencias mineras e inaplicabilidad del artículo 96 inciso 3° del Código de Minería, en que se alegó que esa norma era materia de una ley orgánica constitucional y no obstante ello, no fue objeto del control de constitucionalidad preventivo por parte del Tribunal Constitucional, configurándose una causal de inaplicabilidad formal. Pues bien, en ese fallo, hay un voto disidente de los Ministros señores Aburto, Faúndez, Beraud y Araya, quienes estuvieron por acoger el recurso de inaplicabilidad, señalando que al no distinguir el artículo 80 de la Constitución el control jurisdiccional de la Corte Suprema se refiere a inconstitucionalidad de fondo y de forma.⁴⁴

⁴³ Cf., v. gr., el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política, que consagra la reserva legal en materia de derecho a la vida e integridad física y psíquica y, al mismo tiempo, dispone que la pena de muerte sólo puede ser establecida por delito tipificado en una ley aprobada con quórum calificado.

⁴⁴ Ver sentencias de la Corte Suprema, citadas por el *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia*, Constitución Política de la República de Chile 1980, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1ª edición, 1993, jurisprudencia del artículo 80, número 5, pp. 215-216. Ver, además, Zúñiga Urbina, Francisco. *Elementos de Jurisdicción Constitucional*, ob. cit., p. 161.

5.10. Procedimiento de la acción de inaplicabilidad y de la cuestión de inconstitucionalidad

En general, el procedimiento que rige las actuaciones del Tribunal Constitucional en el recurso de inaplicabilidad y en la cuestión de constitucionalidad, está sujeto al principio garantista del debido proceso legal, y no habiéndose modificado la Ley N° 17.997 orgánica constitucional de esta Judicatura en materia de nuevos procedimientos se aplican las normas procesales generales y especiales sobre "conflictos de constitucionalidad" (Capítulo II, Título I y II, párrafo 2). Nos recuerda un Juez constitucional: "Constituye un axioma en la Justicia Constitucional que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado".⁴⁵

5.11. Tramitación de la acción de inaplicabilidad

Consecuencia de lo expuesto, el Tribunal Constitucional pretorianamente, pero con sujeción a los principios de constitucionalidad y de inexcusabilidad propios de la jurisdicción, aplica las normas procesales generales y especiales de la Ley N° 17.997, en la medida que la inaplicabilidad y cuestión de inconstitucionalidad son "conflictos de constitucionalidad", todo sin perjuicio que en un futuro próximo el Congreso Nacional despache la modificación a la ley orgánica constitucional de esta Judicatura.

5.11.1. Normas generales de procedimiento

Las normas generales de procedimiento contempladas en el Título I del Capítulo II de la Ley N° 17.997, establecen las siguientes características de procedimiento del Tribunal Constitucional:

1° Por regla general, se trata de un procedimiento escrito, y en papel simple. Sólo excepcionalmente, si el Tribunal lo estima necesario se oirán alegatos en la forma y condiciones que determine (artículo 27 de la Ley N° 17.997).

2° La Ley 17.997, artículo 28, autoriza al Tribunal para disponer la acumulación de autos con otros conexos que justifiquen la unidad de tramitación y decisión.

⁴⁵ Cf. Colombo Campbell, Juan. "Tribunal Constitucional: Integración, Competencia y Sentencia", en Zúñiga Urbina, Francisco (coordinador): *Reforma Constitucional*. Santiago, Ed. LexisNexis. 2005, p. 566.

3° La ley citada, artículo 29, también dispone, como regla general, la resolución de los asuntos sometidos al conocimiento del Tribunal por orden de antigüedad, salvo que motivos justificados exijan alterar dicho orden.

4° El artículo 30 de la ley orgánica del Tribunal lo faculta para decretar las medidas conducentes a la más adecuada sustanciación y resolución del asunto que conozca. Para estos efectos, el inciso 2° de la norma citada, autoriza al Tribunal para requerir "de cualquier poder, órgano o autoridad; organización y movimiento o partido político, según corresponda, los antecedentes que estime convenientes y éstos estarán obligados a proporcionárselos oportunamente".

5° El artículo 31 de la ley referida dispone los requisitos de las sentencias del Tribunal Constitucional, remitiéndose al cumplimiento de los requisitos contemplados en los números 1° a 6° del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil.

El inciso 2° del citado artículo 31 establece el deber de dejar constancia en el fallo respectivo los votos disidentes o de minoría.

6° El artículo 32 de la Ley N° 17.997 establece el carácter de tribunal de única instancia, pues contra las sentencias del Tribunal Constitucional no procede recurso alguno. Sólo se contempla una especie de recurso de aclaración o de rectificación que procede de oficio o a petición de parte y sólo si se hubiere incurrido en un error de hecho, para cuyos efectos las partes disponen de un plazo de siete días contados desde la notificación de la resolución respectiva. El Tribunal se pronunciará de plano sobre esta solicitud.

7° Finalmente, el artículo 33 de la Ley N° 17.997 prescribe que los plazos de días establecidos en la presente ley serán de días corridos y no se suspenderán durante los feriados.

Por otra parte, el Título II de la Ley N° 17.997, establece las normas especiales de procedimiento, distinguiendo para el efecto las normas relativas al control obligatorio de constitucionalidad de las normas especiales de procedimiento referidas a los conflictos de constitucionalidad, relativas a las inhabilidades e incompatibilidades de los Ministros de Estado y Parlamentarios, y a los atentados contra el ordenamiento institucional.

5.11.2. *Normas especiales de procedimiento sobre conflictos de constitucionalidad.*

Se encuentran contenidas en el Capítulo II, Título II, Párrafo 2, de la Ley N° 17.997 (artículos 38 a 50): Normas de procedimiento especial para resolver

las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso.

Esta norma corresponde literalmente a la atribución señalada en el antiguo artículo 82 N° 2, de la Constitución Política, antes de la reforma constitucional de 2005, Ley N° 20.050, publicada el 26 de agosto de 2005.

Se trata de un control facultativo y preventivo que debe conocer y resolver el Tribunal necesariamente en pleno (art. 92, inciso 5°).

El Tribunal sólo actúa a petición de los órganos constitucionalmente facultados en los términos señalados en el artículo 93, inciso 4°: “En el caso del N° 3, el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación”.

El artículo 93, incisos 5° y 6°, respecto a esta atribución, disponen: “El Tribunal deberá resolver dentro del plazo de diez días contados desde que reciba el requerimiento, a menos que decida prorrogarlo hasta por otros diez días por motivos graves y calificados”.

“El requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto; pero la parte impugnada de éste no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo referido, salvo que se trate del Proyecto de Ley de Presupuestos o del proyecto relativo a la declaración de guerra propuesta por el Presidente de la República”.⁴⁶

Por su parte, la Ley N° 17.997 contempla normas de procedimiento especial aplicable al antiguo artículo 82 N° 2 de la Constitución Política. Actualmente, dicha referencia debe entenderse hecha al actual artículo 93 N° 3, después de la reforma constitucional de 2005, el cual corresponde literalmente al referido artículo 82 N° 2.

Dichas normas son las siguientes, según disponen los incisos 2°, 3° y 4°, del artículo 38 de la Ley N° 17.997:

⁴⁶ Estos dos incisos corresponden literalmente a los incisos 5° y 6° del antiguo artículo 82 de la Constitución Política anterior a la Reforma Constitucional de la Ley N° 20.050.

“El requerimiento del Presidente de la República deberá llevar, también, la firma del Ministro de Estado correspondiente.

Cuando el requirente fuera alguna de las Cámaras, la comunicación deberá ser firmada por el respectivo Presidente y autorizada por el Secretario.

Si el requerimiento emanare de una cuarta parte de los miembros en ejercicio de una de las Cámaras, podrá formularse por conducto del Secretario de la respectiva Corporación o directamente ante el Tribunal. En uno y otro caso, deberán firmar los parlamentarios ocurrentes y autorizarse su firma por el Secretario señalado o por el del Tribunal Constitucional. Siempre deberá acreditarse que los firmantes constituyen a lo menos el número de parlamentarios exigidos por la Constitución. En el respectivo requerimiento deberá designarse a uno de los parlamentarios firmantes como representante de los requirentes en la tramitación de su reclamación”.

El artículo 40 de la Ley N° 17.997 establece que “Una vez recibido el requerimiento por el Tribunal Constitucional”, éste tiene el deber de comunicar al Presidente de la República “la existencia de la reclamación para que se abstenga de promulgar la parte impugnada del respectivo proyecto, salvo las excepciones señaladas en el inciso sexto del artículo, 82 de la Constitución Política”. Esta última referencia normativa debe entenderse actualmente hecha al artículo 93, inciso 5°, de la Constitución Política después de la reforma de la Ley N° 20.050, al cual corresponde literalmente.

El artículo 39 de la Ley N° 17.997, establece los requisitos de admisibilidad, de fondo y de forma que debe reunir el requerimiento, en los siguientes términos:

“El requerimiento deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo. Se señalará en forma precisa la cuestión de constitucionalidad y, en su caso, el vicio o vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación de las normas que se estiman transgredidas. Al requerimiento deberán acompañarse, en su caso, copias íntegras de las actas de sesiones de sala o comisión en las que se hubiere tratado el problema y de los instrumentos, escritos y demás antecedentes invocados.

En todo caso se acompañará el proyecto de ley, de reforma constitucional o tratado, con indicación precisa de la parte impugnada”.

El artículo 41 de la Ley N° 17.997, por su parte, dispone:

“Si el requerimiento no cumple con las exigencias establecidas en el artículo 39 de la presente ley, el Tribunal podrá, por resolución fundada, no admitirlo a tramitación. La resolución se comunicará a quien hubiere recurrido”.

“Los interesados, dentro de tres días contados desde la fecha de la comunicación, podrán subsanar los defectos de su requerimiento o completar los antecedentes que hubieren omitido. Si así no lo hicieren, el requerimiento se tendrá por no presentado para todos los efectos legales”.

“Si transcurrido el plazo señalado en el inciso anterior no se hubieren subsanado los defectos del requerimiento o no se hubieren completado los antecedentes, el Tribunal comunicará este hecho al Presidente de la República para que proceda a la promulgación de la parte del proyecto que fue materia de la impugnación”.

El artículo 42 de la Ley N° 17.997, dispone: “Admitido a tramitación un requerimiento, deberá ponerse en conocimiento de los órganos constitucionales interesados, enviándoles copia de él, quienes dispondrán de cinco días, contados desde la fecha de la comunicación, para hacer llegar al Tribunal las observaciones y los antecedentes que estimen necesarios. Transcurrido dicho plazo, el Tribunal procederá con la respuesta o sin ella”.

El artículo 43 de la Ley N° 17.997 prescribe: “Una vez evacuados los trámites o diligencias anteriores, el Presidente ordenará traer los autos en relación y el asunto quedará en estado de tabla.

Oída la relación y producido el acuerdo, se designará Ministro redactor”.

El artículo 44 de la Ley N° 17.997 dispone: “El Tribunal podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad, respecto de las normas cuestionadas, en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya sido o no invocado en el requerimiento.

Finalmente, el artículo 45 de la Ley N° 17.997, dispone: “Las sentencias se comunicarán al requirente y, en su caso, al Presidente de la República, al Senado, a la Cámara de Diputados y a la Contraloría General de la República, para los fines a que hubiere lugar”.⁴⁷

5.12. Examen de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad

El ámbito del examen de admisibilidad que realiza el Tribunal Constitucional, se circunscribe a la revisión de los siguientes aspectos: i) La existencia de la

⁴⁷ La referencia al antiguo artículo 83 de la Constitución Política que hace el inciso 2°, del artículo 45 de la Ley N° 17.997, ha perdido sentido, toda vez que la Ley N° 20.050 derogó el artículo 83, al establecer la concentración del control constitucional en el Tribunal Constitucional.

gestión judicial que da origen a la pretendida declaración de inaplicabilidad, sea ante un tribunal ordinario o especial.⁴⁸ Si no se acredita la existencia de dicha gestión, la solicitud de inaplicabilidad será declarada inadmisibile. ii) Debe revisar que dicha gestión se encuentre pendiente, en los términos antes dichos.⁴⁹ Si la gestión judicial no se encuentra pendiente, atendido el carácter concreto que tiene esta acción, será declarada inadmisibile, porque la declaración pretendida carecerá de objeto; iii) Debe resolver que la aplicación del precepto legal cuestionado puede resultar decisivo en la resolución del asunto. En suma, la norma impugnada debe tener el carácter de derecho material o de "*lex decisoria litis*", en términos tales que su aplicación a la gestión pendiente pueda resultar contraria a la Constitución; lo que según hemos dicho admite un concepto amplio y otro restringido. Lo que pretende el Constituyente es que el resultado jurisdiccional de la gestión judicial, esto es, la sentencia —que en su día quedará amparado por la autoridad y eficacia de la cosa juzgada— no se funde en una norma legal que atente contra la Carta Fundamental; iv) Debe cerciorarse que el requerimiento (demanda) de inaplicabilidad se encuentre fundada razonablemente. Para que el Tribunal Constitucional quede en condiciones de resolver el conflicto que plantea la solicitud de inadmisibilidat, debe conocer previamente sus fundamentos, puesto que precisamente tales fundamentos constituirán el asunto controvertido que deberá ser resuelto. De manera tal que no basta con impugnar una norma de inconstitucional, sino que también deben fundarse *prima facie* al menos en la configuración de vicios de inconstitucionalidad material, formal y competencial. De otra manera, la solicitud de inaplicabilidad será declarada inadmisibile; y v) Finalmente, debe revisar que se hayan cumplido las restantes "requisitos" que establezca la ley;⁵⁰ remisión que deja la puerta abierta a otros presu-

⁴⁸ La exigencia del artículo 93 N° 6 de la Constitución, de una gestión pendiente ha suscitado algunas preguntas respecto a la aplicación de esta normativa a los procesos arbitrales, a los tribunales de lo contencioso administrativo, y a la protección de los amparos (artículos 20 y 21 de la Constitución). Respecto a este último punto el profesor Colombo estima que si los Tribunales que conocen de estas acciones de protección o de amparo "se enfrentan a una inconstitucionalidad, deben recurrir al Tribunal Constitucional para que decida previamente el conflicto de constitucionalidad", basado en las atribuciones privativas que la reforma constitucional de 2005 concentró en el Tribunal Constitucional. Cf. Colombo Campbell, Juan. "El requerimiento de Inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. Artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República", ob. cit., p. 11.

⁴⁹ Al respecto, el profesor Colombo ha destacado los problemas prácticos que ha suscitado la acreditación de este requisito "por cuanto la ley no ha resuelto si este antecedente debe ser presentado por la parte, o si el Tribunal deberá oficiar para que se lo certifiquen. Paulatinamente la jurisprudencia deberá ir precisando hasta cuándo hay gestión pendiente, entendiéndose por ahora, que la hay mientras la sentencia que lo resuelva no esté ejecutoriada". Colombo Campbell, Juan. "El requerimiento de Inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. Artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República", ob. cit., pp. 18-19.

⁵⁰ Entre ellos, el profesor Colombo Campbell destaca la exigencia de que el requerimiento "venga patrocinado por abogado habilitado y se confiera poder en los términos indicados en la Ley N° 18.120". Colombo Campbell, Juan. "El requerimiento de Inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. Artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República", ob. cit., p. 20.

puestos adicionados por el legislador orgánico y a la herramienta procesal de un anómalo "*writ certiorari*" o juicio discrecional residual de admisibilidad.

El examen de admisibilidad es realizado por una de las salas del Tribunal Constitucional y la resolución que se pronuncie sobre la admisibilidad de la solicitud de inaplicabilidad es un auto de admisión o inadmisión, que no admite recurso alguno; pero el mismo Tribunal puede rectificar esta resolución, si hubiere incurrido en un error de hecho al pronunciarse sobre la admisibilidad de la solicitud de inaplicabilidad.

5.13. Suspensión del procedimiento

El Tribunal Constitucional debe resolver, en la misma Sala, la suspensión del procedimiento de la gestión en la cual incide la solicitud de inaplicabilidad, evitando de esta forma que la declaración de inaplicabilidad hecha por la sentencia del Juez constitucional llegue a la gestión judicial después de la hora de la cosa juzgada.

Si llega así de tarde, la sentencia que declare la inaplicabilidad quedará impedida –por fuerza de la cosa juzgada, la que tiene apoyatura constitucional en el artículo 76 inciso 1° de la Constitución– de producir los efectos jurídicos que le son propios, toda vez que el tribunal ordinario o especial que conoce de la gestión concernida habrá dictado sentencia ejecutoriada, aplicando o no el precepto legal impugnado, sin que el Juez constitucional haya dictado sentencia, resolviendo el conflicto constitucional planteado.

Para evitar esa situación, que afecta el prestigio y la posición institucional de la Judicatura Constitucional, el Poder Constituyente derivado establece la posibilidad de disponer la suspensión del procedimiento.⁵¹

No obstante, atendido que el conflicto planteado en una acción de inaplicabilidad es finalmente una cuestión de derecho –aplicación de una norma que

⁵¹ El profesor Colombo Campbell ha planteado tres importantes cuestiones procesales al respecto. En primer lugar, si el Tribunal puede ordenar la suspensión de oficio, "en consideración a que la Constitución señala que a esta misma Sala le corresponderá 'resolver' la suspensión". En segundo lugar, si la suspensión, una vez denegada, puede ser solicitada nuevamente, a su juicio "este tema debe ser resuelto por la ley. Mientras tanto el Tribunal ha decidido, cuando deniega agregarle 'por ahora', por lo cual no pierde su competencia para decretarla posteriormente" y, en tercer lugar, si el Tribunal tiene competencia para revocar una suspensión ya acogida, a su juicio, "este tema igualmente debe ser decidido por la ley y no se ha suscitado hasta el momento". Colombo Campbell, Juan. "El requerimiento de Inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. Artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República", ob. cit., pp. 13-14.

resulte inconstitucional— es claro que el momento en que esa situación puede consumarse, es en el momento de la sentencia y no durante la substanciación de la gestión judicial concernida. Atendida esa circunstancia, y para evitar un retraso innecesario en la tramitación del asunto —léase discusión y prueba— se podría circunscribir en la perspectiva de *lege ferenda* la suspensión del procedimiento, desde el momento en que la gestión quede en estado de sentencia o el incidente planteado en ella, quede en estado de ser resuelto.

5.14. Contestación de la demanda de inaplicabilidad

Si la demanda de inaplicabilidad es declarada admisible por una de las salas del Tribunal Constitucional, la causa pasa por intermedio del Presidente de esta Judicatura al pleno. El Tribunal deberá conferir traslado a las partes legitimadas o interesadas, aplicándose además en la actualidad el artículo 41 de la Ley N° 17.997.

En todo caso, concluidos los trámites reseñados sumariamente, se dicta el decreto autos en relación.

5.15. Vista de la causa

Conforme con lo que dispone el artículo 93 de la Constitución Política, el Tribunal Constitucional conoce de la acción de inaplicabilidad en pleno, y deberá constituirse con un quórum de a lo menos ocho de sus miembros.

Una vez concluida la vista de la causa, el asunto quedará en estado de acuerdo. En general, el acuerdo es un acto privado de los jueces de los tribunales colegiados que consiste en provocar y recibir a votación cada uno de los puntos que deberá comprender el fallo de un asunto sometido a su conocimiento, conforme a la Constitución y la ley, que comprende la designación de un ministro redactor.

El acuerdo del Tribunal Constitucional para declarar inaplicable la norma legal cuestionada requiere de un quórum reforzado de mayoría de sus miembros en ejercicio, lo que significa que deben concurrir a formar el acuerdo seis miembros del tribunal, tanto sobre la inaplicabilidad decidida cuanto sobre sus fundamentos, esto es, debe también existir esa mayoría cualificada sobre un fundamento, a lo menos, en apoyo de cada uno de los puntos que comprenda el fallo.

Si no se reúne ese quórum para adoptar el acuerdo de declarar inaplicable el precepto legal cuya aplicación ha sido impugnada, la sentencia definitiva pro-

nunciada por el Tribunal Constitucional debe ser necesariamente desestimatoria, aunque exista mayoría de votos de los miembros presentes que estén por acoger la solicitud de inaplicabilidad. En tal caso, por no reunirse la mayoría de miembros en ejercicio requerida por la Constitución, la acción de inaplicabilidad deberá ser forzosamente desestimada.

5.16. Recursos contra la sentencia dictada por el tribunal constitucional

Conforme con el artículo 94, inciso 1° de la Constitución Política, contra las resoluciones que dicte el Tribunal Constitucional no procede recurso alguno. En consecuencia, la sentencia definitiva que dicta lo es en única instancia. Es una consecuencia de la autonomía e independencia constitucional de esta Judicatura, la cual ni siquiera está sometida a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, conforme con lo dispuesto en el artículo 82 de la Carta Fundamental.

En consecuencia, no procede ningún recurso para impugnar la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional, ni ordinario ni extraordinario.

Ello se entiende sin perjuicio de que el mismo Tribunal puede, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que haya incurrido.

6. CONCLUSIONES PROVISIONALES

La actual teoría y práctica del recurso de inaplicabilidad y de la cuestión de inconstitucionalidad en el artículo 93 N° 6 y N° 7 de la Constitución Política, merece algunas observaciones críticas:

1° En primer lugar, cabe reconocer un gigantesco avance en cuanto se ha establecido un control exclusivo y privativo de constitucionalidad radicado en el Tribunal Constitucional (monopolio y concentración), que conoce de la acción de inaplicabilidad y de la cuestión de inconstitucionalidad,⁵² reforzando su carácter garantista.⁵³

⁵² En este sentido, cf., v. gr., Ríos, Lautaro. "El Nuevo Tribunal Constitucional", en Zúñiga Urbina, Francisco (coordinador): *Reforma Constitucional*, ob. cit., p. 644.

⁵³ Cf. Gómez Bernal, Gastón. "La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno", en ob. cit., p. 682.

2° Asumimos una perspectiva crítica de la norma iusfundamental del artículo 94, inciso 3° de la Constitución Política, en relación con la declaración de inconstitucionalidad referida a los numerales 2, 4 y 7 del artículo 93, fundamentalmente por dos razones:

a) La principal consiste en la confusión conceptual expresada en relación con el precepto declarado inconstitucional, el cual "se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia...", en circunstancias que estamos en presencia de una inconstitucionalidad que produce un efecto anulatorio.

b) También criticamos el efecto temporal "*ex nunc*" asignado a dicha sentencia ("la que no producirá efectos retroactivos", art. 94, inciso 3° citado), por constituir una regla excesivamente rígida, "ya que en algunos casos excepcionales se puede requerir que la sentencia pueda generar efectos '*ex tunc*'".⁵⁴

3° Por otra parte, se ha criticado la circunstancia de que la cuestión de inconstitucionalidad requiera "de la existencia de una sentencia previa declarativa de la inaplicabilidad de la misma norma, lo cual esteriliza su eficacia".⁵⁵ Tal crítica no la compartimos, ya que el hibridaje "inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad" no es completo y se diferencia entre control concreto y control abstracto.

4° También consideramos un avance la superación de la exclusión de la inconstitucionalidad de forma y de competencia del control constitucional, y después de la reforma constitucional de 2005, la doctrina estima ampliamente que las objeciones tradicionales han perdido validez y, por tanto, la inaplicabilidad se entiende tanto respecto de inconstitucionalidad de fondo, de competencia y de forma atribuibles a un precepto legal, con lo cual se refuerza el principio de supremacía constitucional.⁵⁶

5° En cuanto a la suspensión del procedimiento recaída en la gestión seguida ante un tribunal ordinario o especial; en sede de inaplicabilidad la sala respectiva del Tribunal Constitucional puede decretarla, fundada en último término en la necesidad de que la eventual declaración de inaplicabilidad contenida en una

⁵⁴ 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*, ob. cit., p. 615.

⁵⁵ Ríos, Lautaro. "El Nuevo Tribunal Constitucional", en Zúñiga Urbina, Francisco (coordinador). *Reforma Constitucional*, ob. cit., p. 650. El autor, p. 647, destaca el contrasentido que implica otorgar acción pública para requerir tal declaración, si antes se ha establecido un requisito previo que dificulta la declaración de inconstitucionalidad.

⁵⁶ Cf., v. gr., Gómez Bernales, Gastón. "La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno", en ob. cit., pp. 674-675.

sentencia estimatoria produzca los efectos jurídicos que le son propios. Sin embargo, se ha hecho presente la posibilidad de generar naturales tensiones entre la Jurisdicción Constitucional, el Poder Judicial y la Justicia Electoral; pero, a la vez, el instituto de la suspensión del procedimiento resguarda el principio de supremacía constitucional.⁵⁷

6° En relación con el cumplimiento de la sentencia de inaplicabilidad del Tribunal Constitucional se han planteado dudas, particularmente por la ausencia de "un amparo de derechos fundamentales contra sentencias, como se propuso, pero, en definitiva, no se contempló en la reforma".⁵⁸

7° Por otra parte, la asimetría de quórum necesario para declarar la inaplicabilidad (mayoría de miembros en ejercicio) y para declarar la inconstitucionalidad (cuatro quintas partes de miembros en ejercicio), considerándose altísimo y desusado este último quórum, el que ha sido cuestionado en la medida en que revela una incomprensible desconfianza hacia el mecanismo de control de constitucionalidad, al establecer un bloqueo de una exigua minoría para la declaración de inconstitucionalidad de un precepto ya declarado inaplicable por inconstitucional.⁵⁹

8° La diferente redacción del artículo 93 N° 6 de la Constitución Política respecto de la norma legal cuestionada: "precepto legal cuya aplicación (...) resulte contraria a la Constitución", en relación a la disposición equivalente del derogado artículo 80 ("todo precepto legal contrario a la Constitución"), puede, tal vez, mostrar la tendencia a exigir "que los preceptos legales demuestren en la práctica—en su aplicación concreta— que infringen la Constitución",⁶⁰ lo que implicaría, según Nogueira Alcalá, una manifestación de desconfianza en la eficacia de los controles abstractos.⁶¹

⁵⁷ Cf. Gómez Bernales, Gastón. "La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno", en ob. cit., p. 678.

⁵⁸ Cf. Gómez Bernales, Gastón. "La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno", en ob. cit., p. 678.

⁵⁹ Se trata de un quórum que se configura como contramayoritario en una institución contramayoritaria. Cf. 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 ob. cit., p. 601; también, cf. Gómez Bernales, Gastón. "La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno", en ob. cit., p. 682.

⁶⁰ 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 ob. cit., p. 682.

⁶¹ Cf. 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 ob. cit., p. 682.

9° En relación con el efecto relativo de la sentencia de inaplicabilidad, se ha planteado que, en términos generales, la disposición del artículo 3°, inciso 2° del Código Civil, es rigurosamente aplicable a la parte resolutive de los fallos; pero que la parte considerativa de la sentencia, particularmente, la "*ratio decidendi*" (sin entrar en el debate acerca del valor de los "*obiter dicta*") en lo que dice relación con los principios de razonabilidad aplicables como fundamento de la decisión jurisdiccional, debiera constituir un conjunto con una mínima coherencia en el ejercicio de la Jurisdicción Constitucional.⁶²

10° En relación a los sujetos de legitimación activa contemplados en el recurso de inaplicabilidad, las partes o el Juez que conoce del asunto, la doctrina comparada valora positivamente esta extensión que no implica una politización de la justicia, sino el reconocimiento de la pluralidad de partes en el proceso, propio de una democracia constitucional.⁶³

BIBLIOGRAFÍA

- Bertelsen Repetto, Raúl. "La Jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el Recurso de Inaplicabilidad (1981-1985)". *Revista de Derecho Público* N°s 37-38, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1985.
- Bielsa, Rafael. *La Protección Constitucional y el Recurso Extraordinario*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1958.
- Bulnes Aldunate, Luz. "El Recurso de Inaplicabilidad en la Constitución", *Revista Gaceta Jurídica* N° 38, Anexo. Santiago, 1983.

⁶² En este sentido, v. gr., Martínez Estay considera que "los principios de igualdad y razonabilidad, llevan a concluir que los criterios de justicia, que son plasmados en la parte considerativa de las sentencias, deben ser siempre aplicados en casos similares. Martínez Estay, José Ignacio: "Recurso de Inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y Juez Ordinario en la Reforma Constitucional", en Nogueira Alcalá, Humberto (coordinador). *La Constitución reformada de 2005*, ob. cit., p. 470.

⁶³ "Esta generalización de la facultad de cuestionar la constitucionalidad de las leyes ha de ser considerada sin duda como un avance técnico de primera magnitud. Es cierto que así se evidencia que no todos los jueces comparten la misma concepción sobre elementos esenciales del ordenamiento, pero esta patentización, por así decir, de la realidad, no implica, como desde algunos sectores doctrinales se ha llegado a afirmar, una politización de la justicia. Es simplemente, la admisión, como componente normal de un orden jurídico-político libre, de una realidad viva, de la permanente tensión entre diversas concepciones de la libertad y el orden, que genera el dinamismo social y permite, a su vez, mantenerlo". Rubio Llorente, Francisco. "Once tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa", en Soberanes Fernández, José Luis (compilador). *Tendencias actuales del Derecho*. 2001, México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2ª edición, p. 351.