

Valeria Lübbert Álvarez\*

# El proceso legislativo frente a los jueces: El caso de la inaplicabilidad por vicios de forma

## The legislative process against judges: The case of inapplicability on procedural grounds.

### Resumen

El presente trabajo describe los principales mecanismos para controlar la inconstitucionalidad de la ley, y su aplicación, una vez que esta se encuentra vigente, y analiza la idoneidad de tales mecanismos para controlar vicios de forma. Luego de analizar la naturaleza de los vicios de forma y del control concreto de constitucionalidad, el trabajo concluye que no procede la inaplicabilidad por vicios de forma. Finalmente analiza la jurisprudencia constitucional sobre la materia y se presentan algunas conclusiones.

### Palabras claves

Control de constitucionalidad. Jurisprudencia.

### Abstract

This paper describes the main mechanisms to control the constitutionality of the law and its implementation, once it is in force, and analyzes the suitability of such mechanisms to control defective. After analyzing the nature of the errors of form and specific control of constitutionality, the paper concludes that the application is inapplicable on procedural grounds. Finally analyzes the constitutional jurisprudence on the subject and presents some conclusions.

*\*Abogada Asistente  
del Tribunal  
Constitucional.*

### Keywords

Control of constitutionality. Jurisprudence.

## I Introducción<sup>1</sup>

Como sabemos, los vicios de constitucionalidad pueden clasificarse en vicios de fondo y vicios de forma. Los vicios de fondo son aquellos en que el contenido normativo de un precepto legal se opone a la Constitución. Los vicios de forma, en cambio, nada dicen sobre el contenido de un precepto, sino que se refieren al proceso de su creación. Se produce un vicio de forma cuando no se han cumplido las normas constitucionales que regulan la formación de la ley.

Ambas categorías son independientes: un vicio de fondo no necesariamente se vincula con un vicio de forma, y viceversa. Si bien entre el proceso legislativo que debe observarse y el contenido de la disposición a crear es posible establecer cierta vinculación<sup>2</sup>, ella siempre accidental. Así, el contenido de un precepto puede ajustarse perfectamente a la Constitución, no obstante que el proceso de su formación ha infringido lo dispuesto en ella en términos procesales; o bien el contenido de un precepto puede ser inconstitucional, pese a haber respetado todas las etapas y requisitos de forma exigidos para su creación.

Tradicionalmente, desde que existe algún nivel de consenso en la necesidad de hacer efectivo el principio de supremacía constitucional, no se ha cuestionado que los tribunales –ordinarios o constitucionales, dependiendo del sistema– puedan contrastar el contenido de la Constitución con el contenido de la norma que pretenden aplicar. Lo mismo se predica del proceso de formación de la ley. Ello ha sido entendido como una derivación del principio de supremacía constitucional. Se plantea que no sería posible distinguir entre normas principales y sustantivas frente a normas accesorias y adjetivas, pues todas ellas serían de la misma naturaleza y valor, por lo que las violaciones de cualquiera de ellas quedarían sometidas a control de constitucionalidad<sup>3</sup>.

Los mecanismos de control que se han establecido para cada tipo de vicio –de forma o de fondo–, sin embargo, no son idénticos, y es correcto que así sea. El objetivo de este trabajo, entonces, es analizar desde una perspectiva crítica la procedencia de control constitucional sobre vicios de forma por los jueces, especialmente por el Tribunal Constitucional a través de la acción de inaplicabilidad.

<sup>1</sup> La autora agradece los comentarios recibidos de parte de Pilar Arellano, Diego Pardo y José Antonio Viera-Gallo.

<sup>2</sup> En la medida que existen casos en que el proceso legislativo se determina en razón del contenido de la ley. Como ocurre en los casos en que las reglas que ordenan el proceso legislativo prescriben que ciertas materias son de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (Artículo 65 incisos 4 y 5 CPR), o que deben ser ingresadas a discusión por una determinada Cámara (Artículo 65 incisos 2 y 3 CPR).

<sup>3</sup> Cajas, M. (?): *Origen del control constitucional de las leyes por vicios de forma en Colombia (1910- 1952)*. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio, p. 144. En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/10.pdf>. En el mismo sentido, Gastón Gómez, citado por Verdugo, S. (2010): “Inaplicabilidad y vicios de forma: ¿un problema resuelto?”. *Revista de Derecho*, Vol. 23, N°2, Valdivia, nota al pie N° 19; y Peña, M. (2011): “Acción de inconstitucionalidad y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios sobre justicia constitucional. Libro homenaje a la profesora Luz Bulnes Aldunate*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

¿Es posible que una vez vigente una ley, ésta o su aplicación pueda ser declarada inconstitucional en razón de no haber respetado las normas constitucionales que regulan el proceso de formación de la ley? ¿Qué consecuencias se siguen de esto?

En primer lugar me referiré a la naturaleza del proceso legislativo, en el cual se producen los vicios de forma. Enseguida analizaré los diversos mecanismos de control de vicios de forma. En tercer lugar me referiré a las respuestas doctrinarias y jurisprudenciales sobre la materia en relación a la naturaleza de la acción de inaplicabilidad. Finalmente apuntaré algunas conclusiones u observaciones de cierre.

## II El proceso legislativo y sus vicios

### A. Distintas clases de vicios de forma

Analizar el control constitucional de los vicios de forma requiere comprender la naturaleza del proceso de formación de la ley y de las normas que lo regulan. En la medida que los jueces constitucionales u ordinarios inciden en la determinación de las reglas conforme a las cuales se dará origen a la ley, es preciso analizar qué principios rigen el proceso de formación de la ley y en qué medida estos podrían verse afectados por la intervención de los jueces ordinarios o constitucionales<sup>4</sup>.

El proceso legislativo, si bien difiere de otros procesos de toma de decisiones (como el judicial o el administrativo) en su objetivo, posee un aspecto común con ellos: es instrumental a un fin. Es decir, el proceso legislativo, como todo proceso, debe ser entendido de modo funcional<sup>5</sup>. Su finalidad es dar lugar a la correcta formación de la ley<sup>6</sup>. En un Estado democrático de derecho, es en el contexto del proceso de formación de la ley donde paradigmáticamente se materializa la voluntad popular. Hacer eso posible es la finalidad del proceso legislativo.

Las reglas que dan forma a este proceso establecen quiénes pueden intervenir en la formación de la ley, las distintas atribuciones de tales intervinientes durante el proceso, las etapas y el camino que debe seguir un proyecto de ley, la forma para dirimir los

<sup>4</sup> Desde la perspectiva de *Public Choice*, por ejemplo, el estudio de las reglas del proceso legislativo es útil para determinar cuán estricto debe ser al análisis del contenido de ciertas leyes por parte del Tribunal Constitucional. Se plantea que el rol del Tribunal Constitucional, a la hora de controlar las leyes, debería tener mayor cuidado al analizar aquellas cuyo contenido establece beneficios a minorías o sectores específicos de la sociedad. Véase: García, J. (2008): "El Proceso Legislativo sin Romance: implicancias para el diseño constitucional chileno", *Revista Ius Et Praxis*, N°2, año 14, Talca; García, J. y Soto S. (2009): "Una mirada económica al diseño constitucional chileno: Impacto sobre el proceso legislativo y la acción de los grupos de interés", *Revista Ius et Praxis*, N°1, año 15, Talca.

<sup>5</sup> Lübbert, V. (2010): "Control Constitucional Provocado del Procedimiento Legislativo", *Revista Hemiciclo*, N° 2, Valparaíso, p. 36.

<sup>6</sup> Biglino, P. (1991): *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 54.

conflictos que se produzcan entre sus intervinientes, por ejemplo. En este contexto, el control constitucional del proceso legislativo debe respetar los propios principios de la configuración constitucional de este permitiendo la participación inclusiva de las minorías y una adecuada deliberación<sup>7</sup>.

En consecuencia, es preciso distinguir vicios relevantes de aquellos que no lo son. No todo incumplimiento de una forma o regla procesal relativa a la creación de la ley debe ser sancionada por el Tribunal. En ciertos casos, como por ejemplo cuando una ley definitivamente aprobada no respetó el límite de días de urgencia, o cuando no se acompaña el informe financiero de un proyecto que implica gasto cuando es requerido por el Congreso, mas no cuando se ingresa el proyecto, sancionar el vicio o la infracción procesal resulta más perjudicial y desatiende el hecho de que la tramitación ya ha continuado su curso sin generar agravio significativo para ninguno de los partícipes del proceso legislativo.

Como en todo proceso, la infracción a sus reglas solo puede sancionarse si esta importa un perjuicio o agravio. De no ser así, no procede declarar la nulidad de la actuación. La noción procesal de perjuicio en este caso se vincula a la imposibilidad de deliberación o a la afectación de los derechos de los intervinientes en el proceso legislativo<sup>8</sup>. Desde luego, no se producirá tal perjuicio si la actuación, pese a haberse desarrollado con infracción a las reglas del proceso, ha logrado cumplir el objetivo que se pretendía alcanzar<sup>9</sup>. Un claro ejemplo de esta situación es el retardo en el envío del informe financiero, que pese a no acompañarse en el momento de ingreso del proyecto, pero se acompañe antes que se apruebe el proyecto.

¿Cómo sabemos que existe tal perjuicio? En primer lugar, deben alegarlo los legitimados para intervenir en el proceso legislativo a través de la cuestión de constitucionalidad prevista en el artículo 93 N°3 de la Constitución. Si no se alegan tales vicios, precluye la oportunidad de invocarlos y no es posible verificar la existencia de un perjuicio, a menos que el Tribunal deba pronunciarse ejerciendo control preventivo obligatorio (artículo 93 N°1 de la CPR). La Constitución no establece acción pública en este caso. En segundo lugar, es preciso que efectivamente se constate que el perjuicio invocado se produjo. Ello requiere que el vicio sea de relevancia, y que se encuentre consolidado. Solo son relevantes las infracciones a normas constitucionales, no así las infracciones a las normas de la Ley Orgánica del Congreso Nacional o a los Reglamentos de las

<sup>7</sup> “Como lo muestra Ely, la potencialidad que este enfoque asigna al control judicial de constitucionalidad es sumamente amplia; por ejemplo, abarca no sólo aquéllas condiciones que hacen a la participación igualitaria de minorías discretas e insulares (...), sino que también determina algunas condiciones que el proceso legislativo debe satisfacer. Por ejemplo, si bien los jueces no deben entrar a valorar la validez de las razones que tiene el legislador o un órgano ejecutivo para dictar una norma jurídica, sí tiene que exigir que haya tales razones”. Nino, C. (2005): *Fundamentos de derecho constitucional*. Editorial Astrea, Buenos Aires, p. 696.

<sup>8</sup> Lübbert, V. (2010): “Control Constitucional Provocado del Procedimiento Legislativo”, *op. Cit.* p. 36.

<sup>9</sup> Biglino P. (2001): “Parlamento, principio democrático y justicia constitucional”, *Revista de Derecho*, Vol. XII, Valdivia, p. 189.

Cámaras, para lo cual existen otros mecanismos de control<sup>10</sup>. Son vicios consolidados aquellos que no han podido subsanarse durante la tramitación legislativa.

Así, es posible sostener que una vez vigente una ley, los vicios de forma de que pudo adolecer se encuentran saneados.

La línea argumentativa descrita en los párrafos anteriores fue desarrollada recientemente en un voto de minoría del Tribunal Constitucional, sostenido por los ministros Carmona, Fernández, García y Viera-Gallo en la sentencia sobre la votación dividida en el proyecto de extensión del post-natal<sup>11</sup>, donde se discutió la necesidad de distinguir distintos tipos de vicios del proceso legislativo, limitando la competencia del Tribunal. Además, se señaló que el proceso de formación de la ley se caracteriza por su finalidad de dar lugar a la correcta manifestación de la voluntad soberana y por su carácter eminentemente político y flexible<sup>12</sup>.

En definitiva, tal como señaló Zapata (aunque sin referirse específicamente al control concreto represivo de vicios de forma), aun cuando se acepte en general la facultad del Tribunal Constitucional para controlar la constitucionalidad formal de los actos legislativos, subsiste el problema de definir cuáles serán los trámites cuyo incumplimiento justifica la sanción de nulidad. El Tribunal debe tener cuidado al sancionar vicios del proceso legislativo, pues si se inmiscuye más de la cuenta en el proceso legislativo, corre el riesgo de convertirse en un actor político más.

### ***B. Quién controla los vicios de forma y en qué momento.***

Si comprendemos el proceso de formación de ley como una instancia de deliberación política, donde los sujetos legitimados para intervenir pueden reclamar de las infracciones a las reglas del proceso durante el proceso mismo, lo lógico es que tales infracciones se controlen o revisen durante el mismo proceso legislativo, o al menos antes de la

<sup>10</sup> STC Rol N° 1216-08, de 30.10.2008.

<sup>11</sup> “La evaluación de un vicio de procedimiento debe hacerse en relación a su trascendencia y atendiendo al propósito o finalidad de la norma procesal. Ello exige distinguir, por una parte, entre vicios consolidados o consumados y gérmenes de vicios que sólo se pueden concretar en etapas posteriores del debate de la ley; y, por otra parte, vicios insanables de aquellos que pueden ser reparados durante el desarrollo del proceso legislativo” (STC Rol N° 2025, disidencia, c. 21).

<sup>12</sup> El Tribunal Constitucional, a propósito del proceso de discusión de la ley de presupuestos, ha descrito el proceso legislativo de la siguiente forma: “El presupuesto es aprobado luego de conversaciones y diálogos formales e informales, en que se llega a acuerdos, transacciones y compromisos, que se reflejan en indicaciones y protocolos complementarios a la ley. Dicha negociación no tiene nada de malo o espúreo; es la consecuencia de que la facultad de aprobación radica en un órgano plural y representativo de la sociedad. Además, dicha negociación se realiza de un modo transparente, en que sus avances y retrocesos, si bien pueden escapar al ciudadano común, no escapan a la atenta mirada de un observador avezado. A fin de que esta negociación no se dilate, existe el plazo de sesenta días para que el Congreso despache el presupuesto. Como consecuencia de lo anterior, las potestades con que la Constitución dota al Ejecutivo no pueden interpretarse estáticamente y descontextualizadas de la realidad en que operan. Es más, considerarlas de manera binaria, es decir, que el rol del Congreso se limite a aceptar o rechazar, puede llevar a rigidizar el proceso de negociación de esta importantísima ley;” (STC Rol N° 1867, c. 27).

promulgación y publicación de la ley, y no una vez que dicha ley ya se encuentra vigente. Para ello la Constitución establece mecanismos de control constitucional preventivo.

Por una parte, consagra el control preventivo obligatorio (Artículo 93 N°1 CPR) respecto de las leyes interpretativas de la Constitución, y leyes o tratados internacionales que tengan materias de carácter orgánico constitucional. Por otra parte, la Constitución establece mecanismos para controlar las infracciones procesales que se susciten durante el mismo proceso legislativo, a través de lo que se conoce como “cuestión de constitucionalidad” (Artículo 93 N°3 CPR). Esta puede ser formulada por el Presidente de la República, por cualquiera de las Cámaras, o por un cuarto de sus miembros en ejercicio.

El Tribunal ha interpretado que la cuestión de constitucionalidad le otorga facultades para resolver “las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley (...), esto es, aquellos desacuerdos o discrepancias sobre la preceptiva constitucional surgidos entre los órganos colegisladores en relación con la desigual interpretación de las normas constitucionales, ya sea que ello se produzca en relación a un proyecto de ley o a una o más de sus disposiciones”<sup>13</sup>. Respecto de la naturaleza de dicha “discrepancia”, el Tribunal ha precisado que ella “tiene que haberse manifestado en una acción u omisión producida durante el proceso de tramitación de la ley que importe, al menos en concepto de uno de los órganos colegisladores, una infracción a la Carta Fundamental, ya sea desde el punto de vista sustancial o de fondo, o bien, desde la perspectiva procedimental o de forma.”<sup>14</sup>. Por ende, no cualquier discrepancia sobre las normas constitucionales puede ser llevada al Tribunal, sino solo aquéllas que importen una infracción a la Constitución.

Teniendo presente la naturaleza del proceso legislativo, pareciera ser el control preventivo provocado (Artículo 93 N°3 CPR), entonces, la herramienta primordial para reclamar de los vicios del proceso de formación de la ley., junto con el control preventivo obligatorio de constitucionalidad (Artículo 93 N°1 CPR), las únicas instancias para reclamar de tales vicios.

Las otras formas de control constitucional, ya sea en concreto o en abstracto, se efectúan una vez que la ley se encuentra vigente. ¿Puede reclamar del vicio de formación de ley un ciudadano al que se le va aplicar dicha ley una vez que esta entra en vigencia? ¿Son controlables los vicios de forma por los jueces? ¿Es la acción de inaplicabilidad una vía idónea de control de vicios de forma?

Vamos a la base de la primera pregunta: ¿pueden controlarse estos vicios una vez que la ley se encuentra vigente?

<sup>13</sup> STC Roles N°s. 23, de 26.09.84, c. 4°; N° 1.410, de 20.07.09, c. 23° y N° 2025, de 20.07.11, c.12.

<sup>14</sup> STC Rol N° 2025, de 20.07.11, c. 13.

Para algunos autores, como Silva<sup>15</sup> o Verdugo<sup>16</sup>, los vicios de forma impiden que una ley sea considerada como tal. El fundamento de esta conclusión se encontraría en los artículos 6° y 7° de la Constitución, que dan sustento a la teoría de la nulidad de derecho público. Dependiendo de la comprensión de dicha nulidad respaldada por cada uno de ellos, también es diversa la forma de hacerla valer. Para Silva, un precepto o ley que no ha cumplido con una formalidad prevista en la Constitución para su creación es inexistente, y por ello todo juez de la República puede dejar de aplicarlo. Para Verdugo, en cambio, la declaración nulidad de derecho público de la ley no puede ser declarada por cualquier juez, sino que esta sería una potestad únicamente en manos del Tribunal Constitucional, a través del ejercicio de la facultad de declaración de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* (Artículo 93 N°7 CPR).

Veamos, en primer lugar, si en nuestro ordenamiento jurídico es plausible lo planteado por Silva. Conforme a tal doctrina, una ley que ha sido aprobada por simple mayoría puede simplemente dejar de ser aplicada por inexistente si el juez de la causa considera que se ha verificado algún vicio de origen, como lo sería determinar que un precepto aprobado como ley simple es materia de ley orgánica constitucional o de quórum calificado; o considera que no se respetó el plazo de la urgencia legislativa; o que era una cuestión de iniciativa exclusiva del Presidente de la República que se ingresó a trámite por moción, etc. Esta solución parece inapropiada por varias razones.

Desde luego, no parece adecuado que cualquier juez pueda emitir juicio de constitucionalidad de un precepto legal, si consideramos que desde la reforma constitucional de 2005, se ha buscado que los jueces no realicen control constitucional difuso sino que en caso de dudas o sospechas de inconstitucionalidad remitan los antecedentes al Tribunal Constitucional, por vía de inaplicabilidad (artículo 79, inciso 3°, de la LOC del TC)<sup>17</sup>. Por otro lado, las sentencias de los tribunales poseen efecto solo en la gestión en la cual se pronuncian (artículo 3° del Código Civil), lo que no es coherente con este tipo de pronunciamientos referidos a vicios de forma, en que se afecta la validez de la ley.

Por último, piénsese en los nefastos efectos que produciría para la seguridad jurídica y para la igualdad ante la ley si a cada juez de la república se le reconociera la facultad de desarrollar su propio criterio sobre interpretación de las reglas del proceso legislativo, como por ejemplo, qué materias son de rango de ley orgánica o qué materias son de iniciativa exclusiva, en qué casos una moción parlamentaria ha excedido la idea matriz

<sup>15</sup> Silva, A. (2002): *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo VIII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 193 y ss.

<sup>16</sup> “El Art. 7 regula las condiciones que prescribe la propia Carta Fundamental para que los actos estatales se inserten válidamente al ordenamiento jurídico (...) El legislador contraviene los requisitos del Art. 7, en los siguientes casos: 1. Si dicta una ley sin estar investido regularmente; 2 Si actúa fuera de su esfera expresa de atribuciones (no respetando su competencia); y, 3. Si infringe las disposiciones relativas al proceso de formación de la ley, las que se encuentran reguladas en la propia Constitución”. Verdugo, S. (2008): “La declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto: Una especie de nulidad de derecho público atenuada en sus efectos”. *Revista Actualidad Jurídica*, N° 18, Universidad del Desarrollo, Santiago, p. 254 y 255.

<sup>17</sup> Zúñiga, F. (2010): “Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad: requerimiento de jueces entre legalidad y constitucionalidad”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 72, Universidad de Chile, Santiago, p. 302.

de un proyecto, o bien qué efectos se producen de no respetarse las urgencias en el trámite del proyecto de ley.

Considerando que la alternativa anterior no es adecuada en nuestro ordenamiento, y que lo lógico sería pensar, en consecuencia, que a quien correspondería controlar tales vicios es al Tribunal Constitucional, veamos entonces la plausibilidad de la segunda alternativa (que he identificado con la posición de Verdugo).

¿Puede el Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad en abstracto<sup>18</sup> de un precepto legal vigente por vicios de forma? En este caso, el Tribunal estará ejerciendo control represivo abstracto. El control abstracto consiste en la posibilidad de eliminación de la norma inconstitucional por la razón misma de su inconstitucionalidad, en atención al desorden jurídico que su vigencia ocasiona, sin que sea necesario que se produzcan casos de aplicación o, con independencia, de que estos casos se hayan producido<sup>19</sup>. Este control, como se desprende de la definición apuntada, se realiza con prescindencia de la aplicación de las normas a casos concretos o particulares. Se analiza la compatibilidad lógica entre dos normas, la Constitución, por un lado, y, por otro, la norma impugnada<sup>20</sup>.

Para determinar si el Tribunal puede conocer de vicios de forma ejerciendo esta facultad es preciso, en primer, lugar analizar cómo es que el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad en abstracto de un precepto legal una vez que este se encuentra vigente. El control abstracto de constitucionalidad previsto en la Constitución requiere que el precepto legal en cuestión haya sido declarado inaplicable al menos una vez (el Artículo 93 N°7 CPR dice “resolver por mayoría de cuatro quintos de sus miembros en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”), además de un quórum particularmente alto de ministros que concurren al acuerdo<sup>21</sup>.

En otras palabras, para que proceda la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal es una condición necesaria, pero no suficiente, que tal precepto haya sido declarado inaplicable en un caso concreto. Solo una vez que un precepto ha sido declarado inaplicable, el Tribunal Constitucional estará habilitado para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad en abstracto del mismo, ya sea en un procedimiento

<sup>18</sup> No es mi objetivo discutir acá si la declaración de inconstitucionalidad prevista en el artículo 93 N°7 CPR configura realmente o no un caso de nulidad de derecho público. Sobre el punto véase: Verdugo, S. (2008): “La declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto: Una especie de nulidad de derecho público atenuada en sus efectos”. *Revista Actualidad Jurídica*, N° 18, Universidad del Desarrollo, Santiago; Letelier, R. (2011): “Sobre los efectos de la inconstitucionalidad, nulidad, derogación y premios”, en: *Jurisprudencia Constitucional destacada. Análisis crítico*. Abeledo Perrot, Santiago; STC Roles N° 558, N° 590, N° 1710, y N° 1552; y sentencia rol N° 3978-2009 de la Corte Suprema.

<sup>19</sup> Almagro, J. (1980): *Justicia Constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Artigrafía S.A., Madrid, p. 5.

<sup>20</sup> Fernández, J. (2002): *La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI*, Editorial Tecnos, Madrid, p. 66.

<sup>21</sup> Mientras en la inaplicabilidad se requiere mayoría de los miembros en ejercicio para acoger, en este caso se requiere 4/5 de sus miembros en ejercicio, lo que equivale a 8 de 10 ministros.



iniciado de oficio o por acción popular. Ello, con todo, no asegura que el Tribunal vaya a declararlo inconstitucional.

Así, volviendo a los vicios de forma, solo procederá la declaración de inconstitucionalidad de un precepto por vicios de forma cuando este ha sido previamente declarado inaplicable por el mismo vicio<sup>22</sup>.

Entonces, frente a la configuración del artículo 93 N°7 de la Constitución, la pregunta obvia que debe responderse a continuación es si acaso la acción de inaplicabilidad es una alternativa idónea para controlar vicios de forma.

### III La inaplicabilidad frente a los vicios de forma

Veamos primero a qué apunta la acción de inaplicabilidad. Como sabemos, la inaplicabilidad es una acción de control concreto y represivo de constitucionalidad. Es represivo, pues opera una vez que la ley está ya vigente. Es concreto pues se ejercita cuando la declaración de inconstitucionalidad de la ley o de un acto se realiza con ocasión de un litigio determinado en donde o bien cuestiona un acto de aplicación de la ley por sus efectos inconstitucionales, o bien o se pretende la reparación o resolución del agravio originado por un acto considerado inconstitucional<sup>23</sup>. En términos más sencillos, el control concreto tiene como referencia un caso judicial determinado, lo cual implica tener en cuenta sus circunstancias<sup>24</sup>.

La acción de inaplicabilidad calza perfectamente con estas características. En ella no se controla la constitucionalidad de un precepto legal, sino la constitucionalidad de su aplicación. Por ello se exige para la procedencia de la acción de inaplicabilidad de una gestión pendiente y que el precepto legal en cuestión pueda ser aplicado de forma decisiva en dicha gestión. No es trivial que se exija un caso concreto en el que el precepto en cuestión pueda aplicarse.

Asimismo, los efectos de la inaplicabilidad se limitan al caso concreto, impidiendo que en este se aplique el precepto legal en cuestión. Ello es así pues son justamente las circunstancias del caso concreto las que hacen que la aplicación de dicho precepto resulte inconstitucional. En esta dimensión el control concreto de inaplicabilidad se entiende como un mecanismo de garantía de derechos para los sujetos en un supuesto de aplicación.

<sup>22</sup> Sobre este punto, pasando por encima de los obstáculos conceptuales de la vinculación entre el control concreto y abstracto de constitucionalidad al exigir que en ambos se invoque el mismo vicio, el Tribunal ha intentado dar claridad sobre este requisito señalado que debe ser el mismo vicio el que se invoca, no obstante que se agreguen más argumentos para fundar la declaración, entendiéndose por vicio la infracción de determinados preceptos de la Constitución. Ver STC Rol N° 1254, de 29.07.09, c.12; y Rol N° 1710, de 06.08.10, c. 29.

<sup>23</sup> Almagro Nosete, J. (1980): *Justicia Constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Artigrafía S.A., Madrid, p. 5.

<sup>24</sup> Fernández Rodríguez, J. (2002): *La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI*, Editorial Tecnos, Madrid, p. 66.

En síntesis, en el juicio de inaplicabilidad no se discute la validez de un precepto legal ni su fundamentación, sino que se trata de un juicio propiamente jurisdiccional en donde se analiza la aplicabilidad de dicho precepto<sup>25</sup>.

Esta concepción ha sido reforzada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En reiteradas sentencias, el Tribunal Constitucional ha señalado que “mientras antes se trataba de una confrontación directa -y más bien abstracta- entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora, en cambio, se está en presencia de una situación completamente diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto...”<sup>26</sup>. Agregando que “en el instituto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad comparecen tres elementos de cotejo necesarios para su decisión; a saber: la norma constitucional, el precepto legal cuya inaplicación se solicita y -lo más específicamente decisivo- el examen particular acerca de si “en ese caso, la aplicación del precepto cuestionado pudiera generar efectos opuestos a la finalidad implícita de aquella (...). Por eso, puede advertirse que hay preceptos legales que pueden estar en perfecta consonancia con la carta fundamental y, no obstante ello, ser inaplicables a un caso particular, precisamente porque en la particularidad de ese caso, la aplicación de una norma legal objetada es contraria a los efectos previstos por la norma constitucional”<sup>27</sup>.

Sin embargo, debe advertirse que no ha sido fácil para el Tribunal Constitucional desentrañar este tipo de control, desarrollando la joyería del análisis caso a caso. Este punto ha sido objeto de críticas por la doctrina nacional, al constatar que el Tribunal efectúa en numerosas ocasiones un control abstracto en sede de inaplicabilidad, lo que para algunos ha sido considerado un déficit del Tribunal y para otros una manifestación de las impurezas del propio diseño constitucional<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> “El recurso de inaplicabilidad no es un mecanismo de control de constitucionalidad de la ley, sino uno de control de constitucionalidad de la *aplicación* de la ley. Esto hace de ese recurso un recurso propiamente jurisdiccional.”. Atria, F. (2001): “Inaplicabilidad y coherencia: Contra la ideología del legalismo”. *Revista de Derecho*, Vol. XII, Valdivia.

<sup>26</sup> Por todos, STC Rol N° 546, de 17.11.06

<sup>27</sup> STC Roles N° 478, de 08.08.06; N° 533, de 09.11.06; N° 529, de 09.11.06.

<sup>28</sup> De acuerdo a la ley orgánica del Tribunal Constitucional, no cabe la inaplicabilidad de un precepto legal que ha sido declarado conforme a la Constitución por el mismo en un control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva (Artículo 84 N°2 LOC del TC). Esta norma fue declarada constitucional por el Tribunal ejerciendo control preventivo de su propia ley orgánica (STC Rol N° 1288-2009). Sólo se opusieron a tal acuerdo los votos de Bertelsen y Vodanovic, quienes sostuvieron que se trataba de una norma que perdía de vista la distinción entre control concreto y abstracto. “*Esta norma deja al descubierto un problema de diseño constitucional, pues si se quiere tomar en serio la distinción entre ambos tipos de control, no parece tener sentido hablar del “mismo vicio” de inconstitucionalidad en ambos casos.*”. Véase Couso, J. y Coddou, A. (2010): “La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Un desafío pendiente”, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 8°, N° 2, Santiago, p. 406. Misma crítica podría formularse, en la medida que la ley orgánica vincula la inaplicabilidad como presupuesto de la declaración de inconstitucional, exigiendo que se trate del mismo vicio por el cual se declaró inaplicable (artículo 97 N°2 de la LOC del TC).

Con todo, más allá de las críticas que puedan hacerse a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, o al método mismo de ponderación que el control concreto exige<sup>29</sup>, no debe perderse de vista que esta es la configuración que la inaplicabilidad posee en la Constitución chilena.

En esta configuración constitucional, no cabe la inaplicabilidad por vicios de forma, por las razones que a continuación se explican.

En primer lugar, el artículo 93 N° 6 de la Constitución que consagra la acción de inaplicabilidad, configura un control sobre la *aplicación* de un precepto legal a una gestión pendiente. La naturaleza de la inaplicabilidad exige considerar con especial celo las características del caso concreto, y no juzgar a la ley en sí misma<sup>30</sup>. Este proceso no cuestiona, ni puede cuestionar, la constitucionalidad en abstracto de dicho precepto legal, como ocurriría si el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre un vicio de origen o de forma. Al analizar un vicio de forma en sede de inaplicabilidad, el Tribunal se estará pronunciado sobre la ley en abstracto, con total prescindencia de las circunstancias del caso e instrumentalizándolo para emitir un pronunciamiento de carácter general.

En segundo lugar, si el objetivo de la inaplicabilidad es justamente impedir que se genere un resultado contrario a la Constitución derivado de la aplicación de un precepto legal, no es posible comprender cómo se produciría un resultado contrario a la Constitución derivado de la aplicación de una norma solo en razón del proceso de formación de esta.

Lo que se aplica en una sentencia es un determinado contenido normativo, para lo que resulta irrelevante el proceso de formación de tal precepto. En otras palabras, lo que recibe aplicación en una sentencia es el contenido de un precepto, por lo que solo un vicio de fondo puede ser relevante en el momento de determinar las consecuencias de su aplicación. Como señalé en un comienzo, ambos vicios –de forma y de fondo– son totalmente independientes. Un precepto legal producirá un resultado inconstitucional en su aplicación si de ello se deriva una afectación para los derechos de las partes o para el diseño constitucional, cuestión que nunca se producirá de aplicarse una norma cuyo contenido no genera un afectación en concreto, pese a que ella haya sido fruto de un proceso legislativo que tuvo imperfecciones.

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional no tiene más competencias que aquellas que la propia Constitución le ha entregado expresamente. Ninguna norma lo faculta para emitir pronunciamiento sobre el vicio de origen de una norma con posterioridad a la entrada en vigencia de la misma, sino exclusivamente se lo faculta para controlar su aplicación, con efectos limitados al caso concreto. El control abstracto de constitucionalidad, a su vez, procede a condición de que se haya suscitado un control concreto

<sup>29</sup> Aldunate, E. (2010): “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”. *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N°1, Julio, Valdivia.

<sup>30</sup> Véase Atria, F. (2001): “Inaplicabilidad y coherencia: Contra la ideología del legalismo”. *Revista de Derecho*, Vol. XII, Valdivia.

previo. Por ello ya por razones de texto podría descartarse que pueda conocer de vicios de forma en sede de inaplicabilidad.

En cuarto lugar, la historia de la ley N° 20.050, mediante la cual se introdujo la reforma constitucional que traspasó la acción de inaplicabilidad a la competencia del Tribunal Constitucional, parece indicar que no se admite control por vicios de forma. En efecto, si bien es posible observar que durante la discusión legislativa se vertieron varios comentarios en orden a entender que la acción de inaplicabilidad cubría vicios de forma, ninguno de ellos se tradujo en un texto aprobado. Contrariamente a lo que alguna doctrina<sup>31</sup> ha estimado al encontrarse con tales opiniones en la historia de la ley, ninguna de tales opiniones puede estimarse como conclusiva. Si bien tales discusiones orientan para conocer el origen de las normas de la Constitución, ellas no se plasmaron en el texto de la ley, de la misma forma que no se plasmaron otros comentarios expresados por los mismos autores en orden a dar alcance general a los efectos de la acción de inaplicabilidad. Así, no obstante que el proyecto original de la reforma incluía control de inaplicabilidad por vicios de forma, en el texto aprobado se eliminó la referencia a tales vicios<sup>32</sup>.

Por último, se encuentra el problema adicional de coherencia, referido a la vinculación *necesaria, pero no suficiente* entre la declaración de inaplicabilidad y la derogación por declaración de inconstitucionalidad. El quórum para declarar inconstitucional un precepto legal y derogarlo es bastante mayor que el quórum para acoger una inaplicabilidad. Mientras en la inaplicabilidad es la mayoría, en el caso de la declaración de inconstitucionalidad es cuatro quintos de los miembros en ejercicio. Así, podría darse que en reiteradas inaplicabilidades el Tribunal estime que un precepto adolece de un vicio de forma, cuestión que no va a variar por las especiales circunstancias de los casos que se presenten, y que sin embargo no pueda derogarlo<sup>33</sup>.

#### IV Jurisprudencia y doctrina mayoritaria

El análisis de la jurisprudencia de inaplicabilidades sobre vicios de forma tiene como un hito el año 2005. Hasta el año 2005 quien conocía de la inaplicabilidad era la Corte Suprema, quien sostuvo que no le correspondía pronunciarse sobre supuestos vicios del procedimiento de formación de la ley.

<sup>31</sup> En este sentido, véase Verdugo, S. (2010): "Inaplicabilidad y vicios de forma: ¿un problema resuelto?". *Revista de Derecho*, Vol. 23, N°2, Valdivia, nota al pie N° 25.

<sup>32</sup> Me refiero a las opiniones del Ex Senador Diez, del ex Ministro Valenzuela, y del ex Ministro Colombo. Historia de la Ley N° 20.050, p. 542, 547, 548, 553 (ver en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)).

<sup>33</sup> Esto ha ocurrido en casos anteriores (STC Rol N° 1723, del 24.05.2011), pero siempre respecto de vicios de fondo, lo que no resulta tan absurdo si recordamos que la inaplicabilidad justamente debe atender a las particularidades del caso concreto. ¿Cómo se entenderían las particularidades del caso concreto si lo que se analizó fue un vicio de origen de la ley? Es posible predecir con certeza este resultado, por ejemplo, frente a casos en que se discuta el carácter orgánico constitucional de un precepto en razón del artículo 77 de la Constitución, respecto de lo cual la jurisprudencia constitucional se encuentra jurisprudencia. Ver STC Roles N° 2074 y N° 2036.

Cuando la Corte Suprema resuelve de esta forma, antes<sup>34</sup> y después<sup>35</sup> de la Constitución del 1980 lo hace invocando, aunque quizás sin tanta claridad como uno quisiera, la naturaleza de control concreto de la inaplicabilidad. Ello pese a que si analizamos la doctrina de la época, es posible apreciar que existía un menor consenso sobre la naturaleza de control concreto de la inaplicabilidad<sup>36</sup> y que también hubo gran parte de la doctrina que abogó por que la Corte se pronunciara sobre vicios de forma conociendo de inaplicabilidades<sup>37</sup>.

Así, pese al escenario doctrinario descrito, la Corte Suprema puntualizó dos cosas: *i)* los vicios de forma solo pueden controlarse en un control preventivo de constitucionalidad, y *ii)* la naturaleza misma de la inaplicabilidad impide controlar vicios de forma. La Corte señaló que “el recurso de inaplicabilidad, que estatuye el artículo 80 de la Constitución es de carácter estrictamente jurídico; tiene por objeto declarar la inaplicabilidad de una ley, por ser contraria en lo sustantivo a la Constitución. Revisar las exigencias formales implicaría ejercer función revisora o de control que la Constitución entrega a otros organismos.... La actual Constitución entrega el control preventivo de constitucionalidad de la ley al Tribunal Constitucional”<sup>38</sup>.

Desde el año 2005, como sabemos, la acción de inaplicabilidad se radicó en el Tribunal Constitucional. Este, a diferencia de la Corte, sí ha asumido tener competencia para conocer vicios de forma en sede de inaplicabilidad. La jurisprudencia del Tribunal resulta particularmente curiosa, dado el especial énfasis que este ha puesto en el carácter concreto de la inaplicabilidad al analizar sus características<sup>39</sup>.

De la misma manera que antes de la Constitución de 1980, hoy, la doctrina casi<sup>40</sup> unánime sostiene que procede la inaplicabilidad por vicios de forma<sup>41</sup>.

<sup>34</sup> SCS de 06.12.1950, R., T. 47, sec. 1ª, p. 537; SCS de 25.05.1962, R., T. 59, sec. 1ª, p. 149; SCS de 24.05.1965, R., T. 62, sec. 1ª, p. 106.

<sup>35</sup> Véase GJ., N° 58, p. 37 y ss; RDJ., T. 82, s. 5ª, p. 86 y ss; RDJ., T. 85, s. 5ª, p. 96 y ss.

<sup>36</sup> Mientras para algunos éste era propiamente un control concreto de naturaleza jurisdiccional (Atria, F. (2001): “Inaplicabilidad y coherencia: Contra la ideología del legalismo”. *Revista de Derecho*, Vol. XII, Valdivia); para otros era un control abstracto, desvinculado del caso concreto (“Con anterioridad a esta época [2005] y como lo evidencia la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia, la declaración de inaplicabilidad sólo se hacía por este tribunal en caso de existir una incompatibilidad objetiva y total entre el precepto legal impugnado vía inaplicabilidad, y una o más normas constitucionales, por existir (sic) contenidos o fines contrapuestos”. Mohor, S. (2011): “Reflexiones en torno a los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad a la luz de la reforma constitucional de 2005”, *Estudios sobre justicia constitucional. Libro homenaje a la profesora Luz Bulnes Aldunate*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 108).

<sup>37</sup> Alessandri, F. (1937): *Los recursos Procesales*; Vodanovic, A. (1961): *Curso de Derecho Civil*; Bernaschina, M. (1951): *Manual de Derecho Constitucional*; Silva Cimma (1962): *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Citados en Figueroa, G. (1996): *Repertorio de Legislación y jurisprudencia. Código Civil y Leyes complementarias*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 37.

<sup>38</sup> SCS Rol N° 17.769, de 19.04.1985, citada por Rubano, M. (1996): “¿Procede la inaplicabilidad de fondo y forma, o sólo la primera?”, *Revista de Derecho*, Vol. VII, Valdivia, nota al pie N° 2.

<sup>39</sup> Ver nota al pie N° 28.

<sup>40</sup> Atria, F. (2001): “Inaplicabilidad y coherencia: Contra la ideología del legalismo”. *Revista de Derecho*, Vol. XII, Valdivia.

<sup>41</sup> De Modo ejemplar, Véase: Pfeffer, E (2011): “Inaplicabilidad, ¿un seudoamparo de derechos fundamentales?” *Estudios sobre justicia constitucional. Libro homenaje a la profesora Luz Bulnes Aldunate*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 204; Peña, M (2011): “Acción de inconstitucionalidad y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”,

En esta jurisprudencia encontramos cuatro tipos de casos. Sin embargo, no es posible trazar una clara línea de evolución, por su dispersión irregular en el tiempo. Lo que acá se expone, por tanto, solo tiene un afán esquematizador.

En una primera etapa, encontramos casos en que el Tribunal Constitucional si bien admite que tiene competencia para conocer vicios de forma y los analiza, en definitiva concluye que no había tal vicio. Estos casos se concentraron entre los años 2007 y 2009, y corresponden a inaplicabilidades del artículo 96 del Código de Minería que regula las concesiones sobre pertenencias mineras. En estos casos se alegaba que la norma en cuestión era de naturaleza orgánica constitucional, pero que había sido aprobada como una ley simple. El Tribunal concluyó que no había un vicio de forma, pues se trataba de una ley simple y no orgánica constitucional<sup>42</sup>. En estos casos se observa que para evitar pronunciarse sobre un vicio de forma, el Tribunal debió refinar al extremo (si no cambiar) su criterio para calificar lo orgánico.

En una segunda etapa, encontramos casos en los cuales el Tribunal admite que tiene competencia para conocer vicios de forma en una inaplicabilidad, pero hace tal declaración sin que vaya acompañada de un análisis de tales vicios. En otras palabras, el Tribunal simplemente declara que podría conocer de tales vicios, pero sin razón aparente no los analiza. La mayor cantidad de estos casos se refieren a las normas que regulan las facultades del Ministerio Público, en el proceso penal, y a casos en que discute el debido proceso en los desafueros por acción penal privada<sup>43</sup>. Esta tendencia deriva en que en casos posteriores en que el Tribunal Constitucional analiza el mismo tema, no se refiere a los posibles vicios de forma. Esto se puede deber a a) un cambio en la comprensión de los vicios de forma como parte de su competencia, o b) a un cambio en la comprensión del ámbito de las leyes orgánicas constitucionales.

En un tercer momento, encontramos un par de sentencias aisladas en las cuales el Tribunal señaló que no le correspondía pronunciarse sobre vicios de forma, con énfasis en la naturaleza de control concreto que conlleva la acción de inaplicabilidad. Estos casos se referían a la procedencia de recursos en el nuevo proceso penal<sup>44</sup>.

En la última -y más reciente- etapa, el Tribunal no solo admite su competencia para conocer de vicios de forma, sino que además analiza el vicio en cuestión y señala que este se verifica como un problema de constitucionalidad “a mayor abundamiento”. Estos

*Estudios sobre justicia constitucional. Libro homenaje a la profesora Luz Bulnes Aldunate*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 178; Cazor, K. y Pica, R. (2009): “Tribunal Constitucional y control concreto en Chile: ¿Evolución hacia un amparo imperfecto?”, *Revista Nomos*, Universidad de Viña del Mar, N°3, Viña del Mar; Zúñiga, F (2004): “Control concreto de constitucionalidad: recurso de inaplicabilidad y cuestión de inconstitucionalidad en la reforma constitucional”, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 2°, N° 1, Santiago; Maturana, C. (2010): “El procedimiento, la legitimación para obrar y el control de admisibilidad en el requerimiento de inaplicabilidad e inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 72, Universidad de Chile, Santiago, p. 400.

<sup>42</sup> STC Roles N° 473 y N° 517 de 08.05.2007; N° 58 y N° 535 de 26.07.2007; N° 623 de 10.09.2007; N° 608 a N° 612 de 02.10.2007; N° 741 de 30.10.2007; N° 1068 a N° 1128, N° 1180 y N° 1148 de 02.06.2009.

<sup>43</sup> STC Roles N° 596 de 5.10.2007; N° 523 de 19.06.2007; N° 719 de 15.01.2008; N° 821 de 1.4.2008; N° 1314 de 24.09.2009; N° 1445 de 21.01.2010, y N° 1404 de 18.05.2010.

<sup>44</sup> STC Rol N° 968 de 30.01.2008.

casos se dan en 2011, y son relativamente escasos. Todos ellos corresponden a casos en que se analiza la aplicación del artículo 474 del (antiguo) Código del Trabajo, que contenía una fórmula de *solve et repete*. En tales casos, la acción de inaplicabilidad se acoge por afectación del derecho a acceso ante la justicia (artículo 19 N°3 CPR), pero se señala que además, dicha norma sería inconstitucional “a su vez”, pues “repercute como un obstáculo infundado sobre el inmediato cumplimiento de las funciones jurisdiccionales que le asisten a los tribunales de justicia, sin ley orgánica constitucional mediante”<sup>45</sup>. Lo más sorprendente de estas sentencias es que se pronuncian sobre un vicio de forma aun cuando este no fue siquiera invocado por las partes.

Como se ve, si bien no hay ningún caso en que el Tribunal Constitucional haya acogido una inaplicabilidad exclusivamente por vicios de forma, la jurisprudencia sobre la materia parece inclinarse a reconocer la posibilidad de hacerlo. Así, pareciera haber una débil<sup>46</sup> tendencia a pronunciarse por vicios de forma.

¿Es correcta esta tendencia de jurisprudencia? De acuerdo a los elementos de análisis que he desarrollado en los capítulos anteriores, debe concluirse que no. En primer lugar, la especial naturaleza de los vicios del procedimiento legislativo y la posibilidad de saneamiento de los mismos, en el contexto de nuestra configuración de las “cuestiones de constitucionalidad”, llevan a concluir que una vez que la ley se encuentra vigente, los vicios de forma que no ocasionan un real perjuicio y no han sido cuestionados, se sanean. En segundo lugar, en nuestro sistema constitucional, la única forma en la cual el Tribunal podría controlar un vicio de origen, es de forma preventiva. Los mecanismos establecidos para controlar la constitucionalidad de la ley una vez que esta se encuentra vigente exigen que primero se desarrolle un control concreto. Dicho control no tiene sentido cuando se trata de vicios de forma, los cuales no son idóneos para producir un efecto inconstitucional mediante su aplicación a un caso en particular.

## V Conclusiones

El principio de supremacía constitucional exige controlar la constitucionalidad de la ley tanto en su contenido como en cuanto a las reglas que determinan su formación. Las infracciones del contenido de la ley al contenido de la Constitución se identifican como vicios de fondo. Las infracciones a las reglas constitucionales sobre la formación de la ley se denominan vicios de forma. Si bien ambos vicios -de fondo y forma- son sancionables por nuestro ordenamiento jurídico a través del control constitucional efectuado por el Tribunal Constitucional, los mecanismos de control aplicables son diversos atendiendo a la naturaleza de estos. Mientras los vicios de fondo pueden ser controlados antes y después de la vigencia de la ley, mediante la acción de inaplicabilidad

<sup>45</sup> STC Rol N° 1580, de 27.01.2011 y N° 1865, de 14.07.2011, c. 6 y c. 5 respectivamente.

<sup>46</sup> Digo débil, pues en estos últimos dos casos el voto de mayoría estuvo conformado por 5 ministros, de los cuales sólo 4 (Navarro, Aróstica, Venegas, Peña) suscribieron el considerando referido a los supuestos vicios de forma.

por inconstitucionalidad, los vicios de forma, en principio, solo pueden controlarse antes de que la ley entre en vigencia.

No todos los actos contrarios a la Constitución son de competencia del Tribunal Constitucional, sino solo aquellos entregados a su competencia por el artículo 93 de la Constitución. También los destinatarios de las normas participan en el proceso interpretativo de la Constitución, lo que reviste especial importancia en el control del procedimiento legislativo, en el cual los presidentes de las Cámaras del Congreso Nacional, y estas mismas, efectúan un control importante.

Además, tratándose de vicios de forma, los intervinientes en el proceso legislativo tienen en su poder gatillar la intervención del Tribunal Constitucional (artículo 93 N°3 CPR). Como contrapartida, frente a la configuración de la legitimidad activa de la cuestión de constitucionalidad, pueden también excluir en muchos casos la intervención del Tribunal. Es correcto que así sea, dada la naturaleza finalista del proceso legislativo orientada a dar lugar a la formación de la voluntad soberana. De acuerdo a la configuración constitucional de la cuestión constitucional y del control preventivo obligatorio, una vez que la ley entra en vigor, e incluso después del quinto día luego del despacho del proyecto por el Congreso, precluye la oportunidad de alegar cualquier vicio de forma en control preventivo eventual o provocado.

Por otra parte, no todo vicio legislativo posee relevancia suficiente para ameritar su sanción. Para sancionar un vicio de origen debe tratarse de un vicio que haya afectado lo prescrito por la Constitución, generando un perjuicio o agravio al impedir la deliberación democrática. Además debe tratarse de un vicio consolidado que no se haya subsanado al dar cumplimiento de otra forma a la finalidad que la Constitución buscaba al establecer el requisito procesal en cuestión.

Algunos autores han planteado que los vicios de formación de la ley darían lugar a casos calificados de nulidad de derecho público. Para algunos, correspondería a cualquier juez de la república declarar que una ley viciada en su origen es inexistente. Para otros, el control de vicios de forma se trataría de un caso especial en que el Tribunal Constitucional podría ejercer su potestad de declarar una norma inconstitucional con efecto *erga omnes*.

En nuestro sistema, parece implausible la primera alternativa sugerida por la doctrina, por lo que solo queda analizar la plausibilidad de la declaración de inconstitucionalidad efectuada por el Tribunal Constitucional (artículo 93 N°7 CPR). Para analizar la segunda alternativa, es preciso previamente determinar si procede la inaplicabilidad por vicios de forma. Ello debido a que para que proceda la declaración de inconstitucional, conforme al artículo 93 N°7 de la Constitución, es preciso que el precepto legal en cuestión haya sido declarado inaplicable “por el mismo vicio”.

La procedencia de inaplicabilidad por vicios de forma ha sido sostenida por la doctrina nacional mayoritaria como una muestra más de la supremacía constitucional. Esta doctrina parece reflejarse en una débil tendencia jurisprudencial en las sentencias del Tribunal Constitucional.



Sin embargo, la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no es una vía idónea para sancionar vicios de forma, pues no se encarga de controlar vicios en las leyes, sino que controla la aplicación de estas a un caso concreto. Ello se corrobora por el texto constitucional, que ha establecido claramente que la inaplicabilidad es una hipótesis de control concreto de constitucionalidad y ha configurado el control del procedimiento legislativo como una cuestión propia del control preventivo. Asimismo, de la historia de la reforma constitucional de 2005, mediante la cual se traspasó la acción de inaplicabilidad de la Corte Suprema al Tribunal Constitucional, se desprende que no procede la inaplicabilidad por vicios de formal.

Así, no correspondiendo que se controle el proceso de formación de la ley en sede control concreto, tampoco podrá configurarse un presupuesto fundamental del control abstracto, como el exigido por el artículo 93 N°7 de la Constitución. Sostener lo contrario lleva aparejados serios problemas de comprensión del control concreto de constitucionalidad y arriesga, además, la coherencia del sistema de control constitucional.

## Bibliografía

- ALDUNATE, E. (2010): “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”. *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N°1, Julio, Valdivia.
- ALMAGRO NOSETE, J. (1980): *Justicia Constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Artigrafía S.A., Madrid.
- ATRIA, F. (2001): “Inaplicabilidad y coherencia: Contra la ideología del legalismo”. *Revista de Derecho*, Vol. XII, Valdivia.
- BERTELSEN, R. (1969): *Control de constitucionalidad de la ley*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- BIGLINO P. (1991): *LOS VICIOS DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO*. CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, Madrid.
- BIGLINO P. (2001): “PARLAMENTO, principio democrático y justicia constitucional”, *Revista de Derecho*, Vol. XII, Valdivia.
- CAJAS, M. (?): *Origen del control constitucional de las leyes por vicios de forma en Colombia (1910- 1952)*. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio, p. 144. En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2553/10.pdf>
- CAZOR, K. y Pica, R. (2009): “Tribunal Constitucional y control concreto en Chile: ¿Evolución hacia un amparo imperfecto?”, *Revista Nomos*, Universidad de Viña del Mar, N°3, Viña del Mar.
- COUSO, J. y Coddou, A. (2010): “La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Un desafío pendiente”, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 8°, N° 2, Santiago.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José J., (2002): *La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI*, Editorial Tecnos, Madrid.
- FIGUEROA, G. (1996): *Repertorio de Legislación y jurisprudencia. Código Civil y Leyes complementarias*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- GARCÍA, J. (2008): “El Proceso Legislativo sin Romance: implicancias para el diseño constitucional chileno”, *Revista Ius Et Praxis*, N°2, año 14, Talca.
- GARCÍA, J. y Soto S. (2009): “Una mirada económica al diseño constitucional chileno: Impacto sobre el proceso legislativo y la acción de los grupos de interés”, *Revista Ius et Praxis*, N°1, año 15, Talca.
- LETELIER, R. (2011): “Sobre los efectos de la inconstitucionalidad, nulidad, derogación y premios”, en: *Jurisprudencia Constitucional destacada. Análisis crítico*. Abeledo Perrot, Santiago.
- LUBBERT, V. (2010): “Control constitucional preventivo provocado del procedimiento legislativo”, *Revista Hemiciclo*, Valparaíso.
- MATURANA, C. (2010): “El procedimiento, la legitimación para obrar y el control de admisibilidad en el requerimiento de inaplicabilidad e inconstitucionalidad”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 72, Universidad de Chile, Santiago.
- MOHOR, S. (2011): “Reflexiones en torno a los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad a la luz de la reforma constitucional de 2005”, *Estudios sobre justicia constitucional. Libro homenaje a la profesora Luz Bulnes Aldunate*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- NAVARRO, E. (2011): *Control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)*, Colección conmemoración 40 años del Tribunal Constitucional, Santiago.
- NINO, C. (2005): *Fundamentos de derecho constitucional*. Editorial Astrea, Buenos Aires.
- NOGUEIRA, H. (2005): *La justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberomérica del sur. En la alborada del siglo XXI*. LexisNexis, Santiago.
- PALACIOS A. (2005): *CONCEPTO Y CONTROL DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- PEÑA, M. (2011): “Acción de inconstitucionalidad y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios sobre justicia constitucional. Libro homenaje a la profesora Luz Bulnes Aldunate*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- PEÑA, M. “Inaplicabilidad por inconstitucionalidad, reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2559/36.pdf> (al 29.03.2012).
- PFEFFER, E. (2011): “Inaplicabilidad, ¿un pseudoamparo de derechos fundamentales?” *Estudios sobre justicia constitucional. Libro homenaje a la profesora Luz Bulnes Aldunate*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- RUBANO, M. (1996): “¿Procede la inaplicabilidad de fondo y forma, o sólo la primera?”, *Revista de Derecho*, Vol. VII, Valdivia.

- SEGPRES, División Jurídico Legislativa (2000): *Doctrina Constitucional del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle*, T. II, Santiago.
- SILVA, A. (2002): *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo VIII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- VERDUGO, S. (2008): “La declaración de inconstitucionalidad de las leyes como control represivo abstracto: Una especie de nulidad de derecho público atenuada en sus efectos”. *Revista Actualidad Jurídica*, N° 18, Universidad del Desarrollo, Santiago.
- VERDUGO, S. (2010): “Inaplicabilidad y vicios de forma: ¿un problema resuelto?”. *Revista de Derecho*, Vol. 23, N°2, Valdivia.
- ZAPATA, P. (2008): *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- ZÚÑIGA, F. (2010): *Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre temas procesales*. Abeledo Perrot, Santiago.
- ZÚÑIGA, F. (2004): “Control concreto de constitucionalidad: recurso de inaplicabilidad y cuestión de inconstitucionalidad en la reforma constitucional”, *Revista Estudios Constitucionales*, Año 2°, N° 1, Santiago.
- ZÚÑIGA, F. (2010): “Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad: requerimiento de jueces entre legalidad y constitucionalidad”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 72, Universidad de Chile, Santiago.