

# Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional

## I. Antecedentes y visión general de la ley de reforma N° 20.050

1.- La ley N° 20.050, promulgada y publicada en el Diario Oficial de 26 de agosto de 2005, incorporó numerosas modificaciones a la Carta de 1980 y, entre ellas, las recaídas en las nuevas atribuciones confiadas al Tribunal Constitucional, que procuraremos analizar en esta oportunidad.

Antes de adentrarnos en la materia, debemos anotar que el decreto supremo N° 100, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que contiene el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución de 1980, promulgado el 17 de septiembre de 2005 y publicado en el Diario Oficial de 22 de ese mes, alteró tanto la numeración del articulado de la Ley Fundamental como su extensión, constando ésta ahora de 129 normas permanentes y de 20 disposiciones transitorias. Como consecuencia de esos cambios los preceptos referidos al Tribunal Constitucional que en el texto primitivo de la Carta se contemplaban en los arts. 81 a 83, se contienen ahora en sus arts. 92 a 94.

En relación a la gestación de la ley 20.050 conviene además tener presente que se produjeron numerosas dificultades durante su tramitación, manifestadas al constatar que transcurrió más de un año (desde julio de 2000 hasta noviembre de 2001) para que el Senado iniciara la discusión general del proyecto, y uno más (enero de 2002 hasta abril de 2003) para que se iniciara su discusión particular, que terminó con la aprobación en el Senado sólo en noviembre de 2004, previa interrupción de casi otro año más.

La tardanza en despachar la iniciativa en la Alta Cámara se explica porque no se alcanzaban los acuerdos políticos indispensables para posibilitar su aproba-

\* Profesor  
de Derecho  
Constitucional  
Pontificia  
Universidad  
Católica de Chile

ción, especialmente en relación a las llamadas “reformas duras”<sup>1</sup>. Para zanjar las dificultades, se separaron en el Senado las materias conflictivas del debate, para lo cual su Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento elaboró sendos informes complementarios. Especial trascendencia tuvieron las intervenciones del Ministro del Interior José Miguel Insulza y las de los presidentes del Senado Andrés Zaldívar, Hernán Larraín y Sergio Romero para lograr conseguir los consensos políticos necesarios para desentrabar el problema. Como resultado de dichos acuerdos, entre mayo y junio de 2005, el despacho del proyecto se aceleró mientras se encontraba en el 2º trámite ante la Cámara.

Por último, hubo concordancia entre los diversos sectores políticos en requerir al Presidente Lagos para que formulara observaciones al proyecto en aquellos puntos en que las Cámaras no habían llegado a acuerdo. Como veremos, varias materias vinculadas al Tribunal Constitucional se resolvieron por esa vía.

Como consecuencia de la precipitación con que se despacharon algunas de las nuevas normas, se han formulado diversas críticas a la reforma, como son aquellas referidas a la falta de prolijidad en el lenguaje empleado, establecimiento de reglas meramente programáticas, pérdida de sistematización de la Carta, poca coherencia en la regulación de ciertas materias, etc.<sup>2</sup>

Podemos agregar, por nuestra parte, que la reforma de 2005 introdujo preceptos que alteraron el equilibrio que el texto primitivo mantenía entre los diversos órganos del Estado, tensionando las relaciones y controles recíprocos que deben existir entre ellos al privar de algunas atribuciones a ciertos órganos para entregárselas a otros. Lo que acabamos de afirmar se evidencia en la asignación de las nuevas facultades que se han conferido al Tribunal Constitucional, como veremos luego.

## II. Naturaleza del Tribunal Constitucional

- 2.- En el análisis de la materia de las nuevas atribuciones conferidas por la ley 20.050 al Tribunal Constitucional, debemos partir por situarnos en la índole de las facultades que se confían tradicionalmente a esta índole de órganos jurisdiccionales.

<sup>1</sup> Se trataba de aquellas relacionadas con el sistema electoral binominal, composición del Senado, forma de elegir a los senadores, remoción de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y carácter, composición y funciones del Consejo de Seguridad Nacional.

<sup>2</sup> Véase al respecto comentarios del profesor Eduardo Aldunate en “El fin de la transición, hacia una Constitución de poca importancia. Visión crítica de la reforma de la ley 20.050”, en libro “Reforma Constitucional”, Lexis Nexis, 2005, págs. 67 a 80.

Con tal objeto debemos recordar que el fenómeno del constitucionalismo nació durante el predominio del postulado de la soberanía del Parlamento y de la ley, por lo que, desde sus inicios, se hizo difícil que el legislador se sujetara al principio de la supremacía constitucional, siendo necesario confiar a algún otro órgano la tarea de hacer prevalecer la voluntad de la Carta por sobre la de la ley.

Es sabido que el problema se resolvió por primera vez en 1803, en Estados Unidos, con motivo de la sentencia recaída en el juicio *Marbury con Madison*, que concluyó que los tribunales de justicia debían declarar la inaplicabilidad de todo precepto legal contrario a la Constitución, para hacerla prevalecer por sobre la ley. El fallo argumentó que si a los tribunales corresponde, al resolver los casos particulares que se les presenten, determinar cuál es la regla de superior valor para aplicarla con primacía a la inferior que se le oponga, y siendo la Constitución jerárquicamente superior a la ley, debían dictaminar dando preeminencia a aquella, dejando de aplicar ésta. Se instauraba así en Estados Unidos un modelo de control difuso de constitucionalidad, que permite a todos los tribunales integrantes del Poder Judicial declarar la inaplicabilidad de una norma legal, dentro de un sistema de jurisprudencia que da valor obligatorio a los precedentes sentados por un tribunal de igual o superior jerarquía, con lo cual se asegura la uniformidad y certeza en el modo de interpretar la Constitución.

Por otra parte, en Europa, específicamente en Austria, dentro de un sistema de jurisprudencia latino, Hans Kelsen impulsó la creación en su patria de una magistratura especial y autónoma, independiente de la ordinaria, encargada de asumir el control preventivo de la conformidad de las reglas jurídicas con la Constitución, idea que fue recogida por su *Ley Fundamental de 1920*.

Poco a poco se fueron introduciendo cortes constitucionales en otros Estados de la Europa Central, y así, terminada la II Guerra Mundial, por ejemplo, la Constitución italiana organiza un tribunal constitucional en 1947; la alemana en 1949; la francesa en cierta forma en 1946 y luego en 1958, mediante la creación del Consejo Constitucional; la española lo instaura en 1978. Asimismo la mayoría de los países latinoamericanos durante el siglo recién pasado sigue el modelo europeo, cundiendo en la región la creación de tribunales constitucionales.

- 3.- En Chile se consagró el recurso de inaplicabilidad de la ley por primera vez en la Carta de 1925, el cual era conocido y fallado en forma exclusiva por la Corte Suprema. Se imitaba así el modelo norteamericano de control de constitucionalidad de la ley, pero reservada la declaración de su inaplicabilidad únicamente a la Corte Suprema, como cabeza del Poder Judicial, con el objeto de evitar interpretaciones constitucionales diversas y contradictorias, dentro de un sistema en el que la jurisprudencia sólo sirve para iluminar al sentenciador, pero carece de fuerza obligatoria.

Recogiendo la tendencia mundial que se venía imponiendo en el derecho público contemporáneo, la ley de reforma N° 17.284, de 1970, creó el Tribunal Constitucional como órgano encargado fundamentalmente de ejercer un control preventivo y eventual de los proyectos en trámite ante el Congreso y de dirimir conflictos entre órganos, sin perjuicio de que permanecieron existiendo otros órganos que también velaban por la constitucionalidad de normas jurídicas de otra jerarquía, como, por ejemplo, la Contraloría General de la República.

La Ley Fundamental de 1980 reiteró los preceptos que concedían las antedichas atribuciones tanto a la Corte Suprema como al Tribunal Constitucional. Como consecuencia de ello, desde 1970 y hasta antes de la entrada en vigencia de la reforma de 2005 -sin considerar el período 1973-1980, durante el cual se suspendió la actuación del Tribunal Constitucional-, se mantuvo en nuestro país un sistema mixto de control de la constitucionalidad de la ley, en el cual la judicatura constitucional lo ejercía en forma preventiva y la Corte Suprema de modo represivo.

- 4.- La naturaleza de la labor que han desarrollado tradicionalmente los Tribunales Constitucionales desde su creación se manifiesta en que:
- a) Ejercen, en general, un control de constitucionalidad de índole preventivo, es decir, antes del perfeccionamiento de la norma que está por aprobarse o del acto por realizarse.
  - b) Efectúan un análisis abstracto o doctrinario, o sea, para determinar si existe pugna con la Carta, confrontan su texto con la regla que se le opondrá, sin tener en cuenta la aplicación concreta que a ésta se haya dado.
  - c) Ejercen en algunas oportunidades un control represivo -es decir, con posterioridad a que la norma haya sido promulgada- pero, asimismo, en abstracto, respecto de determinadas normas jurídicas, por ejemplo, en relación a las emanadas de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.
  - d) Las facultades que se les conceden se vinculan a las diferentes funciones de gobierno: constituyente, legislativa, ejecutiva.
  - e) Actúan como una jurisdicción de la máxima jerarquía constitucional para dirimir conflictos entre los órganos constituidos.
  - f) No pueden juzgar la legitimidad de la misma Constitución.
  - g) Sólo están facultados para ejercer las funciones que taxativamente les concede la Carta, por lo que no pueden actuar de oficio.

- h) No les compete pronunciarse sobre problemas de legalidad, sólo de constitucionalidad.
- i) No son órganos consultivos, ni pueden hacer consideraciones acerca del mérito o demérito de las normas que les corresponda apreciar.
- j) Conocen tanto de la inconstitucionalidad de fondo, es decir, de la pugna entre el contenido sustancial de la norma jurídica con la de la Carta, como de la inconstitucionalidad de forma, que consiste en la infracción al procedimiento de formación de la regla jurídica establecido en la Ley Fundamental.<sup>3</sup>

5.- Sin perjuicio de lo recién puntualizado, se ha ido imponiendo en el derecho comparado la idea de confiar a ese órgano jurisdiccional el ejercicio de un control concentrado de constitucionalidad, mediante el cual toda vacilación, discrepancia o divergencia sobre la interpretación y modo en que ha de cumplirse la Carta debe ser conocida y decidida sólo por el Tribunal Constitucional, convirtiéndose este órgano en el máximo guardián de la Ley Fundamental

Se comprenden así dentro de sus atribuciones no sólo el análisis en abstracto de la constitucionalidad de la norma o acto, sino otras facultades que repercuten directamente en los intereses y derechos subjetivos de los individuos, para lograr que los órganos estatales se ajusten a la Carta cuando personas naturales o jurídicas hacen valer y ejercitan ante él diversas acciones y recursos.

La ampliación de la competencia del Tribunal lo ha llevado a adentrarse a conocer asuntos de índole particular, en los que analiza la posible pugna entre la Carta y una determinada regla o actuación, pero en relación a una situación de hecho concreta. El Tribunal deja de erigirse así únicamente en un órgano que vela por el correcto desempeño de los órganos constituidos, preocupado de que se sujeten a la Carta en la formación de las normas y resoluciones que éstos adopten, sino que resuelve si, en la aplicación concreta de los actos o normas emanados de esos órganos, se ha respetado la Ley Fundamental.

Como veremos, la reforma de la ley 20.050 busca en parte recoger la tendencia que describimos.

<sup>3</sup> Alejandro Silva Bascuñán "Tratado de Derecho Constitucional", tomo IX, Editorial Jurídica de Chile, 2003, Nº 16, págs. 16 y 17.

### III. Tres etapas en el funcionamiento del Tribunal Constitucional chileno:

6.- Podemos distinguir las siguientes tres etapas en el funcionamiento en Chile del Tribunal Constitucional<sup>4</sup>:

- a) La originada con motivo de la promulgación de la ley N° 17.284, de 23 de enero de 1970, que creó el Tribunal, que funcionó hasta que la Junta Militar, mediante DL N° 119, de 10 de noviembre de 1973, lo declaró disuelto.<sup>5</sup>
- b) La que nace con la entrada en vigencia de la Carta de 1980, cuyos arts. 81 a 83 contemplan la organización y funcionamiento del Tribunal.<sup>6</sup>

Diversas críticas se formularon a la organización del Tribunal Constitucional creado en 1980: se juzgaba poco adecuado que ministros titulares de la Corte Suprema lo integraran sin dejar de ejercer su cargo judicial, desde que ello conducía a un ejercicio simultáneo de funciones en cierto modo contradictorias e incompatibles, especialmente debido a que a ambos órganos competían atribuciones íntimamente vinculadas al resguardo de la Constitución; se consideraba contrario a un régimen democrático que dos de sus integrantes fueran elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional y que no interviniera la Cámara en la designación de sus miembros.

<sup>4</sup> Igual distinción hace el profesor Lautaro Ríos Álvarez en su trabajo "El nuevo Tribunal Constitucional", en obra colectiva "Reforma Constitucional", Lexis Nexis, 2005, pág. 627.

<sup>5</sup> Se componía de 5 miembros, que duraban 4 años y eran reelegibles. Tres eran designados por el Presidente con acuerdo del Senado y dos por la Corte Suprema de entre sus ministros (art. 78 A). Tenía las siguientes atribuciones: conocimiento de cuestiones de constitucionalidad surgidas en la tramitación de proyectos de ley o de tratados; o de un DFL o en relación a la convocatoria a un plebiscito; resolución de inhabilidades para ejercer el cargo de Ministro de Estado; de los reclamos al promulgarse mal una ley y el conocimiento de las contiendas de competencia que determinen las leyes (art. 78 B).

<sup>6</sup> El Tribunal consagrado en 1980 se compone de 7 miembros: tres ministros de la Corte Suprema elegidos por ésta; un abogado designado por el Presidente de la República; dos abogados por el Consejo de Seguridad Nacional y un abogado por el Senado. Todos debían poseer al menos quince años de título profesional, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública; se les aplicaban el régimen de inhabilidades para ser juez y de incompatibilidades e incapacidades parlamentarias; en caso de cesación podían ser reemplazados; duraban ocho años, se renovaban por parcialidades, eran inamovibles, cesaban al cumplir 75 años y tenían fuero (art. 81). Ejerce el control preventivo obligatorio de las leyes interpretativas constitucionales y orgánicas constitucionales; resuelve las cuestiones de constitucionalidad surgidas durante la tramitación de leyes de reforma constitucional, leyes y tratados; conoce de las cuestiones relacionadas con la convocatoria a plebiscito, con decretos inconstitucionales o que recayeran en materias propias de ley, con decretos con fuerza de ley, con decretos promulgatorios y con decretos representados por la Contraloría; y efectúa diversas intervenciones en materia de organización institucional: informar al Senado, declarar la inhabilidad de los Ministros de Estado y de los parlamentarios, declarar la inconstitucionalidad de organizaciones o grupos políticos (art. 82). En contra de sus resoluciones no procede recurso alguno, salvo la rectificación que el mismo Tribunal efectuara por los errores de hecho en que hubiere incurrido; las normas declaradas inconstitucionales no pueden convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se tratare; resuelto que un precepto legal es constitucional no puede declararse inaplicable por la Corte Suprema por el mismo vicio que fue materia de la sentencia (art. 83).

En cuanto a sus atribuciones, en general se manifestaba consenso en valorar la forma en que hasta ese entonces había desarrollado su labor el Tribunal, pero tal vez por eso mismo, y para adecuarlo a las nuevas tendencias que ya describimos, se estimaba que debía ampliarse su competencia.

Su prestigio se fundaba, entre otros motivos, en la importante tarea que había desarrollado para posibilitar un tránsito pacífico hacia la democracia en el despacho de varias leyes orgánicas constitucionales y en la consideración de que, en el ejercicio de sus funciones, había efectuado un aporte al derecho mediante la aplicación de nuevos elementos de hermenéutica constitucional, a través de la sustitución de un análisis literal de la letra por principios finalistas y de interpretación como un todo armónico, considerando que todas las reglas constitucionales se encuentran vinculadas.

- c) Por último, la tercera etapa que puede distinguirse en el funcionamiento del órgano que estudiamos surge con motivo de las reformas que le introdujo la citada ley 20.050.

La reforma de 2005, buscando recoger las críticas antes anotadas, modificó la integración del Tribunal, aumentaron sus miembros, se le asignaron nuevas tareas, en especial, el control concentrado de la constitucionalidad de la ley, etc.

Pese a la trascendencia y amplitud de las nuevas labores que se le encomiendan, el constituyente intentó adoptar algunos resguardos para no convertir al Tribunal en un ente con excesivo poder. La prudencia con que el constituyente quiso actuar se manifiesta, por ejemplo, en no haber traspasado al Tribunal Constitucional el conocimiento de todas las acciones que garantizan derechos constitucionales, debido a que, como hiciera notar en la Comisión de Constitución del Senado el entonces presidente del Tribunal, don Juan Colombo, en el derecho comparado las jurisdicciones constitucionales a las que se confiaban esas funciones se encontraban colapsadas, por tener pendientes y sin resolución miles de acciones de esa índole, descuidando con ello su labor propia. Por lo dicho, conservan las Cortes de Apelaciones la facultad de resolver, en primera instancia, los recursos de protección y amparo, y la Corte Suprema la decisión de esas acciones en segunda instancia, como asimismo el conocimiento y fallo de otros asuntos que son concedidos al Alto Tribunal directamente por la propia Carta (por ejemplo, las acciones establecidas en el art. 12 y en el art. 19 N° 7 letra i).

#### IV. Composición del nuevo Tribunal Constitucional (art. 92)

7.- El nuevo Tribunal Constitucional está compuesto por diez integrantes, cifra de índole par, que fuerza a que existan claras mayorías para que adopte sus decisiones.

Por otra parte, tres de sus miembros son designados por el Presidente de la República; cuatro elegidos por el Congreso: dos directamente por el Senado y dos propuestos por la Cámara para que el Senado los apruebe; y tres elegidos por la Corte Suprema.

“Los nombramientos del Senado o la propuesta de la Cámara se efectuarán en votaciones únicas y requerirán para su aprobación del voto favorable de los dos tercios de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda” (2ª oración de la letra b del art. 92) y los integrantes designados por la Corte Suprema se eligen en votación secreta, en sesión especialmente convocada para tal efecto (letra c del art. 92)<sup>7</sup>.

En definitiva, el nuevo sistema de designación permite la participación equilibrada y equitativa de los principales órganos del Estado, permitiendo que quienes sean elegidos ministros del Tribunal posean un título de legitimidad indiscutido y los atributos indispensables para desempeñarse en un organismo cuyo criterio habrá de imponerse muchas veces sobre el de los demás órganos.

En orden al estatuto de sus integrantes, el art. 92 dispone que los ministros duran nueve años en el cargo y se renuevan por parcialidades cada tres. Para acceder al cargo se requiere tener más de 15 años de título de abogado, destacada actividad profesional, universitaria o pública, y no tener impedimento que inhabilite para ser juez. Los ministros del Tribunal están sujetos a una serie de restricciones en el ejercicio de sus funciones, ya que se les aplica tanto el régimen de incompatibilidades e incapacidades parlamentarias, como la causal de cesación parlamentaria de realizar actos o contratos que interfieran con la independencia que han de mantener respecto del Fisco o de intereses particulares (arts 57, 58 y 60 inc. 2º y 3º). Asimismo no pueden ejercer la abogacía ni la judicatura (art. 92, inc. 2º) y gozan del fuero reconocido a los jueces (art. 81). Los miembros son inamovibles en sus cargos, cesan al cumplir 75 años y no pueden ser reelectos, a menos que hayan sido designados como reemplazantes y ejercido la función por un período menor a 5 años (art. 92 inc. 3º). Si algún ministro cesa en el cargo, se procederá a su reemplazo por quien corresponda, de acuerdo a las reglas que les sean aplicables, y durará el tiempo que falte para completar el período del reemplazado (art. 92 inc. 3º).

<sup>7</sup> Véase el Autoacordado que regula el nombramiento por la Corte Suprema de los Ministros titulares del Tribunal Constitucional, publicado en el Diario Oficial de 24 de marzo de 2006.



Podemos concluir que el nuevo régimen de los miembros del Tribunal Constitucional busca asegurar su máxima independencia política, ideológica o de los grupos de interés, acorde con las altas funciones que están llamados a desempeñar, garantizando que puedan abocarse en forma exclusiva a su tarea.

## V. Análisis de las nuevas atribuciones conferidas al Tribunal Constitucional (Capítulo VIII, arts. 93 y 94 de la ley Fundamental)

### a) *Funcionamiento y efecto de sus resoluciones*

8.- El inciso 5º del art. 92 de la Carta dispone que el Tribunal conocerá de los asuntos en pleno, con un quórum de 8 miembros para sesionar, o dividido en dos salas, con un quórum de 4 en cada una de ellas.

Algunas materias se confían expresamente al conocimiento del pleno (Nos. 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 11 del art. 93), pero, respecto de las demás, por razones de prudencia -como propuso el veto formulado por el Presidente Lagos- se prefirió encargar a la ley orgánica la determinación de la forma de su funcionamiento.

Los acuerdos se adoptan por simple mayoría o conforme al quórum especial que se establezca para ciertas materias, y el Tribunal fallará de acuerdo a derecho.

La Constitución reformada mantiene una norma similar a la contemplada en el inciso final del antiguo art. 81: "Una ley orgánica determinará la organización del Tribunal, su funcionamiento, procedimientos y fijará la planta, régimen de remuneraciones y estatuto del personal" (inciso final del art. 92); por ende las demás reglas de su funcionamiento se contendrán en dicha ley orgánica.

Actualmente se encuentra para su aprobación por el Congreso un proyecto de ley que modifica y agrega una serie de disposiciones a la ley 17.997, orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, con el fin de adecuar su normativa a las nuevas reglas dispuestas por la reforma<sup>8</sup>.

Además se impone anotar que una de las normas generales de procedimiento que propone agregar el proyecto de ley orgánica en trámite establece que el Tribunal

<sup>8</sup> El proyecto, que contempla 66 cambios a la ley, se inició por mensaje de 7 de diciembre de 2005, ingresado a la Cámara el 20 de diciembre; el 1º informe de su Comisión de Constitución es de 18 de enero de 2006; el informe complementario es de 7 de abril de 2006; la Comisión de Hacienda evacuó su primer informe el 7 de abril y un informe complementario el 11 de abril; el 12 de abril la sala lo aprobó en general y en particular; en el 2º trámite ante el Senado, el primer informe de la Comisión de Constitución es de 9 de mayo de 2006; se aprobó en general y actualmente se encuentra en la Comisión de Constitución para su segundo informe.

estará obligado a oír alegatos en la mayoría de los asuntos de que conoce (Nos. 2º a 9º y 11 y 12 del art. 93) y la relación será siempre pública.<sup>9</sup>

En cuanto al funcionamiento del órgano conviene, por último, tener presente el acuerdo del Tribunal de 28 de febrero de 2006, publicado el 2 de marzo en Diario Oficial, que establece la integración de las salas, expresa que corresponde la distribución de las causas a su presidente y fija el horario de atención al público.

- 9.- El nuevo art. 94 trata de los efectos de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, disponiendo que en contra de ellas “no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido” (inc. 1º).

Por otra parte, el inciso 2º del mismo art. 94 reitera el siguiente principio contenido en el antiguo art. 83 de la Carta: “Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate”.

La doctrina emanada de sus sentencias va creando precedentes que el Tribunal generalmente toma en cuenta en la resolución de los nuevos asuntos que son sometidos a su conocimiento. De este modo la jurisprudencia sirve, por una parte, al propio órgano para mantener una interpretación coherente de las normas constitucionales, y, por otra, a la ciudadanía, para conocer los criterios y pautas con los que el Tribunal decide. Consecuentemente el proyecto de reforma a la ley orgánica 17.997 da valor a los precedentes del Tribunal, al expresar que cualquier cambio “que modifique o altere sustantivamente lo que hubiere resuelto con anterioridad sobre la misma materia, deberá declarar tal circunstancia y precisar las razones fundadas en que dicho cambio se sustenta” (inciso final del art. 31 del proyecto LOC). En nuestra opinión, dicha norma no puede inmovilizar al Tribunal ni hacerle perder flexibilidad en su labor de interpretación y aplicación de los principios y preceptos constitucionales; ha de sentirse siempre libre para modificar los criterios sentados en su jurisprudencia si juzga que ello es necesario para adecuarlos a una realidad que es siempre cambiante.

#### b) Nuevas atribuciones.

- 1) Aquellas no vinculadas con la constitucionalidad de preceptos legales.

<sup>9</sup> Como consta del primer informe de la Comisión de Constitución del Senado, el ministro del Tribunal Constitucional, señor Raúl Bertelsen, manifestó su preocupación respecto a la proposición, establecida como regla general en el proyecto de ley orgánica, de obligar al Tribunal a escuchar alegatos, porque ello podría generar atrasos en asuntos que pueden resolverse de plano.

10.- Si bien el nuevo art. 93 de la Ley Fundamental mantiene varias de las atribuciones primitivas que se concedían a la judicatura constitucional por el primitivo art. 82<sup>10</sup>, la reforma de 2005 le confía un cúmulo de nuevas facultades que potencian su labor, con la finalidad de que la Carta sea interpretada de un modo más uniforme por un órgano técnico especializado de la máxima jerarquía.

Sin perjuicio de las facultades relacionadas con el control represivo o a posteriori de las leyes, y que estudiaremos con detalle más adelante, el art. 93 de la Ley Fundamental le concede además las siguientes nuevas atribuciones:

- a) “Ejercer el control de constitucionalidad de...las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas (de las leyes orgánicas constitucionales)” (Nº 1).

Al sumarse esta atribución a la que conserva el órgano relacionada con el control de las leyes interpretativas de la Carta y de las leyes orgánicas constitucionales, se resuelve la controversia que surgiera en orden al quórum que requerían las indicadas normas de un tratado para su aprobación por el Congreso y su consiguiente control preventivo por el Tribunal. El problema fue planteado por la propia judicatura constitucional en sentencia de 4 de agosto de 2000, recaída en el Convenio sobre Pueblos Indígenas, cuando expresó la necesidad de que esa especie de tratados mantuviera coherencia con el sistema normativo establecido por la Carta, desde que no parecía lógico que a las leyes orgánicas constitucionales, por la materia sobre que recaen, se exigiera un quórum más alto para su aprobación y sujetarse al examen preventivo obligatorio de su constitucionalidad por el Tribunal, y no se sometieran a dichas exigencias tratados que, teniendo la misma jerarquía normativa, versaran sobre idénticas materias.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Control obligatorio de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales e interpretativas de la Carta (Nº 1 e inc. 2º); resolución de cuestiones de constitucionalidad durante tramitación de un proyecto de ley, de reforma constitucional o de un tratado (Nº 3 e inc. 4º, 5º y 6º); cuestiones de constitucionalidad de los DFL (Nº 4 e inc. 8º y art. 94 inc. 4º); cuestiones de constitucionalidad sobre convocatoria a plebiscito (Nº 5 e inc. 9º, 10º y 11º); cuestiones de constitucionalidad por no promulgar una ley o un texto diverso del aprobado (Nº 8 e inc. 14º); cuestiones de constitucionalidad por decreto o resolución representado por Contraloría (Nº 9); declaración de inconstitucionalidad de organizaciones políticas por atentar en contra de valores democráticos (Nº 10 e inc. 16º y 18º y art. 19 Nº 15 inc. 6º a 8º); informe al Senado (Nº 11 e inc. 15º y 18º y art. 53 Nº 7); resolución de las inhabilidades que afecten a un Ministro de Estado (Nº 13 e inc. 16º, 18º y 19º); resolución de inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación parlamentarias (Nº 14 e inc. 17º).

<sup>11</sup> De acuerdo al proyecto de ley orgánica en actual trámite debe distinguirse si la declaración de inconstitucionalidad de un tratado es parcial o total, aun cuando en ambos casos se decreta por resolución fundada. Si es total, produce como efecto que el Presidente no puede ratificar o promulgar el tratado; si es parcial, es facultad del Presidente decidir su ratificación en la parte no objetada si ello es procedente (arts. 35 inciso final y 36 inciso 2º del proyecto LOC). A nuestro juicio, la posibilidad que se entregaría al Jefe de Estado de aceptar el tratado únicamente en la parte no objetada por el Tribunal podría atentar en contra de la integridad del documento, aspecto que, según las reglas del derecho internacional, constituye un elemento esencial suyo, de acuerdo a lo que dispone la Convención de Viena sobre los Tratados, por lo cual el legislador orgánico no debería aprobar la regla propuesta.

- b) “Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones” (Nº 2).

Están facultados para presentar el requerimiento el Presidente de la República, cualquiera de las Cámaras o diez de sus miembros, como asimismo “toda persona que sea parte en juicio o gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, o desde la primera actuación del procedimiento penal, cuando sea afectada en el ejercicio de sus derechos fundamentales por lo dispuesto en el respectivo auto acordado (inc. 3º del art. 93).

De la redacción de la norma recién copiada se desprende que su intérprete habrá de determinar qué entiende por “derechos fundamentales”, para decidir si incluye dentro de esa categoría jurídica únicamente a los asegurados en el capítulo III de la Constitución, o si comprende del mismo modo a los demás reconocidos a lo largo de todo el texto constitucional, o si se refiere asimismo a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana a que alude el art. 5, se encuentren o no asegurados expresamente en la Carta, incluyendo, por cierto, a los de ese carácter reconocidos en los tratados ratificados por Chile y vigentes.

A nuestro juicio, al concepto debería darse el mayor alcance posible, por cuanto la nueva acción que se concede a las personas afectadas por el auto acordado debe constituirse en una garantía realmente efectiva para lograr el resguardo de sus derechos. Sin embargo, conviene resaltar que, no obstante la extensión que puede darse a los vocablos empleados, si se compara la nueva herramienta que se concede al afectado por un auto acordado con la que posee quien solicita la inaplicabilidad de un precepto legal, queda de manifiesto que esta última acción es más amplia, por cuanto puede fundarse en cualquier infracción a un precepto constitucional, sea éste constitutivo o no de un derecho fundamental.

En caso de que recurra al Tribunal la parte afectada por el auto acordado, corresponde a una de sus salas efectuar el examen de la admisibilidad del requerimiento, sin ulterior recurso (art. 93 inc. final).<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Según el proyecto de reforma de la ley orgánica en actual trámite ante el Congreso, el requerimiento debe acompañar el auto acordado con indicación concreta de la parte impugnada y, si la acción la interpone una parte afectada, debe además mencionar con precisión la manera en que el auto acordado afecta el ejercicio de los derechos fundamentales, concepto este último que, como ya expresamos, debería ser esclarecido por el propio Tribunal.

La declaración de inconstitucionalidad debe publicarse en el Diario Oficial dentro de los 3 días siguientes a su dictación (art. 94 inc. 4°). Desde su publicación, el auto acordado se entiende derogado en forma total o en la parte de él declarada inconstitucional, pero, con el objeto de no afectar derechos adquiridos, la derogación no produce efectos retroactivos (art. 94 inc. 3°).

- c) “Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado” (N° 12).

Las contiendas cuya decisión compete al Senado son aquellas suscitadas entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia, concepto este último que comprende a las Cortes de Apelaciones, la Corte Marcial y la Corte Suprema (art. 53 N° 3). Por lo dicho, la regla confía al Tribunal el conocimiento y fallo de aquellas controversias de competencia suscitadas entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de inferior jerarquía a la de los superiores que hemos mencionado.

Los conflictos que se suscitan entre las referidas autoridades surgen en su mayoría entre órganos que ejercen jurisdicción judicial y lo que ha de precisarse a través de la contienda es a cuál de ellos compete pronunciarse sobre un caso específico. Es por ello que esta atribución se reservaba a la Corte Suprema, dentro de la superintendencia directiva, correccional y económica que ejerce sobre todos los tribunales de la Nación, entre los cuales se encuentran tanto los tribunales inferiores de justicia y como aquellos especiales integrantes de un órgano administrativo, que ejercen asimismo facultades jurisdiccionales. Por lo dicho, a nuestro juicio, no debió haberse privado a la Corte de la resolución de problemas que pueden surgir en el funcionamiento mismo de los tribunales sobre los cuales ejerce su autoridad, como explica el informe que hizo llegar el máximo Tribunal a la Comisión de Constitución del Senado.

Por otra parte, se mantiene en el Senado -como propuso el último informe de la Comisión de Constitución de esa Alta Corporación-, la resolución de las contiendas suscitadas entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia, facultad que, en los primeros trámites del proyecto de reforma, se confiaba precisamente al Tribunal Constitucional. Los problemas que plantean esas contiendas son más propiamente conflictos de jurisdicción y no de competencia -como ocurre respecto de las que ahora se le confían-, en la medida que recaen en la determinación de la esfera de potestades privativas que corresponda a los órganos en conflicto. Nos parece por lo dicho

más apropiado haber confiado la resolución de esas controversias al Tribunal Constitucional, como órgano autónomo, independiente, encargado de resguardar la Carta y de mantener la debida distribución de funciones que ella consigna en su texto. Conviene recordar al efecto que con mucha amplitud la ley 17.284, de 1970, entregaba al Tribunal Constitucional la decisión de las contiendas de competencia “que determinen las leyes”, regla que no tuvo aplicación porque no se dictó la normativa legal que debía establecer las cuestiones de jurisdicción sujetas a su resolución.

En cuanto a su tramitación, la Carta dispone que el requerimiento debe deducirse por cualquiera de las autoridades o tribunales en conflicto (inc. 17 del art. 93) y, de acuerdo con lo que dispone el proyecto de ley orgánica, conoce de él una de las salas del Tribunal.

- d) “Calificar la inhabilidad invocada por un parlamentario en los términos del inciso final del artículo 60 y pronunciarse sobre su renuncia al cargo” (Nº 15).

La disposición a que alude la norma fue incorporada asimismo por la ley de reforma y expresa: “Los diputados y senadores podrán renunciar a sus cargos cuando les afecte una enfermedad grave que les impida desempeñarlos y así lo califique el Tribunal Constitucional”.

La facultad del Tribunal es semejante a la que le atribuye el Nº 11 del mismo art. 93, en cuanto ha de informar al Senado sobre el impedimento físico o mental que inhabilite al Presidente en ejercicio o electo o sobre el fundamento de la dimisión que haga el Presidente de su cargo (art. 53 Nº 7).

- e) “Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquéllos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del art. 63” (Nº 16).

Además de fundirse en un solo precepto las materias contenidas en los antiguos Nos. 5 y 12 del art. 82 -referido, el primero, a los decretos inconstitucionales y, el segundo, a los dictados en materias reservadas a la ley-, la reforma separa dos asuntos que estaban contenidos en un mismo precepto (Nº 5 del art. 82), estableciendo como atribución especial distinta la resolución de los reclamos formulados en caso de que el Presidente promulgue erróneamente una ley (Nº 8), de los decretos inconstitucionales. Con el cambio la Carta ha ganado mayor sistematización, puesto que, por una parte, trata en una misma regla

materias íntimamente vinculadas referidas a la potestad reglamentaria del Presidente de la República, y, por otra, establece reglas diferentes para regular materias que se confundían en una misma norma.

Tanto en relación a los decretos inconstitucionales, cualquiera sea el vicio invocado, como a aquellos que lo sean por haberse excedido la potestad reglamentaria autónoma, el Tribunal podrá conocer el asunto a requerimiento de cualquiera de las Cámaras, efectuado dentro de los 30 días siguientes a la publicación o notificación del texto impugnado, pero si el vicio no recae en decretos que excedan la potestad reglamentaria, también podrá deducir la cuestión una cuarta parte de los miembros en ejercicio de cualquiera de las Cámaras (art. 93 inc. 19°).

La norma alude a la declaración de la inconstitucionalidad de los decretos "supremos", es decir, de aquellos emanados del Presidente de la República, dictados en uso de su facultad de administración y gobierno (art. 24) o para la ejecución de las leyes (art. 32 N° 6). Tanto desde un punto de vista doctrinario como de lenguaje jurídico, cabe considerar que el vocablo empleado constituye una expresión genérica comprensiva tanto de los decretos propiamente tales, como de los reglamentos supremos, y, por lo tanto, la constitucionalidad de éstos también puede discutirse ante el Tribunal.

La Carta omite señalar la forma en que el Tribunal conoce de los requerimientos que ahora estudiamos<sup>13</sup>.

La sentencia que acoja el reclamo produce como efecto que el decreto queda sin efecto de pleno derecho (art 94 inc. 3) y deberá publicarse en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación (mismo artículo, inciso 4°).

## 2) Control represivo o a posteriori de los preceptos legales

11.- Las más trascendentes y novedosas atribuciones que se confían al Tribunal Constitucional por la ley 20.050 se relacionan tanto con la inaplicabilidad como con la inconstitucionalidad de preceptos legales ya promulgados y en vigencia.

En efecto, la reforma innova en la materia al entregar a la judicatura que estudiamos el control concentrado de la constitucionalidad de la ley, por cuanto le corresponde no sólo decidir en forma preventiva o a priori si esa categoría de norma jurídica se ajusta o no a la Carta, sino de modo represivo o a posteriori, es decir, después de que ha sido promulgada, terminándose

<sup>13</sup> El proyecto de ley en trámite expresa que correspondería a una de las salas, pero lo resolvería el pleno (art. 25 C 8).

así con el sistema mixto que consagraba tanto la Carta de 1925 reformada en 1970, como el texto primitivo de la de 1980.

La regla priva así a la Corte Suprema del conocimiento y fallo de la inaplicabilidad de la ley, cuyo régimen se contemplaba en el art. 80 original, buscando con ello “establecer un sistema de constitucionalidad concentrado y no difuso como el actual, en que la Corte Suprema actúa por un lado y el Tribunal, por otro, con el objeto de concentrar la defensa del principio de supremacía constitucional en un solo organismo”, como expresó el ministro del Tribunal don Eugenio Valenzuela al intervenir en la Comisión de Constitución del Senado, según testimonia su primer informe de 6 de noviembre de 2001. Trascendencia tuvo también la siguiente intervención del ministro Juan Colombo, según da cuenta el mismo documento de la Comisión del Senado: “En el mundo se aprecian dos tipos diferentes de Tribunales Constitucionales. Uno, los Tribunales Constitucionales propiamente tales. Otro, en que existen salas de la Corte Suprema especializadas, dedicadas a decidir conflictos constitucionales. Es partidario de los Tribunales Constitucionales propiamente tales, pues la Corte Suprema, dentro del mecanismo de la organización de la justicia, vela fundamentalmente por el cumplimiento de la ley y eso está claro dentro de toda la mecánica del recurso de casación en el fondo... Si se produce un problema de constitucionalidad, incluso de la ley, tiene que acudir a un órgano especializado para que dirima si esa ley es o no constitucional. La Corte Suprema es un ente que está inmerso en la división de los poderes públicos. En cambio, el Tribunal es un órgano independiente y ajeno al quehacer normal de la injerencia de los poderes públicos...”

12.- En orden al control represivo de las leyes, corresponde, en primer lugar, al Tribunal Constitucional:

“Resolver, por mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución” (art. 93 N° 6).

En el análisis de esta atribución es necesario recordar que la constitucionalidad de las leyes se presume en razón de sujetarse a una serie de controles antes de su promulgación, como son, por ejemplo, el estudio que realizan durante su tramitación las comisiones de las Cámaras -especialmente en nuestro país, la de Constitución, Legislación y Justicia-, la posibilidad de que el Presidente de la República formule observaciones al proyecto despachado por las Cámaras, el examen que realicen las comisiones mixtas en caso de desacuerdo entre las Cámaras, el control preventivo que puede y, en ciertos casos, debe ejercer el Tribunal Constitucional, etc.



Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, un precepto contenido en una ley puede, en una situación concreta, ser inconstitucional. Es por ello que desde la dictación del ya citado fallo *Marbury con Madison* en 1803, se consideró necesario atacar una ley que tuviese ese vicio declarándola inaplicable, con el objeto de hacer prevalecer el principio de la supremacía constitucional.

Debemos reiterar que la facultad que ahora se confiere al Tribunal Constitucional, consistente en una modalidad de control a posteriori o represivo de la ley, correspondía en forma exclusiva a la Corte Suprema a través de la declaración de su inaplicabilidad ya sea pronunciada de oficio, ya recaída en recurso presentado por el afectado en una gestión que conociera un tribunal.

Sin perjuicio de haber ejercido en forma ininterrumpida desde 1925 la referida atribución, durante estos últimos años cundieron numerosos reclamos en contra del máximo Tribunal del Poder Judicial en relación a su rol de garante de la Ley Fundamental, lo cual explica que le fuese arrebatada por el constituyente de 2005, sin mayor explicación y fundamento en la historia de la ley de reforma.

Algunas de dichas críticas recaían en la consideración de que, en la interpretación de las normas involucradas, la Corte Suprema se limitaba a aplicar un criterio demasiado formalista, conservador y ceñido al tenor literal de la Constitución y de la ley y, en definitiva, poco protector de los derechos de las personas; que la jurisprudencia recaída en las inaplicabilidades no siempre fue uniforme y muchas veces contradictoria; y que, en muchas oportunidades, escudándose en la falta de requisitos de admisibilidad, la Corte no entraba al conocimiento del fondo en asuntos que requerían de su intervención y resolución. A esas objeciones se sumaba el cuestionamiento formulado por la opinión pública a la labor desarrollada por la Corte Suprema durante la intervención militar, a quien se acusaba de falta de decisión para resguardar en forma enérgica derechos gravemente atropellados. Estos, además de varios otros cuestionamientos a la forma en que el Tribunal Supremo había desarrollado sus tareas en el último tiempo, que no es del caso aquí entrar a detallar, fueron acarreado en definitiva su descrédito como máximo garante de la constitucionalidad de la ley ya promulgada.

- 13.- Sin perjuicio de lo recién afirmado, creemos que la solución propuesta por la ley 20.050 puede conducir a que surjan nuevas dificultades.

En efecto, el Tribunal Constitucional, en el conocimiento y resolución de sus tareas propias fue ganando sólido prestigio a través de un adecuado ejercicio de las atribuciones concedidas, pero la nueva facultad concedida lo obliga a alterar su forma de actuar porque, al conocer de las inaplicabi-

lidades, entra a juzgar asuntos en los que se juegan intereses particulares en un caso determinado y preciso. Como expresa el informe que enviara la Corte Suprema a la Comisión de Constitución del Senado, la inaplicabilidad busca “la solución de un caso concreto de una posible inconstitucionalidad puntual surgida en el transcurso de un trámite judicial y no de un control en abstracto y de consecuencias generales de la constitucionalidad”, como es la labor que le compete y le compete más propiamente a un Tribunal Constitucional.

Al dejar de resolver en el puro terreno de los principios, el Tribunal se expone a sufrir la presión de las partes intervinientes de la gestión con motivo de la cual se entabla el requerimiento. Asimismo es de temer que la recarga de trabajo que le signifique esta nueva labor, además de las otras que ya hemos estudiado, pueda distraerlo de la resolución de los asuntos que le son más típicos y propios.

Por otra parte, a la Corte Suprema se la priva de la facultad más importante que ejercía y que es integrante de su misión propia: la conservadora de los derechos constitucionales reconocidos a los individuos. Dicha atribución, que centra la razón de ser y es el máximo servicio que presta a la colectividad como cabeza del Poder Judicial, se ve mermada, porque prácticamente ahora pierde la soberanía que ella gozaba de establecer la existencia y los contornos de la situación de hecho para dar primacía a la Carta en la defensa de los derechos que se hagan valer ante ella.

Esta privación llega al extremo de que el máximo tribunal, al resolver un asunto, no puede prescindir de aplicar una ley que, en el caso, atente en contra de la Constitución, debiendo entregar esa resolución a un órgano no integrante del Poder Judicial, lo cual evidentemente puede conducir a que se produzcan roces entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Conviene recordar al respecto que el art. 80 de la Constitución de 1980 había fortalecido a la Corte en su misión conservadora desde que, en las materias de que conociera y sin necesidad de que se hubiese deducido recurso, si llegaba a la conclusión de que la aplicación de la ley violaba la Carta, podía declarar de oficio la inaplicabilidad<sup>14</sup>.

La debilidad de la postura en que queda ahora la Corte Suprema le ha llevado a abdicar de una facultad propia de todo tribunal de justicia, cual es imponer el principio de la jerarquía normativa en la resolución de un asunto sometido a su conocimiento, en cuanto no puede, en un caso sometido a

<sup>14</sup> Los profesores Fernando Saenger Gianoni y Guillermo Bruna Contreras, en su obra “Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005”, dan a conocer que en el periodo analizado la Corte Suprema sólo dictó tres sentencias declarando de oficio la inaplicabilidad de la ley (Editorial Jurídica de Chile, 2006, págs. 114 a 118).

su conocimiento, hacer primar la Constitución por sobre una ley que se le oponga.

Por último, como expresó la Corte en el referido informe que enviara a la Comisión del Senado, existe “preocupación por el efecto que las modificaciones que se proponen podrían producir en el necesario y delicado equilibrio que el constituyente sabiamente había mantenido entre los tres poderes tradicionales del Estado, desde los inicios de nuestra vida como Nación independiente. Tal equilibrio supone necesariamente la existencia de efectivos contrapesos y controles recíprocos entre los Poderes, situación que se ha ido deteriorando paulatinamente respecto del Poder Judicial. Esta tendencia se agudizaría al restársele a la Corte Suprema el conocimiento del recurso de inaplicabilidad, sin que la pérdida de ese control relativo a la constitucionalidad de las leyes para un caso particular en tramitación ante los tribunales sea compensada con otras facultades de fiscalización que se le confieran al Poder Judicial”.

- 14.- Para posibilitar un traspaso apropiado y paulatino de la competencia que ejercía la Corte Suprema al Tribunal Constitucional, la disposición 15<sup>a</sup> transitoria dispuso:

“Los procesos iniciados, de oficio o a petición de parte, o que se iniciaren en la Corte Suprema para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal por ser contrario a la Constitución, con anterioridad a la aplicación de las reformas al Capítulo VIII, seguirán siendo de conocimiento y resolución de esa Corte hasta su completo término”.

En consecuencia las acciones de inaplicabilidad que se interpusieran con posterioridad al 26 de febrero de 2006, fecha en que entró en vigencia la ley 20.050, debían ser conocidas por el Tribunal Constitucional.<sup>15</sup>

- 15.- Exclusivamente al Tribunal Constitucional corresponde conocer las inaplicabilidades, como antes se entendía que competía con esa característica a la Corte Suprema. Consecuentemente la Ley Fundamental establece que los titulares de la acción no son sólo cualquiera de las partes intervinientes en la gestión de que se trate, sino también el juez que conoce del asunto, el cual está, por lo tanto, obligado, si cree del caso, a plantear el asunto al Tribunal Constitucional<sup>16</sup>. Al permitirse no sólo a las partes formular la cuestión, sino al propio juez que conoce de la gestión, a nuestro juicio,

<sup>15</sup> Así lo declaró el propio Tribunal Constitucional en la resolución de 31 de mayo de 2006, recaída en un incidente previo deducido por el Servicio de Impuestos Internos para que se abstuviera de seguir conociendo de un requerimiento de inaplicabilidad (Gaceta Jurídica Nº 311, 2006, págs. 341 a 352, cons. 14º).

<sup>16</sup> En El Mercurio de 20 de julio de 2006 se da cuenta de la primera solicitud presentada por un tribunal de justicia ante la judicatura constitucional. Se trata de la petición formulada por la tercera sala de la Corte de Apelaciones de Santiago para que el Tribunal Constitucional declare la inaplicabilidad de un precepto de la Ley de Conce-

se termina la discusión sobre el eventual control difuso de constitucionalidad de la ley que, según algunos, podían efectuar los jueces integrantes del Poder Judicial, estando éstos obligados, en caso de duda, a acudir al Tribunal Constitucional<sup>17</sup>.

16.- Se pide la inaplicabilidad de un "precepto legal", es decir:

- a) De una regla legal en vigor al momento de surgir el problema, es decir, de una que no esté derogada ni se haya aplicado en la decisión de la gestión judicial correspondiente.
- b) El concepto comprende a las normas de jerarquía legal, incluyéndose todas a las que se reconozca esa categoría, como son las leyes comunes, las de quórum calificado y las orgánicas constitucionales.

Los decretos con fuerza de ley se encuentran en una situación especial, porque en relación a ellos se podría pedir tanto la inaplicabilidad de la ley habilitante como la del propio DFL, y tanto desde un punto de vista de la forma como del fondo. Sin embargo, la declaración de si el DFL se ajustó o no a la ley autorizante es un asunto de mera legalidad, cuya resolución, a nuestro juicio, compete a los jueces del fondo.

Respecto de los tratados surge ahora un problema que no se planteaba antes de la reforma, por cuanto, tal como el mismo Tribunal había reconocido<sup>18</sup>, se estimaba que, como contienen normas de jerarquía legal, podían éstas declararse inaplicables. En efecto, el nuevo art. 54 N° 1 inc. 5° asegura ahora la intangibilidad de los tratados -debido a que envuelven compromisos que adquiere Chile en el orden internacional-, preceptuando: "las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los mismos tratados o de acuerdo a las normas generales del derecho internacional".

---

siones, que faculta a la empresa concesionaria de una autopista para cobrar a sus usuarios una indemnización compensatoria equivalente a cuarenta veces el valor de lo que se le adeude.

<sup>17</sup> El proyecto de modificación de la ley orgánica del Tribunal distingue si el requerimiento es presentado por la parte afectada o por el juez. El promovido por la parte debe acompañarse de un certificado expedido por el tribunal que conoce la gestión, en que conste la existencia del proceso, el estado en que éste se encuentra y la calidad de parte del requirente; el promovido por el tribunal que conoce de la gestión debe formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente. El tribunal deberá dejar constancia en el proceso de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes (art. 47 A).

<sup>18</sup> El fallo del Tribunal Constitucional, de 8 de abril de 2002 (rol 346), recaído en requerimiento en contra del Estatuto de Roma, que establece la Corte Penal Internacional, pronunciándose acerca de si los tratados sobre derechos humanos modifican la Carta o deben sujetarse a ella, sostiene esta última opción, para lo cual cita y comparte el Informe de la Junta de Gobierno, de 12 de junio de 1989, como antecedente de la incorporación de esa índole de tratados a la Carta, documento que afirma que procede declarar la inaplicabilidad de un tratado por inconstitucionalidad (cons. 63°).

A nuestro juicio, si la Carta impide suspender la aplicación de los tratados, y por ende su inaplicabilidad, tanto el Presidente de la República al suscribirlos como el Congreso al aprobarlos han de mostrarse extremadamente cuidadosos en examinar su constitucionalidad, especialmente si ellos no se someten al control preventivo del Tribunal, ya por no incluir normas de rango orgánico constitucional, ya porque a su respecto no se ha presentado un requerimiento.

Creemos, sin embargo, que nuestro país debería defender la Carta si luego de ratificado llega al convencimiento de que el tratado la vulnera, por lo que habrá de buscar alguna fórmula para no seguir comprometido en el ámbito internacional. La postura en que quede colocado Chile en esa hipótesis cobra aún mayor relevancia si el tratado respectivo contiene reglas que infrinjan derechos asegurados por la Carta o que, no estando contenidos expresamente en su texto, sean de aquellos esenciales que emanan de la naturaleza humana (art. 5). Si nuestra propia soberanía tiene como límite esa categoría de derechos, podrá hacerse valer su primacía asimismo en el orden internacional.

- c) El precepto legal cuya constitucionalidad se analiza puede haber sido promulgado con anterioridad o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Carta, porque ésta no distingue.

¿Puede cualquier tribunal prescindir de la norma derogada por la Constitución posterior incompatible o sólo el Tribunal Constitucional?

Para contestar la duda debemos tener presente que durante la discusión suscitada en la Comisión de Constitución del Senado, el ministro del Tribunal don Eugenio Valenzuela expresó que la derogación era un problema o vicio de inconstitucionalidad, y por eso sólo podría conocer el Tribunal Constitucional. Por otra parte, la última jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la materia reconocía que ésta tenía atribuciones para declarar la derogación de una ley por la vía de declarar su inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

A nuestro juicio, determinar la derogación tácita de una ley dictada con anterioridad a la Constitución vigente, desde un punto de vista netamente jurídico, se traduce en la simple constatación de que la ley no tiene vigencia y no subsiste, por lo que cualquier tribunal podría desconocerle valor. Sin embargo, como se privó a la Corte Suprema -órgano cúspide del Poder Judicial- del conocimiento de las inaplicabilidades y en el hecho, decidiendo en esos asuntos, esa magistratura había declarado inaplicables leyes que se encontraban en verdad derogadas tácitamente por la Carta de 1980, lo más probable es que ahora, con mayor razón, un tribunal de inferior jerarquía se sentirá inhibido para

declarar la derogación tácita de la ley por pugnar con la Carta y, frente a la duda que le plantee un asunto de esa naturaleza, acudirá al Tribunal Constitucional.

- d) El precepto legal cuestionado puede generar una inconstitucionalidad de fondo o de forma.

La norma constitucional termina con la discusión que se había planteado en el antiguo sistema relativa a si la Corte Suprema, conociendo de una inaplicabilidad, podía declarar la inconstitucionalidad por vicios producidos durante la formación de la ley. La jurisprudencia de la Corte fue constante y reiterada en considerar que sólo podía declarar la inaplicabilidad de un precepto legal por ser contrario a la sustancia de la Carta, pero no podía desconocerlo si no se habían respetado ciertas reglas en su tramitación, fundándose en que no le correspondía constituirse en un ente contralor o revisor de la actuación de los poderes colegisladores.

Uno de los objetivos que persiguió el constituyente para entregar la resolución de las inaplicabilidades a la judicatura constitucional fue precisamente llenar el vacío producido por la falta de intervención de la Corte Suprema en esta índole de inconstitucionalidades. No hay ahora duda alguna que el Tribunal Constitucional tiene suficiente jerarquía, independencia y atribuciones como para pronunciarse sobre los defectos de forma que pueden afectar a una ley en vigencia, lo cual resulta evidente al tenerse presente que es y sigue siendo el órgano llamado a resolver en forma preventiva los problemas de esa naturaleza que le afecten antes de su promulgación. En el debate desarrollado en la Comisión del Senado, de que da cuenta su primer informe, el ministro señor Eugenio Valenzuela “explicó que el recurso de inaplicabilidad procedería por razones de fondo y de forma, porque naturalmente la tendencia de la Corte, que ha sido imposible revertir, excluye la posibilidad del recurso de inaplicabilidad por razones de forma, fundándose en que ese órgano no desea entrometerse en labores propias de otro Poder del Estado”.

Estimamos, sin embargo, que el Tribunal ha de ejercer prudentemente esta atribución, porque no debería entrometerse en demasía en el modo en que el legislador ha ejercido facultades privativas, debiendo distinguir aquellos vicios formales que realmente sean importantes y determinantes para dar valor a la ley, de aquellos de poca monta e insignificantes, declarando la inaplicabilidad fundada solamente en aquellos de mayor trascendencia. No debe olvidarse al efecto la trascendencia y gravedad que acarrea la inaplicabilidad declarada, porque ésta autoriza a cual-

quiera persona para pedir al mismo Tribunal que la ley sea declarada inconstitucional y luego derogada, como veremos más adelante.

- e) Por otra parte, la regla legal que se impugne a través de la petición de inaplicabilidad puede violar tanto preceptos de naturaleza dogmática o relacional de la Carta como aquellos de índole formal, adjetivo u orgánico contenidas en ella, puesto que el constituyente no hace ninguna distinción al respecto.

17.- La Carta exige que el Tribunal resuelva la inaplicabilidad de un precepto legal “cuya aplicación resulte contraria a la Constitución”, ya en relación con determinado precepto contenida en ella, ya considerando el contexto que derive de varias de sus normas.

La reforma innova en esta materia comprendiendo en forma más certera y clara en qué consiste la atribución de que se trata.

En efecto, en la gestión de que conoce un tribunal debe temerse que, a la luz de los hechos del caso, si se llega a aplicar la ley que debiera resolver el asunto, se vulnerarían las normas contempladas en la Ley Fundamental.

Esta comprensión que el constituyente demuestra tener acerca de la naturaleza de la acción de inaplicabilidad quiso plasmarla en la norma para distinguirla de la que persigue la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

La historia del establecimiento de la norma que analizamos no da mayores luces acerca de su significado. En efecto, el Senado había trasladado al Tribunal la atribución que antes competía a la Corte en los mismos términos en que la consagraba el art. 80 del texto primitivo de la Constitución. La norma se originó en la Cámara, en segundo trámite, y la primera aproximación a su texto se encuentra en el siguiente precepto contenido en el segundo informe de la Comisión de Constitución de esa rama legislativa: “Declarar inaplicable un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, produzca efectos contrarios a la Constitución”. Conviene, por último tener presente que durante la discusión en la sala del segundo informe complementario de la citada Comisión, de 22 de junio de 2005, que contiene la actual redacción de la disposición, el diputado señor Juan Bustos expresó: “En este caso, cualquiera de las partes puede pedir al Tribunal Constitucional que resuelva la inaplicabilidad de un precepto legal, en la medida en que sus efectos sean inconstitucionales”.

Lo que persigue la inaplicabilidad es que el juez prescinda de aplicar la ley en el caso concreto que debe resolver. Esta característica de la institución que analizamos lleva a que la declaración produzca efectos particulares,

sólo en el asunto de que está conociendo ese juez, y no efectos generales o erga omnes, como ocurre con la declaración de inconstitucionalidad de la ley, por cuanto la misma ley declarada inaplicable para un caso particular puede, al aplicarse en otro, no infringir la Ley Fundamental. Puede asimismo concebirse que una regla legal, en abstracto, no en relación a una determinada situación de hecho, sea constitucional, pero que, tomando en cuenta las consideraciones que rodean su aplicación, resulte inconstitucional y, por lo tanto, inaplicable.

La redacción del antiguo art. 80 de la Carta de 1980 no tenía la misma claridad que la del precepto que ahora comentamos, por cuanto confería a la Corte Suprema la facultad de “declarar inaplicable para esos casos particulares, todo precepto legal contrario a la Constitución”, con lo cual podía entenderse que llamaba a efectuar un análisis en abstracto de la ley para enfrentarla a la Carta, en circunstancias que la institución de la inaplicabilidad no puede sustraerse de los contornos que plantea el caso en que debe aplicarse la ley.

Por lo dicho, el examen que efectúa el Tribunal Constitucional es entre el contenido de la Constitución y el precepto legal, a la luz de los antecedentes que derivan de la situación de hecho concreta de que se trata. No le corresponde aquí, por lo tanto, efectuar un análisis doctrinario y abstracto, de mera confrontación entre la Carta y el precepto, porque “llevado lo abstracto de la norma a lo concreto de su aplicación, ella puede ser constitucional o inconstitucional según las características de los problemas específicos que se presenten”, como explica don Alejandro Silva Bascuñán<sup>19</sup>.

Confirmando lo que manifestamos, el propio Tribunal, resolviendo una de las primeras acciones de inaplicabilidad presentada conforme al nuevo art. 93 N° 6, sostuvo que “en sede de inaplicabilidad, el Tribunal está llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución. Lo que el Tribunal debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado, producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución” (sentencia de 27 de julio de 2006, rol 480, cons. 27°).

Consecuentemente, el Tribunal Constitucional no podría ordenar la acumulación de causas respecto de requerimientos en que se pida la inaplicabilidad del mismo precepto, porque debe resolver la inconstitucionalidad de la aplicación de la ley para cada caso particular que sea sometido a su conocimiento.

<sup>19</sup> “Tratado de Derecho Constitucional”, tomo VIII, Ed. Jurídica de Chile, 2002, N° 108, pág. 197.



- 18.- La acción se interpone respecto de “cualquier gestión”, o sea, de cualquier actividad judicial ejercida ante un tribunal ordinario o especial, y no sólo de juicios o acciones de naturaleza contenciosa.

Debe tratarse asimismo de una gestión que debe encontrarse pendiente de resolución ante el tribunal que corresponda, por cuanto lo que persigue la acción es justamente que, al momento de decidirse el asunto, se prescindiera de la ley cuya aplicación resulte contraria a la Constitución.

Por otra parte, el requerimiento se puede interponer en cualquier oportunidad procesal en que se aprecie que la aplicación inconstitucional del precepto legal pueda resultar decisiva en la resolución de ese asunto.

- 19.- La Constitución reformada precisa ahora que la gestión debe seguirse ante un tribunal “ordinario o especial”; el art. 80 primitivo no hacía esta distinción en relación al tribunal que conociera de la gestión.

Debemos advertir que no existen antecedentes en la historia fidedigna del establecimiento de la reforma que nos permitan dilucidar lo que buscó el constituyente de 2005 mediante los vocablos empleados.

No hay duda, en primer lugar, que los tribunales ordinarios a que alude la regla integran el Poder Judicial y son los que señala el art. 5º inc. 2º del COT.

Se presenta, sin embargo, el problema de determinar, en segundo lugar, cuándo hay tribunal especial. A nuestro juicio, se comprenden dentro de ese concepto los especiales que integran el Poder Judicial (ej: laborales, de menores, jueces árbitros, etc.) y aquellos creados por leyes especiales que entregan a determinados órganos administrativos la facultad de ejercer jurisdicción (ej: director regional del SII, director de Aduanas, tribunal de la libre competencia, etc.).

Por otra parte, a nuestro juicio, no deberían integrar la categoría de tribunales especiales todos los órganos que ejercen jurisdicción, concepto a que alude el art. 19 N° 3 inc. 5º de la Constitución, como son, por ejemplo, los que juzgan a los integrantes de un gremio o colegio profesional, por cuanto éstos se rigen por convenciones que regulan relaciones entre particulares y son organismos que no ejercen poder público; tampoco son, a nuestro juicio, tribunales especiales los órganos autónomos contemplados en la Constitución que ejercen jurisdicción, como, por ejemplo, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales.

Lo recién afirmado se explica porque, según nuestra opinión, la regla debería extenderse únicamente a los llamados “tribunales de la Nación”, mencionados en el art. 82, respecto de los cuales la Corte Suprema tiene

la superintendencia directiva, correccional y económica, comprendiéndose en ese concepto tanto a los tribunales ordinarios como a los especiales que hemos mencionado.

- 20.- Se han deducido hasta ahora más de 100 requerimientos de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional; muchos de ellos declarados inadmisibles, pero la mayoría en avanzado estado de tramitación, hallándose algunos en estado de fallo y varios ya sentenciados.

Aun cuando, como hemos anotado, todavía no se ha modificado la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional para adecuarla a la reforma de la ley 20.050, el Tribunal ha comenzado a conocer de estos asuntos desde su entrada en vigencia.

El propio órgano de justicia constitucional, en el fallo de 31 de mayo de 2006 a que aludimos en nota 14, resolviendo un incidente de previo y especial pronunciamiento fundado, entre otros argumentos, en que la falta de ley orgánica que regule el procedimiento de las acciones de inaplicabilidad impediría su substanciación, afirmó su competencia, fundado en los principios de vinculación directa de la Carta, que conduce a su aplicación inmediata, y de supremacía constitucional, por lo que su fuerza normativa no está subordinada a la dictación de una ley complementaria (art. 6 de la Carta); en el principio de inexcusabilidad de los tribunales, que obliga a éstos a conocer de las materias que se sometan a su conocimiento, aun a falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión (art. 76); en ciertos principios generales del Derecho, especialmente en los de defensa jurídica y de debido proceso, contemplados en el art. 19 N° 3, incisos 2° y 5° de la Carta (considerandos 20° a 26° del citado fallo). Podemos agregar que el Tribunal quiso asimismo dar una señal política clara a los poderes colegisladores para apurar el pronto despacho de la ley orgánica, la cual, a pesar de esa intención, como ya dijimos, aún no se promulga.

Conviene destacar que el Tribunal Constitucional no dictó un auto acordado para regular la tramitación de las inaplicabilidades, esgrimiendo que no podía hacerlo por ausencia de norma que le autorizase a sustituir en este caso al legislador orgánico, estándole además prohibido actuar de oficio.

Sin embargo, en el hecho, para cada acción particular que se ha interpuesto, el Tribunal ha dictado una resolución especial que fija un procedimiento prácticamente idéntico para todos los requerimientos de que conoce, respondiendo esas resoluciones a un mismo criterio inspirador, resultante de una especie de auto acordado al que se ciñe el Tribunal en la tramitación de estos asuntos.

- 21.- Interpuesto el requerimiento, la sala respectiva examina su admisibilidad y lo acogerá a tramitación siempre que “verifique la existencia de una gestión

pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y que se cumplan los demás requisitos que establezca la ley” (inc. 11° del art. 93 de la Constitución).

El requisito de que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución del asunto (art. 93 inc. N° 11), supone un análisis muy exhaustivo por parte del Tribunal para determinar si de los antecedentes allegados al requerimiento puede concluirse que el juez habrá necesariamente de acudir a la aplicación de la norma legal para decidir la gestión. Podrían, en efecto, existir otras reglas legales que fuesen más pertinentes para resolver el asunto y que no planteen problemas de constitucionalidad en su aplicación para decidir el caso sometido a la consideración del tribunal, frente a lo cual no se reunirá el requisito exigido por la Carta.

Sin embargo, como el Tribunal Constitucional habrá de estudiar si la aplicación “pueda” resultar decisiva en la decisión y ello supone efectuar un análisis predictivo de una situación que aún no ha ocurrido, podría eventualmente ocurrir que, luego de presentado el requerimiento y acogido a tramitación, se hicieran valer en la gestión judicial otros elementos de prueba o de derecho que no se tuvieron a la vista con anterioridad al examen de admisibilidad del requerimiento y que pudiesen llevar al juez a desechar la aplicación de la ley impugnada ante el Tribunal Constitucional. La situación antedicha podría suceder sólo en el caso de que no se ordenara la suspensión de la tramitación de la gestión judicial.

La sala del Tribunal habrá de preocuparse especialmente además de que la acción señale de qué modo la aplicación de la ley viola determinado precepto de la Carta; para cumplir con esa exigencia, el requerimiento deberá fundamentar con razones de hecho, de derecho y doctrinarias la impugnación, no bastando, por ejemplo, citar la norma constitucional conculcada o realizar una mera transcripción de ésta.

Si faltan algunos de esos requisitos o antecedentes, el requerimiento será declarado inadmisibile y se tendrá por no presentado.

La sala, al acoger a tramitación el requerimiento, debe pronunciarse además sobre la petición de suspensión del procedimiento (inc. 11° del art. 93 de la Constitución)<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> La suspensión, a nuestro juicio, debería poder solicitarse no sólo junto con el requerimiento, sino en cualquier estado de la tramitación, si se demuestra que con la suspensión puede evitarse un daño irreparable a alguna de las partes.

Luego de admitido a tramitación el requerimiento, conforme a lo ya dicho, el Tribunal dictará una resolución que fija el procedimiento que debe seguirse ante él, resolución que contempla reglas prácticamente idénticas para todos los procesos y que se remite, entre otras normas, a las disposiciones contempladas respecto de los requerimientos contenidas en el párrafo 2 del Título II de la ley orgánica constitucional N° 17.997 del Tribunal Constitucional y a las normas comunes de todo procedimiento contempladas en el Código de Procedimiento Civil.<sup>21</sup>

22.- La acción es resuelta por el pleno y la declaración de inaplicabilidad requiere el voto conforme de la mayoría de los miembros en ejercicio del Tribunal, es decir, de al menos seis de sus integrantes (art. 93 N° 6).

Los efectos de la sentencia dependerán de si se acoge o no la inaplicabilidad, pero, cualquiera sea la decisión, ésta genera consecuencias sólo respecto del caso particular y concreto de que se trata, no produciendo efectos generales, erga omnes.

Acogido el requerimiento, el tribunal ordinario o especial que está conociendo la gestión deberá prescindir del precepto al fallar el asunto y habrá de buscar otra regla legal que ayude a resolverlo; a falta de norma jurídica atingente al caso, fallará apoyado en los principios generales de derecho y en la equidad natural, por cuanto no puede excusarse de ejercer su autoridad ni aun en caso de vacío legal, principio recogido en el art. 76 inciso 2° de la Constitución.

23.- ¿El precepto legal declarado inaplicable podría ser diferente del invocado en el requerimiento?

La exigencia formulada por la Carta a la parte requirente, consistente en demostrar que la aplicación del precepto impugnado ha de resultar decisiva en la resolución de la gestión, torna imposible, a nuestro juicio, que el Tribunal declare la inaplicabilidad de otra regla legal no esgrimida. Lo que sostenemos se confirma por la circunstancia de que al Tribunal Constitucional le está vedado actuar de oficio, a diferencia de la autorización que concedía el primitivo art.

<sup>21</sup> De acuerdo al actual art. 42 de la ley 17.997, deben ser notificados por el Tribunal para que formulen sus observaciones los "órganos constitucionales interesados", y como ese precepto se aplica a las cuestiones que persiguen objetar la constitucionalidad de un proyecto de ley durante su tramitación en el Congreso, ha de entenderse que los órganos a que se refiere son al menos los colegisladores, es decir cada una de las Cámaras y el Jefe de Estado. Esta exigencia resulta necesaria en relación a ese tipo de requerimientos, pero no tiene mayor sustento respecto de una acción de inaplicabilidad, porque en ésta generalmente se encuentran en contradicción intereses particulares y no los de quienes intervienen en la formación del precepto ya en vigencia. La comunicación a esos órganos constituidos no sólo no tiene mayor fundamento, sino que puede empujarlos a intervenir en asuntos que no son de su incumbencia o, por lo menos, producir retardo en la tramitación del requerimiento.

80 a la Corte Suprema para actuar de ese modo cuando conocía de un asunto dentro de las materias de su incumbencia<sup>22</sup>.

Por otra parte, pese a que la Ley Fundamental obliga al requirente a fundar razonadamente su acción como requisito de su admisibilidad, el Tribunal no debería sentirse limitado en su actuación si considera que el precepto legal cuya aplicación ha impugnado el requerimiento ha infringido además otras normas constitucionales diferentes a las que lo han fundado. El proyecto de ley orgánica en trámite confirma lo dicho, al disponer que el Tribunal, excepcionalmente y por razones fundadas, puede declarar la inaplicabilidad del precepto legal por una regla distinta a la invocada en el recurso, previa comunicación a los requirentes para que, en el plazo de 20 días, hagan llegar las observaciones y antecedentes que estimen pertinentes (art. 47 J inc. 3º).

- 24.- Conviene además tener presente que el citado proyecto de ley, recogiendo una regla similar a la contenida en el antiguo art. 83, contempla, dentro del capítulo relativo al control obligatorio de constitucionalidad ejercido en virtud del N° 1 del art. 93, la siguiente disposición: "Resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, no podrá declararse inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia" (art. 37).

Recordemos al efecto que la regla primitiva de la Carta de 1980 pre-cavía la eventual pugna que podía producirse entre la declaración de constitucionalidad, efectuada por el Tribunal al ejercer el control preventivo de la ley, y la de su inaplicabilidad, resuelta por la Corte Suprema en ejercicio de la facultad que se le confiaba. Llama la atención, por una parte, que esa disposición no se haya repetido en el nuevo texto constitucional -aun cuando, como ya veremos, la Comisión de Constitución del Senado, en su segundo informe, había acordado su mantención-, y que, por otra parte, el proyecto de ley orgánica incorpore la regla dentro del capítulo referente al control obligatorio de constitucionalidad, con lo cual pareciera que ella se aplica únicamente si el Tribunal declara la constitucionalidad de la ley ejerciendo dicha atribución. A nuestro juicio, dentro de la lógica del legislador, debería el proyecto contemplar una norma que extendiera ese efecto asimismo a la situación en que el Tribunal declare la constitucionalidad al resolver alguna cuestión de constitucionalidad promovida durante la tramitación de una ley (N° 3 del art. 93).

<sup>22</sup> Lo que sostenemos se opone a la prevención formulada por el ministro Mario Fernández en el ya citado fallo de 27 de julio de 2006, en cuanto en ella expresa que, aun cuando la tarea que compete al Tribunal consiste en confrontar el precepto legal con la Carta para determinar si su aplicación en el caso concreto resulta inconstitucional, igualmente ha de realizar un examen abstracto de constitucionalidad en las acciones de inaplicabilidad, ya que, realizando ese control abstracto, puede llegar a la conclusión de que debe examinar no sólo "los preceptos impugnados, sino que debe extenderse a toda la ley de la que forman parte, especialmente de aquellos artículos que determinan su núcleo y que se irradian en todo su contenido" (consideración 5ª).

25.- En ejercicio, asimismo, de una forma de control a posteriori de la ley, el N° 7 del art. 93 de la Carta dispone que compete al Tribunal Constitucional:

“Resolver, por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”.

La norma aprobada por el Senado en el primer trámite constitucional establecía que después de tres fallos uniformes que declararan la inaplicabilidad de un precepto legal, el Tribunal, en pleno, de oficio o a petición de parte, por los dos tercios de sus miembros, declararía la inconstitucionalidad de ese precepto legal, declaración que produciría efectos generales. Esa regla tuvo su origen en la proposición que formulara el ministro Eugenio Valenzuela en la Comisión de Constitución del Senado, cuyo primer informe da cuenta de la siguiente intervención suya: “Está consciente de discrepar completamente de la doctrina constitucional en este punto, porque todos los Tribunales Constitucionales establecen directamente la acción de inconstitucionalidad. Sin embargo, prefiere ser más conservador en su proposición por dos motivos. Primero, porque cree que las instituciones no deben tener cambios muy bruscos, aun cuando el recurso de inaplicabilidad efectivamente presenta varios problemas y no responde a ningún parámetro jurídico válido al llevar a su esencia la desigualdad ante la ley. Segundo, porque quienes integran este Tribunal son humanos y lo más grave que puede hacer un ministro en un Tribunal de esta índole es dejar sin efecto una ley vigente que fue aprobada por los Poderes Ejecutivo y Legislativo, lo cual puede convertirse en algo irreversible. Es prudente, entonces, establecer esta dualidad de acciones...”

Al debatirse el proyecto por segunda vez en la citada Comisión del Senado, el senador Aburto, ex ministro de la Corte Suprema, luego de recordar que la norma aprobada por el primer informe de la Comisión exigía las tres sentencias a que aludía para la declaración de inconstitucionalidad, “explicó que ello no quiere decir que existan tres fallos idénticos o calcados, y que la uniformidad, en este caso, se refiere a la decisión que se ha adoptado. Los efectos generales de un fallo pueden resultar inconvenientes, porque los procesos no son iguales y pueden fundamentarse en circunstancias diferentes, lo que dependerá de la fase en que se encuentre el procedimiento e, incluso, de la prueba rendida”; manifestando asimismo sus aprensiones a dicho texto el senador Silva Cimma, al expresar que no era “partidario de confiar una excesiva amplitud de potestades al Tribunal”, con lo cual coincidieron otros miembros de la Alta Cámara. Sin embargo, en definitiva y como resultado del debate, el Segundo Informe de la Comisión fijó algunos criterios en relación a la declaración de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad, que fueron recogidos por el Informe Complemen-

tario y la regla propuesta fue aprobada por el Senado con el texto que antes transcribimos.

Al pasar el proyecto en segundo trámite a la Cámara, la regla despachada por el Senado fue modificada, aprobándose la siguiente: “Decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el número anterior. El Tribunal conocerá estos asuntos en pleno y para declarar la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal, deberá hacerlo por los dos tercios de sus miembros en ejercicio”.

En definitiva, el Congreso Pleno aprobó una norma que disponía que el juicio de constitucionalidad se efectuaría por el Tribunal en el mismo fallo en que se hubiese declarado inaplicable un precepto legal.

El veto enviado por el Presidente Lagos al Congreso el 16 de agosto de 2005 consideró que la regla aprobada impedía que se produjera una nueva vista de la causa para solicitar la opinión a los órganos colegisladores, con lo cual el Tribunal podía ser cuestionado por constituirse en un contrapoder democrático, desnaturalizándose así su labor e impidiéndose que actuara con la debida prudencia. Como consecuencia de esa observación, el veto sugirió distinguir la acción de inaplicabilidad de la de inconstitucionalidad, estableciéndose un procedimiento que articulara este último aspecto. Asimismo propuso que la acción pública para requerir la inconstitucionalidad sólo se ejerciera una vez declarada la inaplicabilidad por parte del Tribunal, para que nuevamente éste pudiese efectuar un examen de admisibilidad y, con el objeto de no seguir adelante con acciones de inaplicabilidad recaídas sobre el mismo precepto, permitió que el propio Tribunal procediera, si lo creía del caso, de oficio.

- 26.- Al estudiar la naturaleza de esta nueva atribución que se entrega al Tribunal Constitucional constatamos que por su intermedio se ejerce, al igual que en el caso de las inaplicabilidades, un control a posteriori o represivo de un precepto legal ya promulgado y en vigencia.

Sin perjuicio de lo recién afirmado, la facultad que ahora analizamos se distingue de la recién mencionada porque, a través del conocimiento de la acción de inconstitucionalidad, el Tribunal debe confrontar la regla legal con la Carta, efectuando para ello un análisis en abstracto y doctrinario de ambas normas, sin tener en cuenta la aplicación que esa ley haya tenido en un caso concreto y particular.

El Tribunal conoce en pleno de las acciones de inconstitucionalidad y, para ejercer la atribución, la Constitución exige que el precepto legal impugnado haya sido declarado previamente inaplicable por el mismo Tribunal en una sentencia anterior, conociendo de un caso concreto.

La declaración del Tribunal se puede requerir mediante acción pública, sin perjuicio de la facultad concedida al Tribunal para declarar de oficio la inconstitucionalidad, correspondiendo a la ley orgánica establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso de que se ejerza la acción pública, como asimismo regular el procedimiento que habrá de seguirse en el caso de que el Tribunal actúe de oficio (art. 92 inc. 2º).

Aun cuando el constituyente delega en la ley orgánica constitucional la determinación de los requisitos de admisibilidad de la acción pública y la forma en que el Tribunal actuará de oficio, a nuestro parecer, la falta de regulación de esa materia por el legislador orgánico no debería constituir obstáculo para que el Tribunal conozca y resuelva ahora los requerimientos que se puedan presentar, por cuanto éste puede esgrimir los mismos motivos que tuvo en cuenta para conocer de las inaplicabilidades.

27.- El mismo N° 7 del art. 93 dispone que la decisión que acoge la inconstitucionalidad de la ley requiere de los cuatro quintos de los miembros en ejercicio del Tribunal, o sea, de ocho de ellos, lo cual constituye un quórum altísimo, difícil de reunir, pero cuyo establecimiento se explica por la necesidad de que no existan dudas en el órgano jurisdiccional acerca del vicio de inconstitucionalidad que presenta la ley y de que la facultad se ejerza con suma prudencia debido al drástico efecto que produce dar lugar al requerimiento: la derogación de la ley.

La declaración de inconstitucionalidad se publica dentro de 3º día en el Diario Oficial (art. 94 inc. 4º) y la inconstitucionalidad acarrea la derogación de todo o parte de la ley desde dicha publicación y no produce efecto retroactivo (art. 94 inc. 3º).

Si el Tribunal ya había ejercido con anterioridad un control preventivo de constitucionalidad de la ley no podría modificar luego su criterio considerándola inconstitucional, porque, tal como propone el proyecto de ley orgánica, resuelta la constitucionalidad de la ley por el Tribunal, no puede luego ser declarada inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia y si la inconstitucionalidad supone una sentencia previa de inaplicabilidad, esa hipótesis no podría darse. Sólo podría el Tribunal contradecir su declaración de constitucionalidad previa si la inaplicabilidad resuelta por él mismo se fundara en otro vicio que no fue materia del fallo que declaró la constitucionalidad.



