

05

MARC 382
RV 90627

MAG
F954a
2012



La admisibilidad en el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

Tesis para optar al grado de magíster en derecho constitucional
Escuela de Derecho
Universidad de Valparaíso

Autor: Patricio Fuenzalida Espinosa
Profesor Guía: Jaime Bassa Mercado
mayo 2012



MAG
F954a
2012

neg 11133

Abstract

El presente trabajo da cuenta de la función del trámite de admisibilidad en el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, señala cuál es el estado del arte en la doctrina procesal constitucional nacional actual en este tema, revisa la historia de la formulación legal y constitucional de este trámite, da cuenta del procedimiento vigente en esta materia y analiza de forma dogmática y crítica, uno por uno, los elementos actuales de admisibilidad de esta acción constitucional, relacionándolos con la dogmática procesal común y constitucional nacional, y revisando algunos tópicos puntuales de jurisprudencia del tribunal en cada caso.

Palabras clave: inaplicabilidad, admisibilidad del recurso de inaplicabilidad, control concreto de constitucionalidad de la ley, jurisdicción constitucional.

La admisibilidad en el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

1. Introducción

1.1. Problema planteado

El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes¹ fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico en la Constitución de 1925, y en su formulación inicial pasó de forma casi textual al texto constitucional de 1980, al punto que siguió en vigor el auto acordado original de la Corte Suprema que lo reglaba, dictado el 22 de marzo de 1932.

Es conocida la crítica doctrinaria sobre el fracaso de la inaplicabilidad en esa configuración como recurso para garantizar la supremacía de la Constitución (Gómez 1998: 276), razón que entre otras llevó al legislador de 2005 a reformar la Carta Fundamental en este aspecto. Esta reforma significó un cambio diametral en el control de la constitucionalidad de la ley vigente (Ríos 2005 y 2007), tanto en la regulación normativa del recurso de inaplicabilidad como en su práctica. Por su parte, y en cumplimiento del mandato constitucional que encargó el desarrollo legislativo de los aspectos procesales de este tipo de acciones, el legislador orgánico dictó la ley N° 20.381, que reguló las etapas procesales de la declaración de admisibilidad, los parámetros de control para decretarla o no, y el efecto de su declaración en el desarrollo ulterior del proceso; todo lo que también significó un cambio diametral en comparación con la situación previa de esta acción constitucional.

La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en su configuración actual tiene una fisonomía particular, tal como se desarrollará en el capítulo tercero. Con todo, desde ya se puede señalar que esta acción no cobija pretensiones jurídicas de amplio espectro, y requiere de la verificación de una larga serie de presupuestos procesales previos para cumplir su propósito constitucional: dilucidar si un precepto legal puede ser aplicado o no por el juez en proceso particular. Sólo una vez que estos elementos de procedencia se han constatado el Tribunal Constitucional queda emplazado a pronunciarse sobre el fondo del asunto.

¹ Tal como latamente se desarrollará en el acápite 5.2.3. de este trabajo, el concepto de ley que acá se ocupa es sinónimo de precepto legal.

1.2. Justificación, utilidad e importancia del trabajo

En la revisión bibliográfica realizada se observa un primer esfuerzo sistematizador de los requisitos de admisibilidad del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que ha puesto el acento en la nueva fisonomía del recurso y en la exposición de sus elementos de admisibilidad a partir de la descripción literal de los mismos, en base al tenor del inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución. En aquella revisión se observa que la doctrina ha pasado cuatro cosas por alto:

- No se ha dado cuenta de forma circunstanciada de la nueva regulación introducida por el legislador orgánico de la ley N° 20.381, que ha precisado y ampliado los requisitos de admisibilidad.
- En concatenación con lo anterior, la doctrina no se ha detenido en la nueva regulación procesal que esta ley estableció para el estudio de la admisibilidad, que contempla un novedoso doble examen en esta etapa.
- Tampoco se observa un esfuerzo serio por incorporar dogmáticamente² el trámite de admisibilidad de esta acción constitucional dentro de las categorías más generales de la admisibilidad procesal y los presupuestos procesales.
- Finalmente, se hecha de menos un intento más acabado de concatenar los requisitos de admisibilidad del recurso de inaplicabilidad con la fisonomía o naturaleza jurídica de esta acción, lo que a juicio del autor de este trabajo revela de mucho mejor manera cual es el verdadero alcance de aquellos requisitos.

Además de los cuatro puntos anteriores, hay elementos prácticos y dogmáticos que validan aún más la problematización de este tema:

En primer término debe tenerse en vista que desde la modificación constitucional que cambió la fisonomía del recurso de inaplicabilidad, se han presentado ante el Tribunal Constitucional más de 1.500 requerimientos de este tipo, lo que ha acarreado que la parte más significativa de la labor cotidiana de esta institución se destine al conocimiento y fallo de estas acciones. De este hecho también

² En este trabajo la expresión “dogmática o “dogmático” estará referida al resultado de la actividad que desarrollan los juristas involucrados en la investigación y conocimiento del derecho. Estas actividades se vinculan con las acciones tendientes a identificar y describir las normas, sistematizarlas e interpretarlas, crear y utilizar conceptos y distinciones, e inferir principios subyacentes en el ordenamiento jurídico que no se encuentran de manera explícita en las normas (Cruz Parceró, Juan Antonio: “Los métodos para los juristas” en “Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación Jurídica” editado por Cristián Curtis. Editorial Trotta, Madrid, 2006).

destaca que cerca de la mitad de estas presentaciones han sido declaradas inadmisibles, por lo que parece no haber claridad en el foro, a seis años de la reforma, sobre qué y cómo se puede presentar un requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional con el propósito de obtener una resolución sobre el fondo del asunto planteado y no una de naturaleza meramente interlocutoria que inadmita la presentación.

El elemento dogmático que en esta sede también se debe considerar es que se observa un consenso en la doctrina en orden a que la nueva regulación de esta acción vigorizará el principio de supremacía constitucional, pero no se detecta la misma preocupación sobre la particular imbricación del recurso de inaplicabilidad en los procesos ordinarios seguidos ante los tribunales de justicia, que requiere que las categorías dogmáticas del derecho procesal constitucional se concatenen con las reglas procesales comunes.

1.3. Marco teórico. El conflicto normativo constitucional

La doctrina nacional señala que el conflicto normativo se produce cuando dos reglas que pertenecen al mismo ordenamiento jurídico y tienen el mismo ámbito de validez son incompatibles entre sí porque la aplicación de una de ellas produce resultados distintos que la aplicación de la otra (Henríquez 2009: 10). En este marco, el presente trabajo no se ocupa de los siguientes conflictos normativos:

1) no interesa, para estos efectos, que el conflicto se produzca por deficiencias formales de una de las normas que impida reconocerlas, en el sentido kelseniano de la palabra, como tales. Este sería el caso de una norma que no cumplió con los requisitos formales para su existencia, como por ejemplo si se omitió el acto de promulgación, o fue dejada sin efecto por un acto legislativo posterior, como la derogación expresa o tácita. En esos casos se trata de un asunto de hecho, que deberá ser resuelto por el operador jurídico llamado a aplicar las normas, o supuestas normas, para el caso concreto, debiendo al efecto determinarse que norma existe y cual no.

2) no interesa tampoco que el conflicto se produzca entre normas de la misma jerarquía que tienen la calidad de reglas actualmente válidas en el ordenamiento jurídico. En este caso el operador debe ocupar las reglas generales de interpretación contenidas en los artículos 13, 22, 23 y 24 del Código Civil; y las reglas especiales sobre concurso de leyes penales, contenidas en los artículos 74 y 75 del Código Penal.

3) finalmente, también excede el ámbito de este trabajo los conflictos que se producen entre normas de distinta jerarquía que no sean precisamente la Constitución y la ley³. Al respecto, es perfectamente posible que se den casos de conflictos entre la Constitución y los actos de la potestad reglamentaria autónoma o de ejecución, o entre la ley y aquellos actos de la Administración, pero ellos quedan fuera del foco del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

En consecuencia, el conflicto normativo relevante para este trabajo es el que puede producirse entre una o más normas de rango legal y una o más disposiciones de la Constitución.

Partiendo de la base que el ordenamiento jurídico nacional tiene una pretensión de coherencia interna y existe un principio institucional⁴ de supremacía constitucional que establece la preeminencia de la Carta Fundamental sobre el resto de las normas del sistema, el conflicto indicado en el párrafo anterior debe ser resuelto de alguna manera. Para ello se plantean los mecanismos de control de constitucionalidad de la ley, que la doctrina chilena ha agrupado en dos sistemas opuestos: el difuso y el concentrado.

A manera de referencia general y sin que ello indique en principio preferencia del autor de este trabajo, puede señalarse que el sistema del control difuso de la constitucionalidad de la ley plantea que el artículo 6º de la Carta Fundamental establece un principio general de supremacía constitucional, en virtud de la cual los órganos del Estado, tanto sus titulares como integrantes, así como toda otra persona, institución o grupo, deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. En base a este principio los impulsores originales de esta teoría en el medio nacional (Ríos 2001: 93 y Fernández 2001: 95) concluyen que cada vez que los sujetos anteriormente señalados están frente a una ley inconstitucional deben abstenerse o “preterir” su aplicación, y emplear directamente la Constitución.

En contraposición con el sistema anterior, el de control concentrado parte de la base que el artículo 93, N^{os} 6) y 7) de la Constitución facultan a un órgano determinado, llamado Tribunal Constitucional, estableciéndole competencias específicas para declarar, por las mayorías que esas disposiciones consignan “la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquiera gestión que se siga

³ ver nota N^o 1.

⁴ Los principios institucionales expresan exigencias que derivan de los valores internos del derecho y que tiene por objetivo su eficacia general y funcionamiento eficiente. Atienza y Ruiz Manero, “Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos”. Editorial Ariel 3ª edición, 2005, Barcelona, Pág. 28.

ante un tribunal ordinario o especial resulte contraria a la Constitución”, y “la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable, en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”, respectivamente. En razón de ello, los demás órganos del Estado deben abstenerse de controlar la constitucionalidad de las normas que les corresponda aplicar, porque tal conducta implicaría invadir las competencias del Tribunal Constitucional, y si el órgano en esta situación es un juez, la Carta Fundamental le franquea la posibilidad de recurrir de inaplicabilidad si considera que una o más normas legales que deba aplicar en un proceso que está conociendo son contrarias a la Constitución⁵.

La resolución del debate que se ha planteado en la doctrina respecto a los dos sistemas de constitucionalidad de la ley antes bosquejados excede, con mucho, las pretensiones de este trabajo; sin embargo, y con el propósito de configurar su marco teórico, se sostendrá la teoría del control concentrado de la constitucionalidad de la ley. Las razones para optar por ello derivan de la garantía de la certeza, control de la discrecionalidad judicial y respeto del principio de la legalidad. Además, el propio texto de la Carta Fundamental permite sostener razones de índole lógica y sistemática para apoyar esta posición.

a) desde el punto de vista lógico hay que considerar que el artículo 7º de la Carta Fundamental establece el principio de la juricidad, en virtud del cual se previene que los órganos del Estado actúen válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Para estos efectos, el principio de juricidad es asimilable, en cierta medida, a la regla de reconocimiento de Kelsen, porque previene la existencia en la misma Constitución de órgano público llamado Congreso Nacional, que tendrá la competencia para dictar leyes según un procedimiento cuyos lineamientos básicos también están descritos en la Carta Fundamental.

De esta forma, si el órgano competente (Congreso Nacional en este caso), acuerda un texto siguiendo el procedimiento establecido en la Constitución para la formación de la ley, no cabe sino estimar que ese texto que se acordó es una ley, en virtud de lo que señala la propia Carta Fundamental. Quienes siguen la doctrina del control difuso afirman que si hay una contradicción entre ese texto aprobado por el órgano competente para dictar leyes siguiendo el procedimiento para hacerlo y lo que señala la Carta Fundamental, en los hechos no se estaría en presencia de una ley y por tanto el juez no estaría sujeto a

⁵ La imposibilidad de que el juez pueda de manera directa decidir no aplicar la ley que considera inconstitucional está también secundada por la doctrina nacional dominante, que establece la estricta sujeción de los jueces a la ley (Bello 1836: 59 y Zúñiga 2010: 22).

ella. El problema de esta argumentación es que ocupa el mismo fundamento (la Constitución) para otorgarle o negarle a un texto determinado el carácter de ley, lo que pugna con el principio de identidad y por tanto es lógicamente inaceptable.

Con todo, cabe la posibilidad de que una ley formalmente válida tenga un significado que contraría uno o más preceptos constitucionales. En esta situación es posible concebir dos pasos: unos consistente en la creación de la norma, y otro en virtud del cual esa norma sale del ordenamiento jurídico como resultado de la actuación de un órgano competente para ello. En ese caso la norma en cuestión es reconocida en el sentido kelseniano como norma propiamente tal, y solo se le resta este reconocimiento una vez que, en un segundo momento, ya ha actuado aquél órgano público.

La competencia para hacer este “desreconocimiento” es evidentemente excepcional. Al respecto, valga señalar que el inciso tercero del artículo 7º indica que todo acto en contravención a lo indicado en los dos incisos anteriores es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

Pero el artículo 7º plantea dos reglas distintas. La primera está en el inciso primero, que como antes se señaló, establece el principio de la juricidad; este principio está expuesto en forma positiva: son válidos los actos de los órganos del Estado regularmente preestablecidos, realizados en virtud de las normas que establecen su competencia, y ejecutados según las reglas de procedimiento preexistentes, por lo que la nulidad sería la necesaria consecuencia de la falta de uno de los elementos positivos que componen un acto estatal válido (órgano regularmente preestablecido, actuando dentro de su competencia y según un procedimiento señalado en la ley).

La segunda regla que plantea el artículo 7º se ubica en su inciso segundo, el cual está construido en términos negativos como una prohibición: ningún órgano público o persona o grupo particular puede atribuirse más competencias que las que le haya concedido directamente la Constitución o las leyes, por lo que estaría sancionada con la nulidad la atribución de competencias que haga un órgano público, persona o grupo privado sin estar autorizados para hacerlo por la Constitución o las leyes.

El conflicto constitucional que se produce por la colisión entre el significado de una ley y una o más disposiciones constitucionales no cae en ninguna de las situaciones que plantean los incisos 1º y 2º del artículo 7º, porque se trata de un órgano preestablecido en la Constitución (Congreso Nacional), que actúa dentro de su competencia constitucionalmente conferida (lo que salva la prohibición del inciso

segundo), y lo hace a través de un procedimiento también preestablecido, por lo que la sanción a una ley cuyo significado colisiona con la Constitución no puede ser la nulidad.

b) la segunda razón para elegir el control concentrado es de índole sistemática, y me permitiré llamarla “la paradoja de la Policía”. Si se abraza el sistema de control difuso de constitucionalidad enarbolando los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental, debe concluirse que todo acto ejecutado por cualquier órgano en contravención de la Constitución no tiene ningún valor ni se le puede dar ningún efecto. Pero plantear esto como regla general supone dejar dentro de su radio de acción a los operadores jurídicos más habituales del tráfico normativo: los jueces. El problema con ello es que las decisiones judiciales son ejecutadas, en su gran mayoría, por la fuerza pública, y al respecto la Constitución previene, en el inciso final del artículo 76, que “la autoridad requerida deberá ejecutar si más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar”.

Lo anterior supone que la fuerza pública encargada de ejecutar una resolución judicial no tiene más alternativa que cumplirla, y sólo podría negarse si observa defectos formales (por ejemplo si no tiene la firma de un funcionario público que tenga la calidad de juez), pero en ningún caso podría objetar la constitucionalidad de la resolución, razón por la cual la teoría del control difuso no podría aplicarse, por texto expreso de la propia Carta Fundamental, a la jurisdicción, que es el operador jurídico más importante del sistema normativo.

2. Los procedimientos de admisibilidad en lo procesos constitucionales

2.1. Justificación de la existencia de los procedimientos de admisibilidad

No es evidente que deba haber una etapa de examen de admisibilidad en los procedimientos constitucionales. Brunet (2007: 429) señala que debido a la importancia de la defensa de los derechos y prerrogativas establecidas en la Constitución, los tribunales encargados de hacerlas efectivas deben tener, en general, un criterio proadmisibilidad. Por su parte, Hernández (2005: 189) observa que en consideración a los principios que informan la jurisdicción constitucional, a saber, el derecho fundamental a la legalidad constitucional y el principio de prohibición de la convalidación de los actos que lesionen los derechos fundamentales, los procesos de admisibilidad en el ámbito constitucional, en principio, deberían resolverse en la sentencia.

Con todo, el segundo de los autores citados (Hernández 2005: 190) reconoce también que la amplia legitimación que otorgan los textos constitucionales facilitan que una gran gama de asuntos se ventilen en la jurisdicción constitucional, y además observa que los procedimientos que rigen esa jurisdicción deben cumplir un mínimo de exigencias formales para impedir la arbitrariedad de los jueces llamados a ejercerla, por lo que es necesario alguna etapa previa de admisibilidad de las presentaciones interpuestas ante esa judicatura, pero siempre teniendo presente que existe un derecho básico de acceso a esa jurisdicción y que, por regla general, la mayor parte de las acciones interpuestas deben terminar por sentencia, sea estimatoria o desestimatoria, y no en resoluciones de carácter interlocutorio.

2.2. El rechazo liminar

La doctrina nacional (Hunter 2009: 119) señala que en nuestro país no está dogmáticamente desarrollada la posibilidad, como regla general, de rechazar una demanda en el momento procesal inmediatamente siguiente al de su presentación, aunque hay reglas especiales en el derecho positivo nacional que establecen esta opción. El autor citado señala que el caso más claro de esta potestad judicial es la regla sobre admisibilidad de los recursos de protección, contenida en el acápite segundo del auto acordado de la Corte Suprema que lo regula, el que indica que dicho trámite se substanciará en la Sala de cuenta del tribunal ante el que se recurre, y serán declaradas inadmisibles las presentaciones extemporáneas y las que no señalen hechos que puedan constituir vulneración a las garantías constitucionales que esa acción cautela.

Dicho autor añade que también se observa esta etapa previa en la presentación de las querellas criminales, las que según el artículo 114 del Código Procesal Penal serán declaradas inadmisibles si son presentadas extemporáneamente, si se refieren a hechos no constitutivos de delitos, si los antecedentes expuestos ponen de manifiesto que la responsabilidad del imputado se encuentra extinguida, o si el querellante no está autorizado por ley para deducirla. En relación con el ejercicio esta atribución del juez de la sede penal, Hunter indica que no se está en presencia de una mera disquisición respecto de elementos fácticos, sino que hay detrás un verdadero juicio jurídico que obliga al tribunal a analizar si los hechos expuestos en la primera presentación del querellante constituyen ilícitos tipificados en alguna figura penal y/o si ellos dejan al querellado sin responsabilidad criminal.

El autor puntualiza también que la norma actual del Código de Procedimiento Civil faculta al juez para rechazar una demanda en esta etapa liminar sólo cuando se constatan omisiones formales relevantes en esta primera presentación del juicio, como la designación del tribunal ante quien se entabla la acción, o la identificación completa del que la interpone, o la especificación de contra quién va interpuesta, pero no se adentra en otros asuntos más materiales cuyo incumplimiento -en todo caso- deja a la demanda en una situación tal que el juez no tiene otra opción que terminar el proceso que le da lugar mediante una resolución de naturaleza interlocutoria, sin poder pronunciarse sobre el fondo del asunto debatido. El autor desarrolla este tema bajo el logo “manifiesta falta de fundamento” y hace una serie de disquisiciones y distinciones al respecto.

En relación con el tema del control formal de la demanda, expresa que “una vez deducida una determinada pretensión el juez no queda automáticamente conminado a pronunciarse sobre el fondo de la misma, como tampoco está el deber de promover un proceso en forma íntegra. Como lo ha reconocido la doctrina, el derecho de acceso a la jurisdicción no tiene un carácter absoluto susceptible de ser satisfecho al margen de las condiciones o requisitos que impone el ordenamiento” (obra citada, pág. 123).

Hunter propone distinguir entre control formal y control material o de fondo de la demanda, también denominados controles liminares formales y materiales. El control liminar formal considera la presencia de los presupuestos procesales y las formas necesarias mínimas que debe tener la primera presentación del juicio. La verificación de estos aspectos formales es una potestad generalmente reconocida al juez, quien por su intermedio tiene la facultad de “sanear o limpiar el proceso lo más

pronto posible, para desembarazarlo de impedimentos y óbices formales, y facilitar el rápido y ordenado pasaje a las etapas vinculadas al mérito” (obra citada, pág. 123).

Respecto de los presupuestos procesales, Davis Echandía (1997: 189) señala que la mera interposición de una demanda, denuncia o querrela no conforma, por sí misma, una relación jurídica procesal que coloque al juez en la obligación de iniciar un proceso. Para que ello ocurra señala que es necesario verificar la presencia de los presupuestos procesales, que según el citado autor son “*supuestos previos al proceso o requisitos sin los cuales éste no puede ser iniciado válidamente*” (itálicas añadidas, obra citada, Pág. 273).

El referido autor propone una serie de distinciones útiles para operativizar el concepto de presupuestos procesales. En primer lugar, señala que hay que distinguir entre presupuestos procesales previos al proceso, cuya constatación deja al actor en condiciones de impetrar su acción, y los presupuestos procesales del procedimiento propiamente tal, que dejan al juez en condiciones de dictar sentencia. Según lo planteado, parece ser que la segunda categoría es específica de cada procedimiento, por lo que para esta parte general del trabajo la atención se centrará en la primera clasificación propuesta, es decir, los presupuestos procesales previos al proceso. Al respecto, el autor citado vuelve a subdistinguir entre los presupuestos procesales de la acción, que miran al ejercicio válido de derecho subjetivo de la acción, y los presupuestos procesales de la demanda, que miran a los requisitos que debe constatar el juez para admitir a tramitación esa primera presentación.

La categoría “presupuestos procesales de la acción”, contiene los siguientes elementos:

- i) la capacidad jurídica y la capacidad procesal del actor;
- ii) la calidad de juez que debe tener el funcionario o persona ante quien se interpone la demanda;
- iii) el ius postulandi;
- iv) la no caducidad de la acción, y
- v) en materia penal, que la acción sea ejercida por quien tiene el derecho constitucional a hacerlo (el Ministerio Público, la víctima o las demás personas que se señalan en el inciso segundo del artículo 111 del Código Procesal Penal).

La categoría “presupuestos procesales de la demanda” considera, por su parte, los siguientes elementos:

- i) que se formule ante el juez competente;
- ii) que el demandado tenga la capacidad jurídica para serlo, y
- iii) que se cumplan los requisitos de forma que la ley exige para cada tipo de acción (caución en el caso de ciertas medidas cautelares; acompañar el título ejecutivo en el caso de juicios ejecutivos, etc.).

Respecto del control liminar material, Hunter advierte que se debe tener presente que, por regla general, el juez analizará la procedencia de la pretensión sólo una vez que haya concluido la etapa de alegación y prueba; en este primer sentido, el control liminar parece ser una modificación de esta regla, porque supone un cierto análisis de la “hipotética acogibilidad de la pretensión” (Hunter 2009: 125). Pero ello es más aparente que cierto, pues este juicio no tiene efectos permanentes en el proceso (aunque sí lo tiene el juicio negativo o decisión de inadmisibilidad); es una condición necesaria pero no suficiente para la sentencia favorable; se limita a la constatación de ciertos presupuestos expresamente establecidos en la limitación y ni siquiera configura el requisito de “fumus bonis iuris” o probabilidad de obtener una sentencia favorable, que se requiere para conceder una medida precautoria (Marín 2004: 251).

El citado autor identifica tres situaciones en que resulta legítimo rechazar in limine una pretensión en consideración al componente material:

- i) falta de un interés material susceptible de ser protegido;
- ii) casos en que la ley excluye la posibilidad de tutela jurídica, y
- iii) la falta de fundamento jurídico de la acción.

Aunque todas las consideraciones anteriores se formulan respecto de la demanda como primera presentación en el juicio ordinario civil -en el contexto del actual proceso de reformulación del Código de Procedimiento Civil- el esquema general planteado es, a juicio del autor de este trabajo, aplicable a los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que establece el artículo 93 de la Constitución Política de la República. Dicha conclusión también permite discernir, preliminarmente, la pregunta basal que funda esta trabajo, esto es, qué condiciones se deben cumplir para que el Tribunal Constitucional quede en posición de abocarse al fondo de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

2.3. Estado del arte

2.3.1. Función del recurso de inaplicabilidad según la doctrina

Los autores que desarrollan de forma más pormenorizada los requisitos de admisibilidad del recurso de inaplicabilidad (Massmann 2009, Aldunate 2009, Zúñiga 2010, Correa Sutil 2011) caracterizan esta acción por su función cautelar, que consiste en evitar los efectos inconstitucionales que podrían derivarse de la aplicación de un precepto legal en un caso judicial pendiente, lo que de forma indirecta - en razón del efecto relativo de la sentencia del Tribunal Constitucional en este caso- también implica resguardar la supremacía constitucional.

Dentro de este marco general, la doctrina reconoce que al Tribunal Constitucional le corresponde aquilatar si la aplicación de un precepto legal en un proceso determinado acarrea un efecto contrario a la Constitución. Sólo si ese efecto se observa, aquella instancia procede a eliminar el precepto cuestionado del conjunto de normas que en ese caso se pueden aplicar, pero no indica al juez como debe fallar el asunto del fondo ni cuales preceptos legales deberá aplicar (Massmann 2009: 267).

2.3.2. Requisitos del recurso de inaplicabilidad desarrollados por la doctrina

Se ha señalado que en la actualidad, y a diferencia de lo que ocurría antes de la reforma constitucional de 2005, los requisitos de admisibilidad del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad están bosquejados en la propia Carta Fundamental, por lo que en alguna medida no están disponibles para el legislador (Massmann 2009: 264).

Los autores consultados han desarrollado los requisitos de admisibilidad del recurso de inaplicabilidad ocupando el enunciado literal del inciso undécimo del artículo 93 de la Carta Fundamental, en base a lo cual han distinguido cinco elementos de este tipo:

- i) demostrar la existencia de un juicio o gestión pendiente a la fecha de presentación del recurso, seguido ante un tribunal ordinario o especial.
- ii) que la norma impugnada sea un precepto de naturaleza o rango legal.
- iii) que el precepto cuya aplicación se ha impugnado pueda resultar decisivo para la resolución de un asunto ventilado en sede judicial.
- iv) que el requerimiento esté razonablemente fundado.

v) que se cumplan los demás requisitos que establece la ley.

2.3.2.1. Demostrar la existencia de un juicio o gestión pendiente a la fecha de presentación del recurso, seguido ante un tribunal ordinario o especial

Con la nueva formulación del recurso de inaplicabilidad en la Constitución Política de la República este requisito es de la mayor trascendencia, porque determina el ámbito de validez de la sentencia que resuelve esta acción, ya que ahora la inaplicabilidad se declara en función de los efectos que en la parte dispositiva de la sentencia judicial puede tener el precepto impugnado, y no en función de la constitucionalidad abstracta del precepto en sí.

El Tribunal Constitucional ha sido muy exigente en este requisito, requiriendo en consecuencia que las presentaciones no sólo mencionen la existencia de la gestión pendiente, sino que también acrediten, circunstanciadamente, su vigencia y naturaleza (Aldunate 2009: 27).

La doctrina recoge de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional un concepto amplio de gestión judicial, que incluye a los juicios civiles y criminales, las gestiones judiciales no contenciosas, los procedimientos disciplinarios seguidos ante los tribunales de justicia, y los procedimientos de índole jurisdiccional seguidos por la Administración Pública (Zúñiga 2010: 24 y 106).

Sobre el punto, el Tribunal Constitucional considera que hay gestión pendiente desde la sola presentación de la demanda, aunque ella no haya sido aún notificada (rol 976, cons. 12^o). Asimismo, la jurisprudencia ha exigido que el juicio esté vigente desde el momento en que se declare admisible el recurso hasta la resolución del mismo (Zúñiga 2010: 98) (rol 500, cons. 4^o y 5^o). Este requisito ha sido criticado por la doctrina (Aldunate 2009: 31), y es objeto de un detallado análisis en el capítulo 5 de este trabajo.

El Tribunal Constitucional ha sido restrictivo para estimar que se está en presencia de un juicio o gestión efectivamente pendiente. Así, ha considerado que no se cumple este requisito cuando ha operado la preclusión o cosa juzgada material respecto de la aplicación del precepto impugnado,

⁶ En adelante, y en atención de que el Tribunal Constitucional ha seguido ocupando la misma numeración correlativa a contar de la primera sentencia que controló la constitucionalidad de la ley orgánica constitucional que lo reestableció en 1980, la referencia a los fallos se hará indicando sólo el número de rol de la causa y el considerando donde consta la cita.

aunque el proceso aún esté pendiente (Correa Sutil 2011: 91), y que tampoco se constata esta condición si el juicio o gestión ha avanzado a la etapa de cumplimiento y la sentencia condenatoria está firme, o si el precepto fue aplicado en una etapa previa y terminada del juicio, como es el caso de las reglas que regulan las medidas cautelares ya dictadas y no impugnadas en tiempo y forma en los procesos criminales (rol 1064, cons. 8º). La razón que el propio Tribunal da para esta interpretación tan restrictiva es evitar que el recurso de inaplicabilidad se transforme en una herramienta para impugnar sentencias judiciales, pues ello desnaturaliza la voluntad del Constituyente (rol 794, cons. 7º).

Por otra parte, también se han establecido otros criterios generales para declarar inadmisibles recursos de inaplicabilidad por esta causa:

- no hay gestión o juicio pendiente cuando el objeto del requerimiento es solicitar la revocación o corrección de actos de la Administración que se estiman ilegales o arbitrarios (Massmann 2009: 271).
- la carga de la prueba de la existencia de la gestión pendiente le corresponde a quién la alega (Zúñiga 2010: 115).
- el precepto impugnado debe incidir en una sola gestión. Por esta razón, se han desechado presentaciones dirigidas a impedir la aplicación de un mismo precepto legal en dos gestiones distintas, aunque ambos procesos estuviesen referidos a la misma materia (Massmann 2009: 272).

2.3.2.2. Que la norma impugnada sea un precepto de naturaleza o rango legal

La identificación del precepto legal impugnado en un recurso de inaplicabilidad es un elemento esencial para que pueda proceder la admisibilidad del requerimiento que lo contenga. Al respecto, la doctrina ha señalado que sin esta mención “el Tribunal Constitucional no podría identificar el conflicto constitucional que deben resolver” (Massmann 2009: 276).

El Tribunal Constitucional ha considerado que el concepto de “precepto legal” alude a la ley, o una parte o porción de ella que pueda ser considerada como una unidad lingüística que establezca normas de conducta que hacen debida la consecuencia, los sujetos obligados y las consecuencias mismas (Massmann 2009: 278 y Aldunate 2009: 26).

Esa instancia ha estimado dentro de aquél concepto a las leyes propiamente tales, a los decretos leyes dictados antes o después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980 (Aldunate 2009: 25), a

los decretos con fuerza de ley y a los tratados internacionales. Por el contrario, el Tribunal Constitucional ha considerado que son inadmisibles por esta causa los recursos dirigidos contra sentencias judiciales (Correa Sutil 2011: 14), los que tengan por objeto impugnar actos administrativos (Correa Sutil 2011: 12), o las que requieran que el Tribunal Constitucional le precise al juez del fondo que precepto legal puede ser aplicado y/o como este debe interpretarse (Correa Sutil 2011: 60).

En este tópico el Tribunal Constitucional ha establecido que no procede requerir la inaplicabilidad de leyes que a la fecha de la presentación del recurso estaban derogadas o que fueron objeto de una declaración previa de inconstitucionalidad en virtud de lo dispuesto en el N° 7 del artículo 93 de la Constitución. Este criterio ha planteado dudas en la doctrina, sobre todo cuando se trata de un precepto legal relevante para el caso que estaba vigente cuando se produjo el conflicto materia de la litis (Correa Sutil 2011: 38).

2.3.2.3. Que el precepto cuya aplicación se ha impugnado pueda resultar decisivo para la resolución de un asunto en sede judicial

Sobre este punto la doctrina ha considerado que un precepto es decisivo cuando su aplicación determina la forma como se resolverá un asunto, pero no es decisivo por el mero hecho que lo resuelve sino porque lo hace de una manera específica: contraviniendo la Constitución (Massmann 2009: 280).

Se ha señalado también que basta la sola posibilidad de que el precepto pueda ser aplicado por el juez del fondo para que sea admitido como objeto válido de un recurso de inaplicabilidad, aunque en definitiva la sentencia de término de ese magistrado no lo considere así (Aldunate 2009: 36).

Por su parte, aunque el Tribunal Constitucional ha considerado que, en caso de ser aplicable el precepto debe influir en la decisión sustantiva del asunto (rol 831, cons. 13º), la doctrina ha puesto de manifiesto que la distinción procesal proveniente del recurso de casación entre norma del fondo (*lex decisoria litis*) y normas procesales (*lex ordenatoria litis*) no es un criterio válido para juzgar la admisibilidad de un recurso de inaplicabilidad (Aldunate 2009: 24).

2.3.2.4. Que el requerimiento esté fundado razonablemente

En primer término, en este tópico es necesario deslindar lo estrictamente necesario para la admisibilidad del requerimiento de aquello que será materia del pronunciamiento del fondo. Por ello, se puede plantear como primera regla al respecto que la razonabilidad de la fundamentación del requerimiento es un asunto del fondo, salvo que el requerimiento adolezca, abiertamente, de insuficiencia argumentativa (Massmann 2009: 285). Otros autores han considerado que el criterio que emana de la práctica del Tribunal Constitucional exige que la presentación tenga “suficiente y mediana motivación, de modo que pueda comprenderse en términos intelectuales la pretensión que se solicita al tribunal” (Aldunate 2009: 31).

Teniendo en vista lo anterior, se han considerado los siguientes mínimos formales para dar por cumplido este requisito:

- debe señalarse, de forma expresa y específica, cuál es el o los preceptos legales impugnados y cual es la o las normas constitucionales que la aplicación de ese o esos preceptos vulnerarían (Zúñiga 2010: 128).
- se debe indicar, de forma precisa, cómo la aplicación del precepto legal que se impugna contraviene a la Constitución, sin que sean al respecto precedentes meras alegaciones abstractas de la inconstitucionalidad del precepto impugnado, que más bien podrían fundamentar un declaración de inconstitucionalidad que una de inaplicabilidad (Correa Sutil 2011: 55).
- se ha considerado que debe haber concordancia entre la parte expositiva y el petitório del requerimiento, el que en ningún caso puede abarcar asuntos de competencia del juez del fondo.

2.3.2.5. Que se cumplan los demás requisitos que establece la ley

La ley N° 20.381, que adecuó la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional a la reforma constitucional de 2005, zanjó la duda previa sobre la aplicación de su artículo 41 a los recursos de inaplicabilidad. Dicha disposición permite a los requirentes subsanar los defectos de su presentación o completar los antecedentes que se hubieren omitido.

Con todo, esta facultad de subsanación de errores se introdujo en el contexto de un nuevo mecanismo procesal en el recurso de inaplicabilidad, que establece dos etapas sucesivas: acoger a tramitación el

requerimiento y admitirlo. La distinción entre estas dos etapas va más allá de lo que establece la regulación constitucional en este punto, pues la Carta Fundamental sólo se refiere a la declaración de admisibilidad sin ulterior recurso. Esto plantea algunas dudas hermenéuticas sobre el efecto de las resoluciones de estas dos etapas en el resto del desarrollo del recurso ante el Tribunal Constitucional, las que serán abordadas en la tesis como elementos significativos del régimen de admisibilidad de estos requerimientos.

3. Naturaleza jurídica del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

Esta pregunta es importante para el resto del trabajo, porque establece el marco en que se puede responder la pregunta que se planteó en el epígrafe 2.2. de este trabajo. Casarino Viterbo concibe una aproximación intuitiva al problema muy acertada, aunque lamentablemente no la desarrolla. Señala "*a nuestro juicio, la declaración de la inaplicabilidad de determinados preceptos legales, por estimárseles contrarios a la Constitución Política de la República, es más bien una cuestión prejudicial precautoria de carácter constitucional y no un recurso.*" (itálicas agregadas) (Casarino 2008:226).

De esta primera aproximación se puede hacer un intento para desentrañar cuál es la naturaleza de esta recurso de inaplicabilidad.

En primer lugar, es claro que no se trata de un recurso jurisdiccional, o sea, de una forma de impugnar resoluciones judiciales. Una de las fórmulas más extendidas en la práctica del Tribunal Constitucional para declarar la inadmisibilidad de un requerimiento de inaplicabilidad es justamente objetarlo cuando dicha presentación sea dirigida contra una sentencia judicial (Correa Sutil 2011: 14).

Al respecto, cabe tener presente que la función jurisdiccional está definida por la propia Carta Fundamental, que el artículo 76 conceptualiza como la facultad de conocer las causas civiles y criminales, resolverlas y hacer cumplir lo juzgado. Teniendo en vista lo anterior, se puede señalar que el Tribunal Constitucional no ejerce funciones jurisdiccionales, porque de la revisión de sus competencias, que enumera y desarrolla el artículo 93 de la Constitución, no se observa ninguna que enuncie la facultad de resolver conflictos de interés entre partes que tengan relevancia jurídica. Esta misma conclusión se sigue si se observa la propia definición de jurisdicción que hace el Tribunal Constitucional en el considerando 20° del rol 616: "...la jurisdicción supone el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de interés de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir".

Se ha señalado que existiría un símil del conflicto de interés que es relevante para la función jurisdiccional a nivel constitucional, indicando que habría una especie de conflicto constitucional (Colombo 2000:7), y que ese podría ser el objeto de una jurisdicción constitucional. Pero a menos que

se considere que las personas pueden tener conflictos puramente normativos en los que no estén en juego pretensiones concretas o derechos subjetivos, parece que la función del Tribunal Constitucional no es jurisdiccional sino que, más bien, es resolver conflictos normativos entre la Constitución y otras normas de inferior rango, de forma tal de asegurar la primacía de la primera dentro del ordenamiento jurídico nacional.

Teniendo presente este marco general que reconoce como tarea básica del Tribunal Constitucional la resolución de conflictos constitucionales, se puede indagar respecto de la función específica del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en este contexto.

Al respecto, destaca la explicación propuesta por Zúñiga. Dicho autor concibe la función del recurso de inaplicabilidad como una forma de control de constitucionalidad de la ley, de naturaleza jurisdiccional, concreto, represivo y facultativo. En primer lugar, valga la aclaración en el sentido que el concepto de función "jurisdiccional" que acá se plantea sólo se refiere a una modalidad de control jurídico que de suyo somete al juzgador al uso de reglas de argumentación y hermenéutica propia del control jurídico de un tribunal, pero dicha función es "ajena a las decisiones sobre conflicto de intereses particulares o a casos concretos con contradictorios propios de la jurisdicción ordinaria" (Zúñiga 2010: 16).

La idea de que la función del recurso de inaplicabilidad sea represiva y facultativa es relativamente fácil de asir, porque indica que este tipo de control se dirige contra normas que ya integran el ordenamiento jurídico, y sólo procede a solicitud de parte o del juez y nunca de oficio, como sí era posible en la formulación anterior del recurso en la Constitución de 1980 antes de la reforma del año 2005, que permitían al órgano constitucional competente -la Corte Suprema- declarar de oficio la inaplicabilidad de una norma legal aplicable en las materias que conozca.

Como posteriormente se desarrollará en este trabajo, hay dos elementos básicos que fundan la admisibilidad en un recurso de inaplicabilidad: que se impugne la aplicación de un precepto legal que pueda generar efectos contrarios a la Constitución, y que ese precepto sea relevante en un proceso judicial pendiente. Por muy inconstitucional que pueda resultar la aplicación de un precepto legal dado, si no hay un juicio pendiente en el que se ventile dicha aplicación no hay recurso de inaplicabilidad posible, y tampoco lo hay si en ese juicio el precepto en cuestión ya fue aplicado por una resolución interlocutoria o de grado que se encuentra firme. Por tanto, esta acción requiere, como condición

mínima, que exista un juicio pendiente en el que la posible aplicación del precepto legal impugnado no haya sido resuelta en la sentencia.

Funcionalmente considerado, el fallo del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es accesorio al juicio donde se ventila la aplicación del precepto, ya que la procedencia de un acción de inaplicabilidad presupone siempre un juicio pendiente, al punto que si después de decretada la admisibilidad del requerimiento y antes de la sentencia del proceso en el Tribunal Constitucional el juicio del fondo termina, el fallo final de inaplicabilidad será siempre desestimatorio, porque no hay una sentencia futura en el que pueda incidir la resolución que se haya adoptado. Este punto es muy importante, porque funda la naturaleza esencialmente dependiente o accesoria del proceso constitucional por inaplicabilidad al juicio del fondo donde se ventila la aplicación del precepto legal, al punto que si el segundo no existe el primero pierde completamente su objeto.

Esta íntima relación entre el requerimiento de inaplicabilidad y la sentencia del juicio en el que se ventila la aplicación del precepto impugnado tiene una naturaleza procesal eminentemente incidental. Salas Vivaldi (2000: 26) define los incidentes como “toda cuestión distinta y accesoria del asunto principal de un juicio, que presentándose durante el curso del proceso, puede en ciertos casos suspenderlo, y sobre el cual debe recaer una resolución especial del tribunal”. El autor citado considera que los incidentes tienen dos elementos definitorios (Salas Vivaldi 2000: 32).

- a) accesoriedad respecto del objeto principal del pleito;
- b) requieren de un pronunciamiento especial del tribunal. Sobre este último elemento el autor no manifiesta, de forma clara y categórica, que el tribunal llamado a fallar el incidente deba ser, necesariamente, el mismo que resuelve el asunto principal.

En el derecho procesal común la resolución que falla un incidente puede ser un auto o una sentencia interlocutoria, dependiendo de la trascendencia que tiene esa resolución en la sentencia definitiva. Una sentencia interlocutoria es la que establece derechos permanentes para las partes, o resuelve sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria (inciso tercero del artículo 158 del Código de Procedimiento Civil). La resolución que falla el fondo de un requerimiento de inaplicabilidad acogiendo la pretensión del recurrente tiene el carácter de sentencia interlocutoria en el juicio en el que se ventila la aplicación del precepto impugnado, porque la sentencia de ese proceso debe tomar en consideración el fallo sobre la inaplicabilidad que dictó previamente el

Tribunal Constitucional. De ello se concluye, preliminarmente, que el recurso de inaplicabilidad tiene un carácter eminentemente incidental.

¿Tiene también un carácter cautelar? Marín (2004:194) plantea que las medidas cautelares en el Derecho chileno se distinguen por su carácter provisional (se agotan con la sentencia) e instrumental (están necesariamente vinculadas de manera accesoria a la resolución definitiva del juicio), y que sus presupuestos de procedencia son el “periculum in mora” (el peligro que representa la demora para la pretensión que se discute en el fondo del juicio si la medida cautelar no es adoptada con prontitud), el “fumus boni iuris” (la necesaria fundamentación de la solicitud de medida cautelar en la existencia de una presunción grave del derecho discutido que se pretende cautelar) y la caución o contracautela, para responder de los perjuicios que irrogaría la medida a la contraparte si en definitiva la pretensión principal fuera desechada.

El único efecto de la sentencia que acoge un recurso de inaplicabilidad se produce en el fallo del proceso judicial en el que se ventila la aplicación del precepto impugnado, y después pierde total valor en virtud del principio de efecto relativo de las sentencias que señala el artículo 3º del Código Civil, por tanto acá se cumple el carácter provisional antes mencionado. También se cumple el carácter instrumental, ya que el fallo del recurso e inaplicabilidad tiene carácter de sentencia interlocutoria en el juicio donde se ventila la aplicación del precepto, pues resuelve un trámite (que precepto legal no puede aplicarse) que sirve de base para la sentencia definitiva de ese juicio.

Los presupuestos de procedencia también son coincidentes en las medidas cautelares y en el recurso de inaplicabilidad. El “periculum in mora” está representado en la acción constitucional de inaplicabilidad por el hecho de que el juez está sujeto a la ley y no puede prescindir de su aplicación si es relevante para el proceso que conoce, aunque el efecto que esa aplicación produzca un efecto inconstitucional. La inminencia de ese efecto indeseado constituye un peligro que sólo puede ser esquivado si el Tribunal Constitucional ordena no aplicar el precepto en cuestión.

Por su parte, dentro de los presupuestos del recurso de inaplicabilidad también se contempla un elemento similar al “fumus boni iuris”, pues uno de los requisitos básicos de admisibilidad de esta acción es que se intente contra un precepto legal que aparezca como decisivo en la gestión de que se trata, o sea, que la pretensión del requirente de inaplicabilidad se funde en la aplicación probable, en un grado importante, de un precepto legal que acarrearía efectos inconstitucionales.

Finalmente, la caución o contracautela no está contemplada de forma positiva como requisito en el recurso de inaplicabilidad, pero al respecto Marín (2004:258) reconoce que éste no tiene la calidad de requisito sine qua non en las medidas cautelares, sino que procede sólo por requerimiento expreso de la ley o cuando el juez lo estime necesario.

Como conclusión, puede señalarse que el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es una acción cautelar de naturaleza incidental que tiene por función controlar la constitucionalidad de la aplicación de los preceptos legales relevantes en la resolución de un caso judicial dado.

4. Regulación procesal de la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

4.1. Regulación previa a la modificación constitucional del año 2005

El inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política de la República de 1925 establecía lo siguiente:

"La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recursos interpuestos en juicio que se siguiere ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal, contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda la tramitación".

El 22 de marzo de 1932 la Corte Suprema, notando la falta de regulación del recurso, dictó un auto acordado "para asegurar la defensa a que tienen derecho los interesados". Su formulación era muy breve, y se limita a señalar que :

"Presentado el escrito, se confería traslado común por seis días, aumentados con el emplazamiento que corresponda según la tabla, a las demás partes del pleito. Transcurrido el plazo antedicho, con o sin la respuesta de los interesados, se pasarán los antecedentes para que dictamine el señor Fiscal; y evacuado el trámite se podrá la causa en tabla para su vista y fallo como los otros asuntos de que conoce el tribunal pleno."

Posteriormente, la Constitución de 1980, estableció, en su artículo 80, lo siguiente:

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

La redacción final contenida en el artículo 80 de la Constitución de 1980 presenta tres innovaciones en relación con la original del artículo 86 de la Constitución de 1925. La primera es que se reemplazó la voz "juicio" por "gestión", lo que recogió en el texto la interpretación previa que acogió un concepto amplio de la expresión "juicio" (Silva Bascuñán 2002: 188). La segunda es que permitió a la Corte

Suprema declarar de oficio la inaplicabilidad. La tercera es que se modificó la regla sobre el efecto suspensivo que tiene o podría tener la interposición del recurso respecto del juicio o gestión en la que se ventila la aplicación del precepto impugnado; en la Constitución de 1925 ello estaba expresamente prohibido y en cambio la Constitución de 1980 abre esta posibilidad como una facultad del tribunal que conoce del requerimiento. Pese a las tres consideraciones anteriores, antes de la reforma constitucional del año 2005, no hubo modificación alguna del auto acordado de 1932.

La doctrina nacional consultada (Casarino 2008: 229) ha desarrollado la regulación procesal en base a la formulación de la Constitución de 1980. El primer asunto que ella destaca es la indeterminación que los textos citados respecto de la legitimación activa para interponer el recurso. Sobre el particular, se señaló que el recurso de inaplicabilidad lo podía interponer "la parte agraviada" (Casarino 2008: 230), o sea, quien tenga la calidad de parte en el juicio o gestión pendiente y que la aplicación del precepto impugnado le cause un perjuicio.

Añade que este recurso debía interponerse por escrito y que la práctica requería que se contemplaran los siguientes elementos:

- Identificación del juicio en el cual se aplicará la disposición impugnada.
- Identificación de los litigantes.
- Identificación precisa del o los preceptos impugnados.
- Justificación de la influencia del o los preceptos impugnados en la decisión del juicio.
- Justificación de la forma como el o los preceptos impugnados contravienen la Constitución.
- Que se haya extendido un patrocinio y poder a un abogado habilitado para ejercer la profesión.

Los elementos antes enunciados eran sucintamente verificados por la Sala de cuenta de la Corte Suprema, la que declaraba la admisión o inadmisión de la presentación. Sorteado este trámite, se otorgaba un traslado común por seis días a las demás partes del pleito, plazo que se aumentaba según la tabla de emplazamiento.

Para estos efectos, las demás partes del pleito eran consideradas como "las partes recurridas", o sea, a quienes les afecta la impugnación del precepto objeto del recurso, justamente porque su inaplicabilidad les acarrea agravio.

Por otro lado, el término "traslado" sólo significa poner el recurso en conocimiento de las demás partes del pleito que no han recurrido (Casarino 2008: 231) para que en el plazo de seis días planteen lo que consideren necesario.

Como el plazo de traslado estaba contemplada en un auto acordado y no en la ley o en la Constitución, no se aplicaba lo dispuesto en el artículo 64 del Código de Procedimiento Civil, por lo que no tenía el carácter de fatal. Con todo, no era necesario acusar la rebeldía de la parte a quien se confería el traslado, porque el propio auto acordado prevenía que cumplido el plazo, con o sin respuesta, el asunto pasaba al dictamen del fiscal, luego de lo cual el pleno de la Corte Suprema resolvía el fondo del asunto.

4.2. Regulación posterior a la reforma constitucional de 2005 y antes de la ley N° 20.381

La ley N° 20.050 publicada en el Diario Oficial el día 26 de agosto de 2005, introdujo una modificación sustantiva a la Carta Fundamental, comparable en extensión sólo a la introducida por la ley N° 18.827, de 17 de agosto de 1989. Entre los varios e importantes asuntos tratados en aquella ley de reforma constitucional, se aprobó un cambio radical en la composición y competencias del Tribunal Constitucional. En la materia que atinge a este trabajo, dicha reforma modificó la estructura básica del recurso de inaplicabilidad y entregó su conocimiento y resolución al Tribunal Constitucional. En esa misma ocasión se aprobó también la disposición transitoria decimosexta, que estableció que las modificaciones relativas a las nuevas competencias del Tribunal Constitucional entrarían en vigor seis meses después de la publicación de la referida reforma constitucional, esto es, el día 26 de febrero de 2006.

Como no hay plazo que no se cumpla (ni deuda que no se pague), llegó la fecha señalada, entró en vigencia la modificación de competencia y el Tribunal Constitucional se vio obligado a iniciar el conocimiento de estos nuevos recursos de inaplicabilidad, pese a no tener disposiciones en su ley orgánica constitucional que regularan el procedimiento a seguir. Dicho procedimiento, conjuntamente con el establecimiento de la planta del tribunal, su organización y funcionamiento, debe reglarse a través de una ley orgánica constitucional por disposición expresa del inciso final del artículo 92 de la Carta Fundamental. En razón de lo anterior, el Tribunal Constitucional se encontró impedido de dictar

un auto acordado para estatuir estas materias y debió, en cumplimiento del principio general de inexcusabilidad, emitir en cada caso las normas que regularían estas materias.

El primer recurso de este tipo que fue declarado admisible y puesto en conocimiento de los órganos colegisladores fue el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Sociedad Visal Ltda. respecto del inciso segundo del artículo 23 de la ley N° 19.542, que Moderniza el Sector Portuario Estatal, que incidía en la causa caratulada “Sociedad Visal Ltda. con Empresa Portuaria de Arica”. Este recurso fue presentado el día 14 de marzo de 2006 y se le asignó el rol 467. La declaración de admisibilidad de este presentación fue resuelta de plano el día 19 de abril de 2006. Al día siguiente el Tribunal Constitucional dictó una nueva resolución para regular las reglas de la tramitación ulterior del recurso, cuya parte dispositiva se enuncia a continuación:

- “a) se aplicarán las disposiciones contenidas en el Capítulo II, Título I y II, párrafo 2°, de la ley N° 17.997, en cuanto fueren compatibles;
- b) las resoluciones que se dicten se notificarán por carta certificada a las partes y por comunicación a los órganos correspondientes. En ambos casos la notificación se practicará por el secretario. Sin perjuicio de ello, el Tribunal podrá disponer otra forma de notificación si así lo estimare necesario;
- c) la fecha de notificación por carta certificada y de las comunicaciones será, para todos los efectos legales, la del tercer día siguiente a su expedición;
- d) encontrándose la causa en estado, se ordenará traer los autos en relación. La duración de los alegatos será de media hora por cada parte, prorrogable por acuerdo unánime del tribunal;
- e) serán aplicables, además, en cuanto corresponda, las normas contenidas en los títulos II, V y VII del Libro I del Código de Procedimiento Civil;
- f) los plazos de días serán de días corridos y no se suspenderán durante los feriados, conforme al artículo 33 de la ley N° 17.997, y
- g) la sentencia que dicte el tribunal deberá notificarse dentro de tercero día a quien corresponda.”.

En términos generales esta resolución se reprodujo en los subsiguientes procesos de inaplicabilidad. A medida que el Tribunal Constitucional ganó experiencia en el tema fue agregando menciones o trámites a esta resolución; de esta forma se incorporaron, por ejemplo:

- “las partes deberán señalar, en su primera presentación al Tribunal, un domicilio en la provincia de Santiago” (rol 472).
- “el tribunal podrá adoptar todas las medidas que considere convenientes para la debida substanciación del requerimiento sometido a su conocimiento” (rol 473).
- se amplió la regulación relativa a la duración de los alegatos (rol 502).

4.3. Regulación introducida por la ley N° 20.381

La reforma constitucional del año 2005 introdujo modificaciones sustanciales a la competencia y estructura del Tribunal Constitucional. Este cambio produjo un vacío en la regulación de los nuevos procedimientos necesarios para materializar las nuevas competencias, los que fueron suplidos de forma transitoria por el propio Tribunal, tal como se indicó en el apartado anterior, pero la solución definitiva a este asunto debía venir de la mano de una reforma a la ley orgánica constitucional de ese organismo, que regulara en detalle las nuevas competencias. En razón de ello, el Congreso Nacional discutió y aprobó el Boletín N° 4.059-07, que se transformó en la ley N° 20.381, modificatoria de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, para adecuarla a los cambios sufridos por la institución en la citada reforma constitucional. Esta ley fue publicada en el Diario Oficial el día 28 de octubre de 2009, y posteriormente el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional fue fijado en el decreto con fuerza de ley N° 5, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial el día 10 de agosto de 2010.

En relación al recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y haciendo eco de lo señalado en el inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución, la ley N° 20.381 introdujo un artículo 31 en la referida norma orgánica constitucional, que establece que será competencia del pleno del Tribunal Constitucional la resolución del fondo de estas acciones, y un artículo 32 que indica que la admisibilidad de esos requerimientos quedaría en manos de las salas del tribunal. Estas normas son relevantes también porque derogaron orgánicamente⁷ el primer numeral del artículo 96 del Código

⁷ La derogación orgánica tiene lugar cuando una nueva ley regula de forma comprehensiva una materia previamente tratada en otra ley (Alessandri 1998: 205).

Orgánico de Tribunales, que establecía que la Corte Suprema era competente para conocer de los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

La nueva regulación señala que el trámite de admisibilidad de estas presentaciones no es de los que la ley contempla que deben tener alegatos obligatorios, no obstante permite que las partes los pidan, y como novedad se introdujo en estos procesos la incidencia de abandono del procedimiento, que procederá luego de transcurridos tres meses contados desde la última diligencia útil.

La ley N° 20.381 introdujo un nuevo párrafo 6 en su Título II, para regular de manera específica el procedimiento de los requerimientos o “cuestiones” de inaplicabilidad. En este párrafo se introducen dos exámenes previos al conocimiento del fondo: el examen para acoger a tramitación el requerimiento y el examen de admisibilidad.

El primer examen controla los requisitos de generales de toda presentación ante el Tribunal Constitucional (que esté formulada por escrito y que sea presentada ante la Secretaría de Tribunal), y los específicos del recurso de inaplicabilidad:

- 1.- que esté patrocinado por un abogado.
- 2.- que se designe un domicilio “conocido” dentro de la Provincia de Santiago.
- 3.- que se acompañe un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en el que conste la existencia de ésta y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados cuando la presentación la hace alguna de las partes del juicio en que se ventila la aplicación del precepto impugnado. En cambio, si la presentación es efectuada por el propio tribunal que conoce del pleito, se deberá remitir al Tribunal Constitucional un oficio en que conste copia de las piezas principales del expediente, y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados; en este caso también deberá dejarse constancia en el expediente del oficio enviado al Tribunal Constitucional.
- 4.- que contenga una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya el requerimiento y de como ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas. El contenido de este requisito será analizado en el apartado relativo al fundamento plausible del requerimiento (5.5).

El examen para acoger a tramitación considera la constatación de los cuatro requisitos antes mencionados, y establece como sanción a su infracción una resolución del Tribunal Constitucional que declara que el requerimiento no es acogido a tramitación, teniéndose por no presentado para todos los efectos legales. Esta sanción puede ser pura o simple o sujeta a una condición suspensiva, dependiendo de qué tipo de infracción se trate.

A juicio del autor de este trabajo, una interpretación sistemática de los incisos primero y segundo del artículo 82⁸ de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional permite considerar que la regla general en caso de omisión de los requisitos anteriores es la sanción antes predicada, en carácter de pura y simple. Excepcionalmente es posible subsanar “defectos de forma” o la “omisión de antecedentes que deben acompañarse” dentro del plazo de tres días, caso en el cual la sanción queda sujeta a la condición suspensiva de que el requirente no cumpla con lo ordenado.

¿Qué se entiende por “omisión de antecedentes que debe acompañarse”? Un examen de los requisitos específicos antes enumerados permite distinguir entre menciones que debe contener el requerimiento y antecedentes que deben ser adjuntados conjuntamente con éste. Están en el segundo caso el certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial en el que conste la existencia de ésta, y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados, cuando se trate de una presentación hecha por la parte en el juicio donde se ventila la aplicación del precepto impugnado; o las piezas principales del expediente, cuando se trate de una presentación hecha por el juez de la causa. La omisión de estos antecedentes puede ser subsanada acompañándolos dentro del plazo de tres días.

¿Qué se entiende por “defectos de forma”? La respuesta a esta pregunta es un poco más complicada. En primer lugar y haciendo una interpretación sistemática de los dos incisos antes citados, se puede considerar que son defectos de forma subsanables las menciones que deben contener los requerimientos de inaplicabilidad que no están contenidas en los artículos 79 y 80 de la ley orgánica constitucional: que la presentación esté patrocinada por un abogado y que se señale en ella un domicilio dentro de la ciudad de Santiago.

⁸ Artículo 82. Para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 79 y 80. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.

No obstante, tratándose de defectos de forma o de la omisión de antecedentes que debían acompañarse, el Tribunal, en la misma resolución a que se refiere el inciso anterior, otorgará a los interesados un plazo de tres días para que subsanen aquéllos o completen éstos. Si así no lo hacen, el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.

En segundo lugar, también pueden considerarse como defectos de forma subsanables las menciones relativas a la identificación precisa del juicio en el que se ventila la aplicación del precepto impugnado y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

Pero no puede predicarse esta misma calidad de “defectos de forma” a las menciones indicadas en el artículo 80 de la ley orgánica constitucional, o sea, la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya el requerimiento y de como ellos producen como resultado la infracción constitucional, y el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas. Estas menciones constituyen el objeto a pedir en los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y el fundamento que justifica dicho petitorio, por tanto rebasan, con mucho, la idea de que son meras menciones adjetivas que pueden ser enmendadas o subsanadas en el curso del proceso.

Acogido que sea el requerimiento a tramitación procederá el examen de admisibilidad propiamente tal. La ley ocupa una forma negativa para este trámite, indicando las causales de inadmisibilidad en el artículo 84. Estas son las siguientes:

- 1.- Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado.
- 2.- Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;
- 3.- Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;
- 4.- Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;
- 5.- Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y
- 6.- Cuando carezca de fundamento plausible.

La formulación positiva y análisis pormenorizado de estos requisitos será materia del próximo capítulo. Con todo, desde un punto de vista estrictamente procesal, la constatación de los requisitos de admisibilidad es materia de una resolución fundada que tiene carácter de interlocutoria de segundo

grado, o sea, resuelve un trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de la sentencia definitiva o de otra interlocutoria.

El citado artículo 84 indica que la resolución que declara inadmisibile el requerimiento se notificará al recurrente, a las partes del juicio y al juez que conoce de la gestión, y para todos los efectos legales el recurso inadmisibile “se tendrá por no presentado”.

En cambio, si el requerimiento es declarado admisible, se comunica a las partes o al tribunal, dependiendo de quién lo haya impetrado, y se les confiere un plazo de 20 días para formular observaciones y presentar antecedentes. En el mismo plazo se pone el requerimiento en conocimiento de ambas Cámaras del Congreso Nacional y del Presidente de la República con el mismo propósito. Transcurrido este plazo se dicta autos en relación y el asunto queda en estado de tabla.

Finalmente, cabe hacer presente que tanto el examen para acoger a tramitación como el examen de admisibilidad consideran como sanción para el requerimiento que no lo cumpla tenerlo como “no presentado”. Esta expresión es poco clara porque en principio daría a entender que el requirente podría volver a ingresar su presentación cuantas veces quisiera, ya que la o las anteriores se tuvieron por “no presentadas”, lo que jurídicamente equivaldría a que nunca existieron. Esta interpretación, aunque puede desprenderse del tenor literal de las disposiciones que regulan esta materia, genera resultados evidentemente nocivos, por tanto hay que intentar otra lectura que brinde un resultado más sistemático.

Una solución que en principio podría ensayarse es ocupar en este caso la institución de la preclusión, entendiendo que el requirente, sea parte o juez de un juicio determinado, “agota” su derecho a presentar un requerimiento de inaplicabilidad la primera vez que lo intenta. Pero esta solución requeriría de texto legal expreso que la permitiera y, mientras ello no ocurra cabe descartarla, asunto que será más desarrollado en el parágrafo 5.3.2. de este trabajo.

Otra posibilidad es hacer un distinción entre el efecto que se produce cuando no se acoge a tramitación un requerimiento o cuando éste es declarado inadmisibile. En el primer caso, podría objetarse que se esté en presencia de un requerimiento propiamente tal, pues la presentación que no identifica un domicilio para el requirente, no especifica el juicio y sus partes donde se ventila la aplicación del precepto impugnado, o no acompaña el certificado que acredita la existencia de dicho proceso, no es considerada para nada por el Tribunal Constitucional, determinándolo así una resolución que se dicta

de plano y sin traslado a las otras partes del juicio, pues ellas no son identificables. En este escenario parece razonable interpretar de forma literal la sanción de tener por “no presentado” el respectivo “intento” de requerimiento, y dejar al requirente en posición de aclarar sus ideas, obtener los antecedentes mínimos para fundar un recurso de inaplicabilidad, y permitirle volver a hacer una presentación.

Cosa distinta ocurre cuando se trata de una resolución que declara la inadmisibilidad de un recurso de inaplicabilidad. En este caso se ha trabado una litis, pues el inciso tercero del artículo 82 de la ley orgánica constitucional permite que el Tribunal Constitucional dé traslado a la contraparte e incluso oiga alegatos para resolver la admisibilidad de la cuestión. La resolución que declara la inadmisibilidad tiene el carácter de sentencia interlocutoria que termina el procedimiento o hace imposible su consecución, y su contenido no puede volver a ser discutido por las mismas partes en el mismo juicio del fondo donde se ventila la aplicación del mismo precepto legal. En razón de lo anterior, no debería permitirse que se volvieran a presentar requerimientos de inaplicabilidad que coincidieran en los tres aspectos señalados anteriormente. Así lo ha considerado el Tribunal Constitucional, quien en el rol 1311, cons. 15º, desechó un segundo requerimiento presentado por la misma parte respecto al mismo precepto legal cuya aplicación se ventilaba en el mismo proceso, considerando que en este caso el nuevo requerimiento carecía de fundamento plausible.

La única salvedad a lo anteriormente indicado procede si el primer requerimiento fue declarado inadmisibile porque, a juicio del Tribunal Constitucional, la disposición no era aplicable o decisiva para la resolución del juicio, y estas circunstancias posteriormente variaron. Este tema será desarrollado en el epígrafe 5.3.2. de este trabajo.

5. Elementos de admisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

En la descripción del estado del arte sobre la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad, se indicó que la doctrina había identificado como requisitos de esta etapa previa los siguientes: a) demostrar la existencia de una gestión pendiente a la fecha de presentación del recurso, ante un tribunal ordinario o especial; b) que la norma impugnada sea un precepto de naturaleza o rango legal; c) que el precepto cuya aplicación se ha impugnado pueda resultar decisivo para la resolución de un asunto ventilado en sede judicial; d) que el requerimiento esté fundado razonablemente; y e), que se cumplan los demás requisitos que establece la ley.

Esta enumeración está, a juicio del autor de este trabajo, excesivamente atada a la enunciación positiva del recurso en el artículo 93 N° 6 de la Constitución, y no considera el asunto desde una perspectiva funcional. Para superar lo anterior, este escrito propone agrupar los elementos de admisibilidad del recurso de inaplicabilidad, para efectos de su estudio, en los siguientes:

- a) que se constate la existencia de un juicio o gestión pendiente.
- b) que se trate de la impugnación de un precepto legal.
- c) que el asunto no haya sido previamente decidido por el Tribunal Constitucional.
- d) que el requirente esté legitimado activamente.
- e) que el requerimiento esté fundado plausiblemente.

Estos elementos son requisitos sine qua non para la declaración de admisibilidad, pero pueden ser priorizados teniendo en vista su función en el recurso de inaplicabilidad, lo que permite concluir que la admisibilidad de un requerimiento se funda, en última instancia, en dos elementos claves: la existencia de un juicio o gestión pendiente, y que lo que se impugne sea un precepto legal que sea decisivo para la resolución de la litis y cuya aplicación se ventile en ese juicio o gestión pendiente.

5.1. Existencia de un juicio o gestión pendiente

Este es el primer requisito basal en que se funda la admisibilidad de los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

La redacción de este requisito en la formulación original de la Constitución de 1980 ha variado formalmente, pero su sentido sigue apuntando a lo mismo. La formulación del artículo 80 original de la Carta Fundamental estaba construida sobre la base del órgano competente para conocerlo, que era la Corte Suprema. En razón de ello el constituyente originario de 1980 se refería en esta redacción a las materias que el máximo tribunal estuviera conociendo, de oficio o a petición de parte, y a las demás gestiones seguidas ante otros tribunales que lleguen a conocimiento de la Corte Suprema con ocasión de la interposición de un recurso de inaplicabilidad.

La formulación anterior cambia con la reforma del año 2005, pues el nuevo órgano llamado a conocer el recurso de inaplicabilidad nunca está en posición de resolver la gestión en la que se ventila la aplicación del precepto impugnado, porque por definición el Tribunal Constitucional no es instancia o grado superior de los tribunales de justicia. Una derivada de ello es que se elimina la posibilidad de declaraciones de inaplicabilidad de oficio, que sí tenía la Corte Suprema en las materias jurisdiccionales sometidas a su conocimiento.

Dicho lo anterior, ha de considerarse que el contenido del concepto “gestión” judicial no ha variado mayormente en el texto constitucional. En la formulación original del artículo 80, además de la situación de las materias en actual conocimiento de la Corte Suprema, se hablaba de “gestión que se siga ante otro tribunal”, y la nueva formulación del numeral sexto del artículo 93 se refiere a “gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial”.

Desde la perspectiva estrictamente positiva, la regulación del elemento de admisibilidad “gestión judicial” ha sido desarrollado mucho más in extenso en la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional. Como se dijo anteriormente, la regulación de la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad comprende dos etapas: la aceptación a tramitación y la admisibilidad. Aunque en estricto rigor la existencia de la gestión pendiente es un requisito de admisibilidad, ella ya está presente en la etapa de aceptación a tramitación, pues el artículo 79 de la ley orgánica constitucional de Tribunal Constitucional requiere que cuando se trate de un requerimiento intentado por alguna de las partes se debe acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce la gestión, en que conste la existencia de la misma, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de sus apoderados. Por otro lado, cuando el requirente es el tribunal que conoce el proceso en que se ventila la aplicación del precepto impugnado, la existencia de la gestión debe constar en el oficio o automotivado a través del cual el juez eleva el asunto al Tribunal Constitucional, y deben

acompañarse copias de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

En cuanto requisito de admisibilidad, el artículo 84 de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional explícitamente indica que será declarado inadmisibile el requerimiento intentado cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación o cuando ella se haya terminado por sentencia ejecutoriada.

El requisito de la gestión judicial pendiente puede ser separado en dos elementos, a saber, que se trate de una gestión pendiente y que ella se siga ante un tribunal ordinario o especial.

5.1.1. Concepto de gestión pendiente

Tal como se señaló en la introducción, este requisito es parte de la etapa de aceptación a tramitación y de admisibilidad. En la primera de esas fases se exige al requirente acompañar un certificado extendido por el tribunal que conoce la gestión, en el que conste la existencia de la misma y el estado en que se encuentra; si quien promueve la cuestión es el propio juez, deberá identificar en su oficio o automotivado la existencia de la gestión.

La doctrina considera dos elementos que configuran el requisito de “gestión pendiente” en cuando elemento de admisibilidad (Zúñiga 2010: 112):

- 1.- Que el proceso no haya concluido por sentencia ejecutoriada o inimpugnable.
- 2.- Que el proceso siga tramitándose. Ello implica la presencia de gestiones útiles pendientes, sin que baste la existencia de plazos no concluidos para impugnar sentencias definitivas.

Por otro parte, la existencia de la gestión pendiente es un elemento que trasunta todo el resto del procedimiento, porque si en cualquier momento de la tramitación de la acción de inaplicabilidad el juicio en el que se ventila la aplicación del precepto impugnado termina, el Tribunal Constitucional indefectiblemente desecha el requerimiento, pese a haberlo considerado previamente como admisible. En este caso, se dicta una sentencia interlocutoria de segundo grado, pues termina el proceso o hace imposible su consecución.

Al respecto, debe tenerse a la vista que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad contempla una medida precautoria especial en la propia Constitución: la paralización de la gestión en la que se ventila la aplicación del precepto impugnado. Esta medida aparece en la Carta Fundamental como una facultad del Tribunal Constitucional y no como un efecto automático de los requerimientos presentados y declarados admisibles. Lo anterior no tendría sentido si se la considerara sólo como una especie de orden de no innovar, pues es evidente que la sentencia previa del juicio del fondo hace ilusoria la resolución posterior de la inaplicabilidad.

De ser así, la paralización de aquél debería ser un efecto común, pues como el recurso de inaplicabilidad no es propiamente un recurso procesal, no hay un traspaso de competencia similar al que ocurre entre el tribunal recurrido y el recurrente por efecto del desasimio. Pero si el asunto se considera desde una perspectiva realista, hay que reconocer que no todas las presentaciones intentadas ante el Tribunal Constitucional están motivadas únicamente por nobles afanes de asegurar la supremacía constitucional sino que, por el contrario, muchas de ellas se deben a intereses particulares de los litigantes en orden a aplazar la dictación de la sentencia en el proceso del fondo y su ejecución, sobre todo cuando ello es inminente y agravia, de alguna forma, al requirente de inaplicabilidad. Para evitar lo anterior, la suspensión del procedimiento está establecida como una facultad del Tribunal Constitucional y no un efecto automático, lo que en el fondo le permite aquilatar, prima facie, la relevancia constitucional del conflicto que denuncia el requirente.

Este mecanismo de suspensión del procedimiento también cumple otra función, pues al ser la existencia de la gestión pendiente una condición perentoria de todo el proceso de inaplicabilidad, el ejercicio de esta facultad de suspensión del proceso del fondo tiene por efecto “cristalizar” esta exigencia perentoria, lo que además obliga al Tribunal Constitucional a pronunciarse sobre el fondo del asunto, descartando la posibilidad de la citada sentencia interlocutoria de segundo grado para terminar la acción de inaplicabilidad.

5.1.2. Que la gestión se siga ante un tribunal ordinario o especial

El concepto de tribunal ordinario o especial tiene un contenido positivo. El artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales introduce una triple distinción sobre este punto. Considera, en primer lugar, como tribunales ordinarios de justicia a la Corte Suprema, a las Cortes de Apelaciones, a los

Presidentes y Ministros de Corte, a los tribunales de juicio oral en lo penal, a los juzgados de letras y a los juzgados de garantía.

Distingue, a continuación, dos tipos de tribunales especiales. Los primeros son los que forman parte del Poder Judicial como tribunales especiales, quedando considerados en este grupo los juzgados de familia, los juzgados de letras del trabajo, los juzgados de cobranza laboral y previsional y los tribunales militares en tiempo de paz. La organización y atribuciones de estos tribunales se rigen por sus disposiciones respectivas y por el Código Orgánico de Tribunales siempre y cuando hagan reenvío a él. El segundo grupo corresponde a los tribunales especiales que no forman parte del Poder Judicial y que son regidos también por leyes especiales. Este grupo está integrado, entre otros, por los Tribunales Tributarios y Aduaneros, el Tribunal de la Contratación Pública y los Tribunales Electorales.

Las gestiones provenientes de estas tres clases de tribunales cumplen con el requisito de admisibilidad planteado.

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha considerado que también existen órganos administrativos que ejercen jurisdicción. Esta constatación arranca de la base que lo definitorio de la jurisdicción es la función en que consiste (“poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promueven en el orden temporal dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponde intervenir”: Rol 616, cons. 24º) y no en el órgano que la ejerce.

El problema que plantea esta nomenclatura es cómo distinguir cuando un órgano administrativo ejerce jurisdicción -caso en el cual puede empecerle una sentencia de inaplicabilidad dictada por el Tribunal Constitucional-, o cuando ejerce una potestad meramente administrativa en un procedimiento del mismo carácter -respecto a lo cual no se puede plantear un recurso de inaplicabilidad-. Esta distinción es difícil porque los procedimientos puramente administrativos y los que tienen carácter administrativo/jurisdiccional están regidos por el mismo principio de legalidad; además, en los procedimientos meramente administrativos se otorga a los particulares la facultad de comparecer como “parte interesada” desde su inicio (artículo 30 de la ley N° 19.880 sobre procedimientos administrativos) y solicitar actos de instrucción y prueba (artículos 34 y 35 ley N° 19.880).

La doctrina consultada (Bordalí y Ferrada 2008: 76) considera que es relativamente simple distinguir entre la actividad legislativa y la jurisdiccional o la administrativa, pero no es tan fácil discriminar entre estas dos últimas pues ambas, en principio, desarrollan la misma función: aplicar a casos concretos normas jurídicas creadas por el Poder Legislativo.

Con todo, los autores citados consideran que hay criterios para hacer esa discriminación. En primer lugar, observa que la aplicación del derecho por parte de la jurisdicción sólo se materializa ante la invocación de pretensiones o resistencias de terceros y no, por regla general, de oficio. En cambio, la Administración ostenta competencias amplias para proceder de oficio.

En segundo lugar, expresan que la aplicación del derecho que hace la jurisdicción es efectuada de modo irrevocable (efecto de cosa juzgada), en cambio la decisión de la Administración es esencialmente revisable por la jurisdicción.

Finalmente, los autores citados observan que la jurisdicción aplica el derecho sin que en ello haya un interés propio envuelto, en cambio la Administración efectúa tal actividad a la luz de criterios políticos o administrativos discrecionales y propios.

5.2. Que se trate de la impugnación de un precepto legal relevante en la gestión pendiente

5.2.1. Importancia del precepto legal para la configuración del recurso de inaplicabilidad

La función más importante del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es excluir o expulsar una norma del conjunto de las leyes decisorias de la litis en un juicio o gestión pendiente. El importante matiz de diferencia que aportó la reforma constitucional del año 2005 es que se separó la causa que motiva el recurso de inaplicabilidad y su efecto, el que corresponde a la función que cumple (Aldunate 2009: 7) o sea, a diferencia de lo que hacía la Corte Suprema cuando era competente para conocer de este recurso, la discusión ahora no se centra en la inconstitucionalidad del precepto legal impugnado, sino en el efecto contrario a la Constitución que su aplicación en el juicio puede generar.

En razón de lo anterior, cabe la posibilidad de que el precepto impugnado sea, en abstracto, conforme a la Constitución, pero al aplicarlo en el contexto del juicio o gestión pendiente sea posible establecer que se produce un efecto inconstitucional, lo que da lugar a la impugnación a través de esta vía.

Acá es importante tener claro que el vicio de inconstitucionalidad que da lugar a la sentencia que acoge la pretensión del requirente de inaplicabilidad está en la aplicación del precepto y no el precepto en sí o en su interpretación; sobre esto último, el tribunal ha dejado claro que los jueces del fondo son los únicos llamados a interpretar los preceptos legales conforme a la Constitución (Correa Sutil 2011: 59).

Aunque es el análisis de la aplicación del precepto el que arroja si debe o no concederse el recurso, el fallo que lo concede tiene un único propósito: sacar al precepto impugnado del conjunto de normas que el juez debe aplicar al caso. En razón de lo anterior, y tal como se explicó al inicio del capítulo 5 de este trabajo, el elemento "precepto legal" es aún central para el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

5.2.2. La idea de precepto

Desde la introducción del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la Carta Fundamental de 1925, su formulación siempre ha ocupado el término "precepto legal" para designar su objeto en vez de "ley", pese a que el segundo tiene un mejor acervo dogmático.

Como primera aproximación al asunto, cabe traer a colación que la doctrina considera que un precepto legal es una unidad lingüística que establece conductas que hacen debida la consecuencia, los sujetos obligados y las consecuencias mismas (Massmann 2009: 278). Esta definición es una copia casi textual de una parte del considerando 7º de la sentencia rol 626 del Tribunal Constitucional. Otros autores consultados (Navarro 2009: 210, y Aldunate 2009: 27) hacen referencia al mismo fallo, por tanto cabe detenerse en él.

La litis en cuestión fue planteada por una parte que solicitó la declaración de inaplicabilidad de las expresiones "acta de mensura" que forman parte del inciso primero del artículo 243 del Código de Minería. Este artículo previene que el pago de las cuatro últimas patentes de una pertenencia minera, cumplidos los demás requisitos, produce como efecto la declaración judicial de vigencia de la respectiva "inscripción del *acta de mensura*". El propósito del requirente en el proceso en comento era que se declarara inaplicable los términos "*del acta de mensura*", de forma tal que el efecto de la aplicación del artículo fuera dejar vigente la expresión "inscripción" a secas, pues eso era lo único que se estimaba constitucional.

Frente a esa situación, y en una resolución interlocutoria relativa a la admisibilidad, el Tribunal Constitucional planteó el asunto de si la expresión impugnada ("del acta de mensura") revestía el carácter de "precepto legal".

En primer lugar, teniendo en vista la expresión estaba contenida en una ley -por tanto no estaba en discusión el rango normativo de la expresión-, la pregunta que surgió es si era posible que una parte discreta de una disposición contenida en esta clase de normas tuviera, para estos efectos, la calidad de precepto legal. La respuesta que dio el Tribunal Constitucional a esta primera pregunta fue afirmativa. Al respecto, cabe mencionar que la Corte Suprema sostuvo en su momento un criterio similar, al rechazar recursos de inaplicabilidad planteados contra la totalidad de una ley globalmente considerada (Yáñez 1993:731).

Pero no toda "partícula" de una norma tiene la entidad suficiente para ser considerada un "precepto legal". Sobre el punto el Tribunal Constitucional plantea dos cosas distintas. La primera corresponde a la definición descriptiva de Massmann antes citada. En ella destacan tres elementos: la definición de conductas, que la constatación de dichas conductas generen algún efecto jurídico y que dicho efecto jurídico se predique respecto de uno o más sujetos determinados⁹.

La segunda cosa que indicó el Tribunal en este caso es que una unidad de lenguaje se puede considerar un precepto legal *"...cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución y más precisamente cuando tenga la aptitud, en el evento que sea declarada inaplicable, de dejar de producir tal efecto"*.

En la definición anterior destaca el elemento funcional. Según ella, cualquier unidad de lenguaje -que por cierto esté contenida en una disposición que tenga rango legal- tiene carácter de precepto legal si puede producir un efecto contrario a la Constitución en un proceso o gestión judicial, en términos de que si se excluye dicha unidad de lenguaje de entre las normas que debe aplicar el juez al caso concreto, el efecto contrario a la Carta Fundamental cesa.

⁹ En estricto rigor esta concepción de precepto legal apunta sólo a lo que Kelsen identifica como normas primarias: aquellas que establecen una conexión entre un supuesto de hecho y una consecuencia o sanción. Con todo, también deben considerarse incluidas dentro del concepto de "precepto legal" las normas que establezcan facultades o competencias y las demás que sirvan para la aplicación de las normas primarias, como las que establecen definiciones legales.

Ocupando el giro anteriormente descrito del alcance del concepto precepto legal, el Tribunal Constitucional declaró inadmisibile el recurso de inaplicabilidad rol 626, pues consideró que su objeto a pedir no era impugnar el efecto inconstitucional de la aplicación en juicio de la expresión “acta de mensura”, sino que, en cambio, la intención del requirente era, a juicio del Tribunal Constitucional, “*variar los efectos queridos por el legislador*”: que el pago de las cuatro últimas patentes de una pertenencia minera produzca como efecto la declaración judicial de vigencia de la respectiva inscripción del acta de mensura, y no de la inscripción a secas, en el sentido que ella podría abarcar más que el acta de mensura (considerando 9°).

A juicio del autor de este trabajo, esta resolución, que es una consecuencia directa del concepto funcional de precepto legal a que se hace alusión en el párrafo previo al anterior, confunde la admisibilidad con el fondo del asunto. Lo que acá no se considera es que el efecto perseguido por el requirente (si ese era efectivamente el que denunció el Tribunal Constitucional en su sentencia de inadmisibilidad) era variar la aplicación de la norma en cuestión por medio de la inaplicación de una parte de ella, lo que centra el debate entonces en si la aplicación que se impugna y que se pretende variar es contraria a la Constitución o no, y por tanto si consecuentemente procede o no ordenar la inaplicación del precepto. Esta pregunta central, relativa al efecto constitucional o no de la aplicación que se siga del precepto impugnado, es el fondo del asunto en el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por lo que el Tribunal Constitucional debería haber resuelto en esa sede el problema y no por la vía de la sentencia interlocutoria de inadmisibilidad extendida.

Sobre este punto cabe subrayar que cualquier declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal hecha por el Tribunal varía, necesariamente, la aplicación del mismo en el caso judicial en el que se discute. Es cierto que el Tribunal Constitucional, en esta sede, actúa como un “legislador negativo” (Correa Sutil 2011: 14) pues no le indica al juez del fondo cómo debe resolver su proceso sino que, únicamente, se limita a eliminar, de entre las normas decisorias de esa litis, el precepto impugnado. Pero dicha eliminación, necesariamente, debe variar el resultado del proceso de aplicación que deberá efectuar el juez, porque de lo contrario significa que la norma en juego no era relevante para el proceso pendiente, pues su inclusión o no entre las normas decisorias litis no cambiaría la aplicación que se haga y el resultado en el juicio.

Como antes se señaló, la reforma de 2005 modificó el mecanismo básico del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Antes esta acción tenía, a juicio de la Corte Suprema, el carácter de “recurso

doctrinal”, o sea, implicaba una comparación en abstracto entre el precepto legal impugnado y la Carta Fundamental. El constituyente del 2005 varió fundamentalmente este mecanismo: ahora el objeto del requerimiento de inaplicabilidad es un precepto legal cuya aplicación produzca un resultado contrario a la Constitución; por tanto, el conflicto constitucional relevante es entre la aplicación del precepto y la Carta Fundamental, y no entre el precepto en abstracto y la Constitución, como anteriormente se regulaba.

¿Implica lo anterior que el concepto y función del elemento “precepto legal” también ha cambiado? La respuesta es no. Como antes se indicó, la modificación básica al mecanismo del recurso de inaplicabilidad es que se escindió la causa de la declaración de inaplicabilidad (efecto contrario a la Constitución) y lo que se declara inaplicable: el precepto legal (Aldunate 2009: 7), pero el concepto de precepto legal sigue siendo el mismo desde la óptica de la admisibilidad. En razón de lo anterior, este trabajo considera más adecuado el concepto descriptivo de “precepto” que utiliza la doctrina antes citada, esto es, que se trate de una unidad lingüística que establece conductas que hacen debida la consecuencia, los sujetos obligados y las consecuencias mismas.

5.2.3. El precepto debe tener rango de ley

El artículo 84 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional establece, de forma expresa, que corresponderá declarar la inadmisibilidad de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad cuando el precepto que se impugne no tenga rango legal, por tanto, al tratarse de un requisito tasado, es muy importante dilucidar que significa, para estos efectos, que un precepto tenga rango legal.

Es claro en la doctrina (Aldunate 2009: 25; Correa Sutil 2011: 12 y 14, Zúñiga 2010 :118) y en la jurisprudencia (roles 497, cons. 6º; 1010, cons. 6º; 841, cons. 6º y 1008, cons. 8º) que tipo de preceptos no tienen rango de ley para estos efectos, y en general en esta exclusión se distinguen dos grupos: en primer lugar los actos jurídicos provenientes de la Administración, y en segundo lugar, sobre todo en la actual jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el recurso de inaplicabilidad, las sentencias judiciales.

El primer grupo de casos citados tiene tres importantes disrupciones. En primer lugar, han sido considerados como posible objeto del recurso de inaplicabilidad la legislación irregular de los gobiernos de facto.

Silva Bascuñán (2002: 184) distingue legislación irregular en tres períodos de nuestra historia. El primero corresponde al periodo que va entre el mes de septiembre de 1924 a la entrada en vigencia de la Constitución de 1925, en el que se dictaron 816 decretos leyes. El segundo corresponde al período que va entre junio a septiembre del año 1932, también conocido como el de la República socialista, en el que se dictaron 669 decretos leyes. Finalmente, entre el 11 de septiembre de 1973 al 11 de marzo de 1981, se dictaron 3665 decretos leyes.

El autor citado indica que en los dos primeros períodos hubo cierta duda inicial debido al origen irregular de esta legislación, pero en definitiva su fuerza legal fue admitida primero por el Congreso Nacional, que los modificó o derogó como si fueran legislación regular, y luego por los tribunales de justicia, que reconocieron su vigencia, llegando a considerarlos preceptos legales propiamente tales para el efecto de su impugnación en el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

El problema de plantea con los decretos leyes dictados en el tercer período de legislación irregular. Aunque después del 11 de septiembre de 1973 la Constitución de 1925 mantuvo formalmente su vigencia, la actividad normativa de la Junta Militar -en lo que se refiere a la dictación de decretos leyes- no se encuadró claramente dentro de los parámetros de la potestad legislativa establecidos en la Carta Fundamental, pues muchas de dichas normas la sobrepasaban. La situación antes descrita generó un problema para determinar la jerarquía de estas normas, que fue resuelto -de forma bastante sui generis- con la dictación de decreto ley N° 788, de 4 de diciembre de 1974, que indicó que en caso de pugna entre la Carta Fundamental y un decreto ley dictado entre el 11 de septiembre de 1973 y el 4 de diciembre de 1974, el texto en cuestión tiene carácter de norma modificatoria de la Constitución, y que en adelante tal efecto modificatorio sólo podría predicarse si el decreto ley expresamente señala que fue dictado en el ejercicio la potestad constituyente de la Junta Militar.

En razón de lo anterior los decretos leyes que ostentan este carácter modificatorio constitucional, ya sea de forma tácita (previos al decreto ley N° 788), o expresa (dictados con posterioridad), no son preceptos legales, no pueden ser objeto, por tanto, del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, y su posible conflicto con la Carta Fundamental debe ser resuelto por los jueces del fondo teniendo en

consideración lo indicado por el citado derecho ley N° 788. Los decretos leyes posteriores al N° 788 son, en cambio, preceptos legales, a menos que ellos indiquen, de forma expresa, su carácter modificadorio de la Constitución.

La segunda disrupción se refiere al problema de las leyes preconstitucionales. Antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980 existía un importante cúmulo de leyes que constituían (y muchas aún constituyen) un ordenamiento jurídico nacional con un respetable grado de sistematicidad. El problema se refiere, entonces, al conflicto que puede haber entre esas leyes previas y la actual Constitución vigente.

Al respecto, se deben tener en cuenta dos vértices. En primer lugar, la Constitución de 1980 cambió la extensión y configuración de la potestad legislativa, que se denota en el cambio entre la doctrina del mínimo legal por la del máximo legal, estableció una amplia potestad reglamentaria autónoma y planteó la diferenciación de quórum de aprobación de leyes según la materia de que traten. Estas tres innovaciones cambiaron sustancialmente el ámbito de la ley dentro del ordenamiento jurídico nacional y plantean la posibilidad de impugnación de las leyes previas a la Constitución por vicios constitucionales sobrevinientes.

El segundo vértice es la situación de las disposiciones transitorias. En primer lugar, y en vista de la introducción del sistema de quórum diferenciados, el Constituyente de 1980 introdujo "remedios", exceptuando de las reglas de quórum especial a las normas legales vigentes (disposiciones cuarta y sexta), y permitiendo la vigencia de normas legales previas que rebasen el principio de máximo legal (disposición quinta). El problema se presenta cuando el conflicto va más allá de la configuración de la potestad legislativa en la nueva Constitución, y apunta a una incompatibilidad entre el contenido de la nueva Carta Fundamental y lo que manda, prohíbe o permite la ley anterior. La única disposición que plantea una solución específica sobre el punto es la tercera transitoria, que excepciona a la gran minería estatal del cobre de la nueva regulación de la actividad del Estado en la economía. La disposición cuarta transitoria, a su turno, previene que las normas legales anteriores que traten materias que según la nueva Carta Fundamental deban ser aprobadas con un quórum especial, se entenderán que cumplen dicho requisito, pero siempre "en lo que no sean contrarios a la Constitución". La última de las disposiciones constitucionales citadas deja sin solución dos problemas:

1) qué pasa con las leyes anteriores a la actual Constitución que tratan materias reservadas a normas que requieren quórum especial de aprobación y que su contenido es contrario a la Carta Fundamental vigente.

2) en términos más generales, qué sucede cuando la contradicción se da entre una ley preconstitucional y la actual Carta Fundamental, y la primera de ellas trata materias propias de la actual potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República.

Doctrinariamente es muy cuestionable que una norma constitucional tenga la capacidad para derogar otra de carácter legal (Alessandri 1998: 203). Los artículos 52 y 53 del Código Civil, que regulan la derogación expresa y tácita de las leyes, se refieren, de forma unívoca, a normas del mismo rango, por tanto no hay razones positivas para afirmar que normas de distinto rango pueden ser derogadas entre sí.

Por otra parte, y ahora desde un punto de vista lógico, si la Constitución tuviera la capacidad de derogar tácitamente las normas legales (o de otras índoles) que entran en conflicto con ella, no tendría sentido todo el sistema de soluciones de conflictos normativos que establece la propia Carta Fundamental, amén de lo ya señalado en el marco teórico de este trabajo (parágrafo 1.3), que desechó la posibilidad de control difuso de la constitucionalidad de la ley.

La jurisprudencia de la Corte Suprema en esta materia fue oscilante. En un principio consideró que esta era una materia que le cabía a los jueces del fondo, sustentado de esta forma la idea de que la Constitución tenía la "capacidad" para derogar las normas legales previas que la contradijeran (Corte Suprema, fallo de 9 de diciembre de 1988, citado en la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales tomo 85, sección 5ª, considerando 7º, página 265; y Corte Suprema, fallo de 22 de septiembre de 1988, citado en Gaceta Jurídica Nº 102, sentencia 4ª, considerando 7º, página 87). Posteriormente, el máximo tribunal cambió de criterio (Corte Suprema, fallo de 8 de junio de 1990, citado en Fallos del Mes Nº 379, sentencia 10, considerando 3º, página 286; y Corte Suprema, fallo de 16 de septiembre de 1992, citado en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales tomo 89 Nº 3, sección 5ª, página 270), y consideró que este conflicto podía ser resuelto por la vía del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (Silva Bascañán 2002: 191 y 192). Esta misma interpretación sigue en boga en la actual jurisprudencia del Tribunal Constitucional (rol 1138, cons. 14º).

Finalmente, se plantea el caso de los decretos con fuerza de ley. Aunque la jurisprudencia (rol 1191, cons 7º) y la doctrina (Aldunate 2009: 25, y Correa Sutil 2011: 9) por regla general considera que estos cuerpos normativos tienen el carácter de ley, y por tanto contienen "preceptos legales", se puede plantear algún grado de problematización en torno a la idea de que ellos puedan ser considerados sin más objeto de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, según se desarrollará en el apartado 5.3.1.3 de este trabajo.

5.2.4 Problema con lo preceptos legales derogados

El problema se plantea cuando el precepto legal impugnado a la fecha de presentación del requerimiento de inaplicabilidad, en el momento de su examen de admisibilidad o cuando se dicta el fallo respectivo, se encuentra derogado de manera expresa o tácita, pero estuvo vigente a la fecha de la presentación de la demanda en la que se ventila su aplicación, o a la fecha en que acaecieron los hechos regulados por dicho precepto.

Este asunto no abarca, en todo caso, al problema de si el precepto impugnado está efectivamente derogado o no y si en consecuencia puede o no ser considerado una norma decisoria de la litis. Este asunto es evidentemente un problema legal y no constitucional, y es el juez del fondo el que soberanamente está llamado a resolverlo.

El punto a examinar es qué pasa cuando un precepto legal derogado es norma decisoria litis en un proceso determinado -por aplicación de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes o por normas particulares de ultraactividad- y su aplicación produce un efecto contrario a la Carta Fundamental. Este problema no está resuelto de manera expresa en la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional ni menos en la Constitución.

Correa Sutil (2011: 38) manifiesta que en la jurisprudencia temprana del Tribunal Constitucional se había resuelto, de manera uniforme, que no procedía la inaplicabilidad respecto de preceptos que estaban derogados. En el rol 665, cons. 7º, se rechazó un requerimiento de inaplicabilidad contra el artículo 116 del Código Tributario fundado en el hecho que esa disposición había sido previamente declarada inconstitucional en el rol 681. Una situación similar se produjo con ocasión de un requerimiento (rol 1386) contra el inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario, en que por la misma situación anterior se declaró improcedente la acción ya que el precepto impugnado había sido

previamente declarado inconstitucional en el rol 1345. Zúñiga (2010: 121), haciendo eco de lo anterior, plantea que como criterio práctico no se pueden fundar requerimientos de inaplicabilidad contra preceptos que conocidamente están derogados.

El problema de esta solución temprana es que no resuelve la situación que se produce cuando el precepto derogado efectivamente es norma decisoria litis y su aplicación en el proceso que se trata produce efectos contrarios a la Constitución. Además, y tal como lo señalan los ministros Correa Sutil y Fernández Baeza en su voto de disidencia en el rol 659, la derogación de un precepto legal no es óbice para que sea aplicable:

“4. La derogación de un precepto tampoco es causal para no pronunciarse acerca de la constitucionalidad de los efectos que debe producir en una gestión pendiente, respecto de hechos acaecidos bajo su imperio. Un precepto legal derogado puede perfectamente resultar decisivo en la resolución de un asunto pendiente.”.

El criterio del Tribunal Constitucional sobre este punto ha variado con el tiempo. En la actualidad hay jurisprudencia que reconoce la posibilidad de dirigir un recurso de inaplicabilidad contra un precepto legal derogado pero que es norma decisoria litis en el juicio en el que se ventila su aplicación. Este fue el caso del rol 1356, en el que el requirente solicitó la impugnación del inciso tercero del artículo 474 del Código del Trabajo, derogado por las leyes N^{os} 20.087 y 20.260. Esta misma interpretación fue replicada respecto del artículo 38 ter de la ley N^o 18.933, que fue impugnado por un requerimiento de inaplicabilidad en el rol 1713, el que, a su vez, fue fallado el día 11 de enero de 2011. Esa resolución es posterior a la dictada en el rol 1710 (6 de agosto de 2010) en el que se dictaminó la inconstitucionalidad del citado artículo 38 ter, con lo que en definitiva quedó superado el criterio inicial del Tribunal Constitucional en orden a que no procedería el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad contra preceptos derogados por el legislador o por el propio Tribunal Constitucional a través de la declaración de inconstitucionalidad que regula el numeral 7^o del artículo 93 de la Constitución.

5.2.5. Problema con los tratados internacionales

El asunto que acá se plantea es la aptitud de los tratados internacionales suscritos por Chile y ratificados por el Congreso Nacional para ser considerados preceptos legales para efectos de su eventual declaración de inaplicabilidad en gestiones o juicios pendientes.

En la formulación original de la Constitución de 1980 no contemplaba norma alguna que regulara la situación antes descrita. La doctrina nacional (Silva Bascañán 2002: 183) y la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional (rol 312, cons. 31º) habían manifestado que los tratados internacionales ratificados por Chile y que están vigentes tienen carácter de ley en tanto regulen materias de ley; y como la formulación constitucional original del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (y también la actual) se refiere a “preceptos legales” y no a “preceptos de una ley”, se consideraba posible que fueran objeto del recurso.

Esta situación cambió con la reforma de 2005. La regla sobre la aprobación de los tratados en la formulación original de la Constitución de 1980, contenida en el Nº 1) del antiguo artículo 50, regulaba de manera muy escueta el asunto, facultando al Congreso Nacional para decidir sobre el punto por medio de los trámites propios de la formación de la ley. Esta breve regulación fue sustancialmente ampliada por el Constituyente derivado del 2005. En primer lugar, y aunque se volvió a repetir que esta aprobación se someterá a los trámites de la ley, se especificó que ello se efectuará “en lo pertinente” (párrafo primero del Nº 1) del artículo 54 de la Constitución). A continuación, se regularon las reservas y la modificación, renovación o suspensión de un tratado (párrafo quinto del Nº 1) del artículo 54 de la Constitución), remitiendo el asunto a las normas del Derecho Internacional que gobiernan la materia. Estas y otras modificaciones aprobadas en esa oportunidad dieron cierto pábulo para que la doctrina volviera a plantear el problema sobre la naturaleza jurídica de los tratados dentro del ordenamiento jurídico nacional (Nogueira 2005: 537).

En relación específica con el recurso de inaplicabilidad el asunto fue ampliamente discutido, manifestándose opiniones a favor de la idea de que los tratados internacionales ratificados por Chile deben ser tenidos, en lo pertinente, como preceptos legales y por tanto pueden ser objeto del recurso de inaplicabilidad (Ribera 2007: 115); y otras en contra, que discurrían sobre la idea de que la modificación constitucional del año 2005 colocó a los tratados internacionales ratificados por Chile en una categoría distinta a la ley dentro del ordenamiento jurídico, y por tanto no pueden ser tenidos como

preceptos legales con miras a controlar la constitucionalidad de sus efectos en un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (García 2007: 476).

Este asunto también fue latamente discutido en la sede legislativa con ocasión del proyecto que modificaba la ley N° 17.997, orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, a efectos de adecuarla a la modificación del año 2005, Boletín N° 4.059-07. Este proyecto fue iniciado por mensaje del Ejecutivo, y en su formulación original proponía incorporar un artículo 47 B, nuevo, del siguiente tenor:

“Artículo 47 B.- De conformidad al artículo 54 número 1) de la Constitución Política de la República, no procederá la inaplicabilidad respecto de tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”.

Esta disposición fue aprobada sin mayor problema en el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, pero fue objeto de un profuso debate en la discusión en particular habida en el segundo trámite constitucional ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. En esa sede, el ex senador señor Sergio Romero Pizarro presentó una indicación para suprimir esta disposición, de forma tal de que la resolución del asunto quedara en manos del Tribunal Constitucional. Tras un largo debate dicha indicación fue rechazada en la Comisión por tres votos a favor y dos abstenciones; posteriormente el debate se replicó en la Sala del Senado, la que refrendó el criterio de la Comisión por veinticuatro votos a favor y una abstención. En ese mismo trámite constitucional también se aprobó un artículo 47 G, del todo similar actual artículo 84 de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional que regula las causales de inadmisibilidad del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que contenía un numeral 3º, que pasó a ser 4º en la formulación que fue despachada por el Congreso, que consideraba inadmisibles las acciones de inaplicabilidad dirigidas contra tratados internacionales vigentes.

Una vez que el proyecto fue despachado por el Congreso, procedía el control preventivo obligatorio del mismo ante el Tribunal Constitucional, pues la iniciativa tiene carácter de ley orgánica constitucional. En esa instancia el Tribunal Constitucional, en el rol 1288, declaró inconstitucional el artículo 47 B y su correlato en el numeral 4º del artículo 47 G, teniendo a la vista los siguientes argumentos:



1) la norma planteada proponía, por la vía de regular el procedimiento, una limitación inconstitucional a la facultad del Tribunal Constitucional de resolver sobre los requerimientos de inaplicabilidad que se le presenten (cons. 40°).

2) aunque en principio el Tribunal Constitucional vacila sobre el carácter de precepto legal de los tratados ratificados vigentes (cons. 43°) en definitiva opta por considerarlos como tales (cons. 46°, 48°, 49° y 50°).

3) con todo, el Tribunal Constitucional observa que el carácter de precepto legal de los tratados internacionales ratificados y vigentes no implica necesariamente que si ellos son declarados inaplicables pueda usarse esa resolución para fundamentar una posterior declaración de inconstitucionalidad, pues dicha conclusión pugna con las normas del Derecho Internacional que por mandato de la Carta Fundamental rigen la derogación, suspensión o modificación de los tratados internacionales, y con la facultad que la Constitución reconoce al Presidente de la República para conducir las relaciones internacionales y negociar, concluir y ratificar tratados.

Estas conclusiones del Tribunal Constitucional produjeron, a su vez, una reacción crítica en la doctrina. Zúñiga Añasco (2011: 8) objeta la coherencia de la decisión, pues a su juicio desde el punto de vista del Derecho Internacional, Chile entra en una situación de incumplimiento de los tratados internacional tanto si admite que una norma interna lo derogue o modifique, cuanto si permite que el Tribunal Constitucional lo inaplique en uno o más casos particulares.

Por su parte, Nuñez (2011: 29) matiza la aseveración anterior, recordando que la declaración de inaplicabilidad de un tratado no se pronuncia sobre la validez constitucional general de ese instrumento sino sólo sobre el efecto específico que él pueda tener en un juicio o gestión pendiente. El autor citado considera que esta distinción “desdramatiza” la situación, pues con ocasión del examen de inaplicabilidad el Tribunal Constitucional está en condiciones de “modular” la aplicación concreta de un tratado, teniendo en consideración la presencia de otras normas en juego en el caso que podrían quitarle relevancia específica al tratado, y sobre todo porque ese instrumento internacional podría ser confrontado en esta sede con otras normas del Derecho Internacional, las que en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución pueden también tener rango constitucional, tal como el propio Tribunal Constitucional lo ha señalado (rol 1340 cons 9°). En consecuencia, la doctrina citada concluye que esta opción de “modulación” de la aplicación de un tratado a un juicio o gestión

pendiente no cuestiona la validez general del instrumento internacional en cuestión, ni supone su derogación, modificación o suspensión en cuanto norma integrante del ordenamiento jurídico nacional.

El autor de este trabajo considera que la dilucidación completa de este punto excede, con mucho, los límites de este escrito. Con todo, es posible ensayar algunas respuestas.

Henríquez (2009: 41) señala sobre el punto que la Constitución, en cuanto norma jurídica fundamental, condiciona la validez y vigencia de todas las demás que integran el ordenamiento jurídico interno. Indica, a continuación, que la relación entre el derecho internacional y el derecho interno ha sido abordada a través de dos teorías. La primera de ellas es la teoría monista, que señala que existiría un único ordenamiento jurídico y que en caso de conflictos entre distintas normas prevalecen las de origen internacional sobre las nacionales. En segundo lugar, se invoca la teoría dualista, que expresa que el derecho internacional y el interno son dos ordenamientos jurídicos distintos e independientes, de forma tal que las normas que los componen pueden ser simultánea y paralelamente válidas.

La autora antes citada opta por la teoría monista moderada e indica, a continuación, que los conflictos entre normas del derecho internacional y del derecho interno podrían solucionarse distinguiendo entre la validez internacional y la validez interna del derecho internacional. La primera ellas dependería de las normas constitutivas de la comunidad internacional, y la otra de la Constitución de cada Estado en cuestión (Henríquez 2009: 42).

Siguiendo esa distinción se puede señalar que la validez internacional de un tratado se rige por lo dispuesto en los artículos 42.1 y 46 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, y su validez interna por las normas nacionales que establecen el procedimiento de incorporación del tratado al ordenamiento jurídico nacional. En este último tópico destacan dos reglas: el párrafo primero del N° 1) del artículo 54 de la Constitución, que establece que este procedimiento se sujetará, en lo pertinente, al trámite de aprobación de las leyes, y el párrafo quinto de ese numeral, que señala que la derogación, modificación o suspensión de dicho instrumento se regirá por las normas del mismo tratado y por las demás del Derecho Internacional.

En el contexto del marco teórico anteriormente enunciado, debe descartarse de plano que, con ocasión de la declaración de inaplicabilidad contra un tratado, se cuestione su validez. En primer lugar, debe considerarse que la resolución que declara admisible un recurso de inaplicabilidad contra un tratado

constata que el instrumento internacional en cuestión regula materias propias de ley. Este punto es importante, porque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha concluido que, en virtud de lo dispuesto en el inciso final del artículo 5º de la Carta Fundamental, un tratado vigente puede desarrollar “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, y tener por tanto rango constitucional, por lo que la disputa entre dicho tratado y la Constitución debería resolverse por la vía de la interpretación armónica que haga el juez del fondo -porque se trataría de un conflicto entre dos normas del mismo rango-, y no a través del recurso de inaplicabilidad.

En segundo lugar, el fallo final de este recurso sólo se limita a constatar que la aplicación del tratado analizado en el caso particular produce efectos contrarios a la Constitución o no, y sólo en esa primera situación el Tribunal Constitucional ordenará al juez del fondo excluir a la norma impugnada de entre las que resuelven su proceso.

Ninguna de las constataciones anteriores supone, de forma alguna, restar o desconocer la validez general del tratado en cuestión sino que, como anteriormente se indicó, sólo otorga una vía para que el sistema jurídico nacional module la aplicación interna de los instrumentos internacionales, confrontando su efecto concreto en un juicio determinado con las normas constitucionales internas, otros tratados internacionales que tengan rango constitucional, y las demás normas legales pertinentes para el caso.

Pero si se considera que un tratado internacional ratificado por Chile no puede tener jamás el carácter de precepto legal -aunque trate materias propias del dominio de la ley-, se presenta un problema sin solución si su aplicación por un tribunal en un caso que conoce produce efectos inconstitucionales. En esta situación el juez de la causa está obligado a aplicar el tratado cuando es norma decisoria litis del proceso, y si él o las partes del juicio no cuentan con el expediente del recurso de inaplicabilidad, el desenlace necesario será una resolución judicial contraria a la Constitución que no puede ser saneada, ya que el recurso de apelación o de casación en el fondo sólo puede enderezar la constitucionalidad de la interpretación del tratado que haya hecho el juez del fondo, pero en ningún caso puede no aplicar el tratado internacional en cuestión si es relevante o decisivo para la litis.

El resultado que indica el párrafo anterior es más malo que el que se produce si se admite que los tratados, cumpliendo los demás requisitos, puedan ser objeto de escrutinio a través de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Con todo, esta salida no es perfecta, porque deja abierto el

flanco de una posible declaración de responsabilidad internacional en contra del Estado de Chile si se llega a considerar que la declaración de inaplicabilidad viola el tratado.

5.2.6. Concepto de relevancia del precepto para la gestión pendiente

La relevancia del precepto legal impugnado en la gestión en que se trate es, conjuntamente con la existencia de una gestión o juicio donde se ventile su aplicación, uno de los aspectos centrales en el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. El objeto de este recurso es evitar que la aplicación de un precepto legal en un juicio dado pueda producir efectos contrarios a la Constitución, por lo que es esencial que el precepto en cuestión sea una norma que decida la litis porque, de lo contrario, no habrá aplicación judicial que genere el efecto contrario a la Carta Fundamental que este recurso intenta prevenir.

Otro elemento importante a tener en vista respecto de este requisito es el hecho que la aplicación de un precepto legal en sede judicial se produce en la resolución del juez del fondo, y previo a ello, más allá de las legítimas posiciones de las partes, sólo se puede tener una suposición más o menos fundada de cuáles serán las normas que en definitiva se aplicarán para resolver la litis. Pero por su propia función, el recurso de inaplicabilidad sólo puede intentarse válidamente respecto a procesos pendientes, o sea, en los que no hay una resolución que cause ejecutoria que haya aplicado el precepto que se impugna, por lo que la determinación de qué precepto legal será aplicable de manera relevante en el caso que se trata, es un juicio eminentemente hipotético. Ello es particularmente complejo si se considera que el único fallo del Tribunal Constitucional que en este caso sujeta al juez del fondo es el que acoge la inaplicabilidad, pues la resolución interlocutoria de inadmisibilidad que se funda en el hecho de que el precepto legal impugnado no es relevante para el juicio no impide, en ningún caso, al juez del fondo aplicar en su sentencia el precepto que el Tribunal Constitucional consideró irrelevante; la resolución definitiva que deniega un recurso de inaplicabilidad por considerar que el precepto que se ha estimado relevante no produce un efecto contrario a la Constitución no obliga, tampoco, al juez del juicio del fondo a aplicar dicho precepto para resolver la causa.

Desde un punto de vista positivo, la relevancia del precepto legal en el juicio en que se ventila su aplicación como elemento de la admisibilidad tiene su fuente en la propia Carta Fundamental: el inciso undécimo de su artículo 93 requiere que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto.

Por su parte, la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional estatuye este punto en cuatro disposiciones. La primera, contenida en el artículo 80, regula el contenido específico que debe tener un requerimiento de inaplicabilidad, y sobre el punto en discusión establece que deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de como ellos producen como resultado la infracción constitucional denunciada. En la norma citada la noción de “fundamentos” que se destaca corresponde a los preceptos legales de que se trate, que produzcan como resultado la infracción constitucional, o sea, que sean relevantes para el caso al punto que su probable aplicación produzca el efecto que el recurso quiere evitar. La segunda norma legal en juego es la del artículo 81. Este precepto previene que el recurso podrá ser interpuesto en cualquier etapa del juicio en que se advierta que la aplicación de un precepto legal que pueda ser decisivo en la resolución del asunto resulta contraria a la Constitución.

La tercera corresponde al artículo 84 que enumera, dentro de las causales de inadmisibilidad del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el hecho que de los antecedentes de la gestión pendiente se desprenda que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto. Finalmente, el artículo 89 de la ley orgánica citada requiere que la sentencia que acoja un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad especifique de qué modo la aplicación del precepto legal impugnado en la gestión pendiente de que se trata resulta contraria a la Constitución y, para que sea aplicado el precepto, debe ser relevante.

El alcance del elemento “relevancia del precepto impugnado” cambió con la reforma constitucional del año 2005. Desde la introducción del recurso de inaplicabilidad en la Constitución chilena en el año 1925 se interpretó que la expresión “el precepto legal fuere decisivo en la resolución del asunto” se refería únicamente al tema de fondo que se discutía en el juicio o gestión que se trate, lo que excluía los preceptos que resolvían los asuntos accesorios al juicio y los que regulaban el modo de operar en el conocimiento de la causa. Este último aspecto reprodujo en el recurso de inaplicabilidad la distinción del recurso de casación en el fondo entre preceptos ordenatorios de la litis y los que tienen el carácter decisorio en el fondo, restringiendo al recurso sólo al segundo tipo de disposiciones.

Esta redacción tuvo una pequeña variación en la reforma del año 2005. En esta oportunidad se estableció, con ocasión de la regulación de la admisibilidad, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de “un” asunto. El cambio, que comprende

únicamente la preposición que antecede a la palabra “asunto”, sentó la base para que el Tribunal Constitucional señalara que con la nueva formulación “...la Carta Fundamental no ha establecido diferencias en relación con el tipo y naturaleza del precepto cuya inaplicabilidad se solicita, sino que ha aludido genéricamente a las normas con rango o valor de ley” (rol 1279, cons. 10°). Continúa el considerando señalando que la reforma descalificó totalmente la distinción entre *lex ordenatoria litis* y *lex decisoria litis* la que, a su juicio, “era una extrapolación errada del recurso de casación en la forma”, y que “tan decisivo en la resolución de un asunto - desde el punto de vista de la preeminencia de los derechos constitucionales - resulta el precepto cuya aplicación puede resolver el fondo del asunto, como el que permite, impide o dificulta ostensiblemente el conocimiento y decisión de la controversia”.

Tan importante ha sido a juicio del Tribunal Constitucional el significado de la modificación gramatical antes citada, que se permitió hacer una interpretación extensiva del mismo con ocasión del control preventivo obligatorio del proyecto que adecuó la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional a la reforma, en el que no se consideró esta pequeña diferencia gramatical. Esa adecuación planteó la introducción de un nuevo artículo 47 G a la ley (actual artículo 84 en la nueva numeración introducida por el decreto con fuerza de ley N° 5, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de 2010) que establece, entre las causales de inadmisibilidad del recurso de inaplicabilidad que el precepto impugnado no tendrá aplicación o su aplicación no será decisiva en la resolución “del” asunto. Los considerandos 100° y 101° y el numeral 10 de la parte resolutive de la sentencia de control preventivo de este proyecto de ley, rol 1288, expresamente señalaron que esta disposición era constitucional en el entendido que la noción “del asunto” se refería a cualquier tipo de asunto, en el sentido indicado en el párrafo anterior.

De lo anteriormente señalado se desprende que el concepto de relevancia del precepto legal en la gestión en que se trate es amplio, pues considera las normas decisorias y ordenatorias de la litis, y las demás que resuelven los asuntos accesorios de la misma. Teniendo claro entonces cuál es la extensión de la idea de precepto relevante, cabe preguntarse a qué apunta.

La doctrina nacional ha intentado dar una respuesta a esta pregunta. Zúñiga (2010: 95) considera acá dos elementos: que el precepto legal impugnado sea el derecho aplicable a la litis y que sea decisivo, o sea, que tenga influencia en lo dispositivo del fallo al punto que, si se saca el precepto impugnado de entre las normas que deciden la litis, su resultado es distinto.

Aldunate (2009: 36), Zúñiga (2010: 95) y Correa Sutil (2011: 89 y 90) destacan el carácter altamente hipotético de este elemento, pues como anteriormente se señaló, al momento de la presentación y tramitación del recurso de inaplicabilidad el precepto legal aún no ha sido aplicado.

Los autores antes señalados también manifiestan que basta que haya una posibilidad razonable que el precepto impugnado vaya a ser aplicado en el proceso pendiente, para que el recurso de inaplicabilidad intentado sea declarado admisible (cumplidos por cierto los demás requisitos) y no es necesario acreditar que esa aplicación futura sea segura.

Finalmente, se han establecido parámetros específicos atinentes a este requisito de admisibilidad:

- Hay cierta ambivalencia sobre el hecho de que el precepto impugnado en el recurso de inaplicabilidad haya sido invocado en el juicio en el que incide (Aldunate 2009: 36); a favor de esta posición se inclina el considerando 9º del rol 943, y en contra el considerando 6º del rol 1990.
- La aplicación relevante del precepto impugnado que puede ser objeto de un juicio de constitucionalidad a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es la que emana de la recta interpretación del precepto legal en cuestión, y no la que provenga de una interpretación incorrecta o abusiva (considerando 6º del rol 794). Al respecto, la doctrina (Correa Sutil 2011: 18) señala que el Tribunal Constitucional no tiene atribuciones para indicar cuál es la interpretación correcta de un precepto impugnado, porque ese es un problema de legalidad que debe ser resuelto por los jueces del fondo. El problema se plantea cuando un precepto dado admite dos o más interpretaciones válidamente posibles y sólo una o algunas de ellas infringen la Constitución; en estos casos, Correa Sutil (2011: 19 y 20) advierte que no ha habido un pronunciamiento uniforme, pues en algunos casos el Tribunal Constitucional ha considerado que ello es un asunto legal y corresponde a los jueces del fondo interpretar (considerando 14º rol 933), y en otros ha declarado derechamente que una o más de las interpretaciones posibles era inconstitucionales (considerandos 23º y 33º del rol 806 y parte resolutive del rol 815).
- No obsta para la declaración de admisibilidad que el precepto que se trate ya ha sido objeto de un pronunciamiento por el tribunal de fondo, si están pendientes de resolución recursos válidamente interpuestos contra ese fallo (Correa Sutil 2011: 90), pero si esas instancias procesales han precluido, el precepto en cuestión deja ser relevante porque su aplicación está a firme (Aldunate 2009:37).
- La aplicación eventual de un precepto, que está sujeta a la condición de la resolución de un trámite procesal pendiente, no es óbice tampoco para que sea considerado como relevante en la causa.

Siguiendo esta doctrina el Tribunal Constitucional ha considerado que es válida la impugnación a través el recurso de inaplicación de un precepto que tendría aplicación en la eventual dictación de una sentencia de reemplazo que podría ser dictada si es acogido un recurso de casación pendiente (parte resolutive del rol 505, Aldunate 2009: 36).

- Finalmente, se considera que si una aplicación dada en un caso judicial en trámite puede ser desprendida también de un precepto distinto al que fue impugnado a través del recurso de inaplicabilidad, el precepto impugnado no es decisivo en el caso que se trata, y por tanto procede declarar la inadmisibilidad del requerimiento (Correa Sutil 2011: 96).

5.2.7. Efecto contrario a la Constitución de un precepto legal versus efecto contrario a la Carta Fundamental de una sentencia judicial

Hay una distinción lógica entre el efecto contrario a la Constitución que puede producir la aplicación de un precepto legal determinado y el efecto contrario a la Carta Fundamental que puede ocurrir como consecuencia de un acto jurisdiccional. En principio esto no parece guardar ninguna complejidad, porque un requerimiento de inaplicabilidad intentado contra una sentencia judicial da lugar, de forma típica, a la declaración de inadmisibilidad por falta de fundamento plausible.

Pero la situación concreta puede ser más complicada: en el rol 1731 el requirente intentó un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad contra las normas relativas al cumplimiento de sentencias, pues ellas permitían materializar un fallo que, a juicio del que intentaba el recurso, no estaba conforme a derecho, lo que concluía en que la aplicación de dichas normas (las de cumplimiento) podían producir un resultado contrario a la Carta Fundamental. En este caso el Tribunal Constitucional declaró inadmisibile la acción (considerandos 5º y 6º), pues se estimó que la causa de la aplicación contraria a la Constitución no eran los preceptos legales sobre cumplimiento de las sentencias, sino la supuesta irregularidad de las resoluciones previas que el juez estaba llamado a ejecutar, lo que no es un objeto válido de impugnación del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

5.2.8. Concepto de aplicación contraria a la Constitución

Como se ha señalado anteriormente, la causa inmediata que da lugar a la declaración de inaplicabilidad es el efecto contrario a la Carta Fundamental que produce la aplicación del precepto legal que se trata y

no la inconstitucionalidad del precepto legal en sí. La pregunta que ahora cabe es qué relevancia tiene esto para el trámite de admisibilidad.

En principio, no se examina este tema en el trámite de admisibilidad, porque lo que importa es que se trate de un precepto que tenga rango legal y que sea relevante para el caso que se trata, siendo la constitucionalidad o no de su aplicación el asunto a tratar en la sentencia definitiva.

¿No es necesario entonces hacer mención siquiera en el requerimiento que la aplicación del precepto impugnado produce efectos contrarios a la Constitución? Esta pregunta es distinta, porque una cosa es que el examen de admisibilidad se aboque a dictaminar si la contradicción entre aplicación y Constitución es efectiva, y otra es que se limite a verificar que el requirente, a lo menos, haya alegado que existe esta contradicción. Este asunto será dilucidado en el epígrafe 5.5. de este trabajo, relativo al requisito que el requerimiento esté fundado plausiblemente.

5.3. Que el asunto no haya sido previamente decidido por el Tribunal Constitucional

La doctrina chilena ha elaborado, con ocasión de la caracterización de nuestro sistema de control de la constitucionalidad de la ley, una ya clásica distinción entre control preventivo y control represivo, dependiendo si éste se efectúa durante el proceso legislativo o una vez que la ley controlada ya pasó a integrar el ordenamiento jurídico.

El esquema nacional de control de constitucionalidad de la ley establece una posibilidad cierta de que un precepto legal impugnado por medio de una cuestión de inaplicabilidad haya sido previamente objeto de un control preventivo o represivo. Tal situación no está considerada en la formulación de este recurso en la Carta Fundamental como un obstáculo o elemento de inadmisibilidad en un recurso de inaplicabilidad, pero representa un potencial problema de incoherencia entre distintas resoluciones del Tribunal Constitucional relativas a una misma ley o parte de ella. En razón de ello, la regulación del recurso en la ley orgánica ha desarrollado esta materia, indicando que procederá declarar la inadmisibilidad de esta presentación cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, siempre que se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia (Nº 2 del artículo 84 de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional). Esta formulación, que en principio parece sencilla, genera dudas de sistematicidad, en primer lugar cuando

se trata de un control preventivo previo versus un recurso de inaplicabilidad, y en segundo lugar respecto del alcance de la sentencia cuando se trata de un control represivo previo, tanto concreto como abstracto, versus un nuevo recurso de inaplicabilidad. Ambas situaciones serán desarrolladas en los puntos que a continuación se tratan.

5.3.1. Control preventivo previo

El control preventivo de la constitucionalidad de los proyectos de ley se inició conjuntamente con la implantación en nuestro país del Tribunal Constitucional.

Este control tiene una naturaleza eminentemente abstracta porque compara el texto del proyecto de ley con la Constitución, sin vincularlo a un caso concreto. Su objetivo es una declaración que, en principio, tiene dos contenidos posibles: o el texto analizado es inconstitucional, caso en el cual no puede ser objeto de promulgación y consecuentemente no integrará nunca el ordenamiento jurídico; o es constitucional, caso en el cual pasará a integrar el ordenamiento jurídico y su consistencia con la Carta Fundamental no podrá ser discutida posteriormente.

Este control preventivo no abarca todos los proyectos de ley sino sólo los que contienen normas que la Carta Fundamental considere como orgánico constitucionales, interpretativas de la Constitución, o las que integren un tratado sometido al Congreso Nacional y comprendan materias que deban regirse por alguno de los dos tipos de leyes antes indicados. Respecto a los demás proyectos de ley, el control preventivo procede sólo a requerimiento de alguno de los órganos colegisladores, por lo que sólo alguna de las leyes que integran nuestro ordenamiento jurídico gozan de una consistencia indiscutible con la Constitución (las que fueron objeto de control) y las demás sólo están investidas de una presunción de constitucionalidad, que puede ser discutida con ocasión de un control represivo posterior. Esta distinción es importante, por cuanto la causal de inadmisibilidad de los recursos de inaplicabilidad sólo se verifica cuando el precepto impugnado fue objeto de un pronunciamiento expreso de constitucionalidad en el control preventivo previo.

5.3.1.1. Problema lógico de este control con la nueva formulación del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

La formulación original del recurso de inaplicabilidad consideraba una comparación abstracta entre el precepto legal impugnado y el texto de la Constitución Política de la República, constituyéndose así, en palabras de la Corte Suprema, en un recurso “doctrinal” donde las consideraciones particulares y concretas del caso no eran consideradas (Zúñiga 2010: 20). En este contexto, tenía pleno sentido que la declaración previa de constitucionalidad de la ley impugnada, efectuada con ocasión de su control preventivo, tuviera efectos en un ulterior recurso de inaplicabilidad contra la misma norma. Así expresamente lo establecía el inciso final del antiguo artículo 83 de la Carta Fundamental:

“Resuelto por el tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia.”.

Este asunto varió radicalmente con la reforma constitucional del año 2005. En primer lugar el artículo 94 de la nueva redacción -que sustituyó al antiguo artículo 83-, eliminó completamente el enunciado contenido en el inciso final antes transcrito, pero por sobre todo modificó la configuración básica del recurso de inaplicabilidad, estableciendo que este procederá cuando la aplicación del precepto impugnado, y no el precepto en sí mismo, resulte contraria a la Constitución. Esta nueva formulación liga de manera indisoluble el caso concreto que conoce el juez del fondo donde se ventila la aplicación del precepto legal y el recurso de inaplicabilidad que busca la impugnación del mismo. Esta imbricación da pábulo a que se presenten casos en que un precepto legal dado, analizado en abstracto, esté conforme a la Constitución, pero una aplicación particular de él en un caso concreto produzca efectos contrarios a la Carta Fundamental, lo que en principio desliga la declaración de control preventivo previo que podría haber recaído en el precepto en cuestión y su posterior declaración de inaplicabilidad.

Pese a lo anterior, el numeral 2 del artículo 84 de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional específicamente indica que será causal de inadmisibilidad del recurso de inaplicabilidad que el precepto impugnado haya sido objeto de una calificación previa favorable respecto a su constitucionalidad con ocasión del control preventivo. La disposición citada es una virtual repetición del antiguo inciso final del artículo 83 de la Constitución, pero dadas las nuevas circunstancias su inclusión en la ley orgánica constitucional es completamente asistemática. Por ello, esta disposición

debe ser objeto de una interpretación restrictiva que podría fundarse en el hecho que el citado numeral exige que no sólo se trate del mismo precepto legal, sino que las razones de su impugnación en el recurso de inaplicabilidad sean las mismas que permitieron tenerlo por constitucional en el control preventivo previo.

5.3.1.2. Problema con la sentencia interpretativa

El Tribunal Constitucional controla preventivamente la constitucionalidad de los proyectos de ley y de los acuerdos aprobatorios de tratados internacionales que contengan preceptos que regulen materias de índole orgánico constitucional o que interpreten la Carta Fundamental. Además, realiza esa actividad respecto de los demás proyectos de ley o de reforma constitucional que sean remitidos al Tribunal Constitucional para tal fin por el Presidente de la República, por cualquiera de las Cámaras del Parlamento o hasta una cuarta parte de sus miembros, durante su tramitación.

En uso de esta facultad, el Tribunal Constitucional emite sentencias de control preventivo, indicando que uno o algunos de los preceptos sometidos a su consideración pugnan con el texto de la Carta Fundamental, por lo que no pueden integrar el ordenamiento jurídico nacional, o que ellos están en consonancia con la Constitución, con lo que pueden transformarse en normas legales, constitucionales¹⁰ o tratados internacionales ratificados válidos.

En el ejercicio de esta facultad el Tribunal Constitucional ha considerado la existencia de un “principio de deferencia” hacia el legislador, fundado en el carácter representativo de ese poder del Estado y en su origen democrático directo. Este principio se materializa en una búsqueda de adecuación entre el precepto sometido a control y la Carta Fundamental, generando lo que en doctrina se conoce como “sentencias interpretativas” (Verdugo R 2010: 220), en las que se declara que un precepto constitucional está conforme a la Carta Fundamental si es interpretado en un sentido determinado.

El problema que se presenta con estas sentencias interpretativas de control preventivo y el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se produce cuando se deduce un requerimiento de este tipo contra un precepto legal que fue objeto previo de control preventivo, y el Tribunal Constitucional lo

¹⁰ Ya que el N° 3) del artículo 93 de la Constitución establece que el Tribunal Constitucional es competente para resolver cuestiones de constitucionalidad suscitadas durante la tramitación de reformas constitucionales si es requerido para tal efecto por el Presidente de la República, por cualquiera de las Cámaras del Parlamento o hasta una cuarta parte de sus miembros.

declaró conforme a la Constitución en una sentencia interpretativa. En este caso el requirente podría válidamente objetar la constitucionalidad de una posible aplicación de ese precepto fundado en una interpretación diversa a la que en su momento se consideró en la sentencia interpretativa de control preventivo.

En la situación antes descrita el Tribunal Constitucional no puede sino declarar inadmisibile el requerimiento intentado por aplicación de lo señalado en el numeral segundo del artículo 84 de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, pues el precepto impugnado fue declarado conforme a la Constitución en su momento. Esta declaración de inadmisibilidad, en ningún caso, podría ordenar al juez del fondo que interprete el precepto en el sentido declarado como constitucional en la sentencia previa de control preventivo, por lo que la aplicación inconstitucional de la norma que fundó el requerimiento es una posibilidad cierta que sólo podría ser remediada a través del sistema general de impugnación judicial de sentencias judiciales, lo que debilita el rol del Tribunal Constitucional como garante de la constitucionalidad de los preceptos legales.

5.3.1.3. Colisión de funciones de control de constitucionalidad entre el Tribunal Constitucional y la Contraloría General de la República

Los incisos segundo y tercero del artículo 99 de la Constitución indican que:

"Corresponderá, asimismo, al Contralor General de la República tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos excedan a contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución.

Si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, el Presidente de la República no tendrá la facultad de insistir, y en caso de no conformarse con la representación de la Contraloría deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de que éste resuelva la controversia."

Esta norma se refiere a los decretos con fuerza de ley, a los decretos promulgatorios de una ley y a los decretos o resoluciones, las causales posibles de representación y los efectos de la representación en cada uno de los casos.

Dejando de lado la situación de los decretos promulgatorios y de los demás decretos y resoluciones, la atención se plantea respecto de los decretos con fuerza de ley que, según la interpretación del Tribunal Constitucional, caen dentro del concepto de precepto legal para los efectos del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

El control que hace la Contraloría respecto de estas normas no considera el test de legalidad, pues los decretos con fuerza de ley tienen el mismo rango que una ley, a excepción del control de determinación que procede entre el proyecto de decreto y la ley de mandato delegatorio. Pero, además de lo anterior, lo más relevante de este control es el test de constitucionalidad, que tiene las siguientes características:

- Es preventivo, porque se refiere a normas que aún no integran el ordenamiento jurídico.
- Es obligatorio, en el sentido de que todos los decretos con fuerza de ley pasan por este control, y no sólo los que se refieran a determinadas materias (como sucede con el Tribunal Constitucional, cuyo control preventivo está limitado a determinadas materias de ley -las que tienen rango orgánico constitucional o interpretativo de la Constitución-, o al requerimiento que le plantee el legislador o colegislador durante la tramitación de la ley).
- Finalmente, al no existir un principio de deferencia al Administrador¹¹ similar al que el Tribunal Constitucional predica respecto del Legislador, no hay una presunción de constitucionalidad del proyecto de decreto con fuerza de ley, y por lo mismo no se dan en la práctica casos de declaraciones de constitucionalidad "exhortativas" o "interpretativas" por parte del Contralor General de la República, como si sucede en el caso del Tribunal Constitucional y la ley.

¹¹ Podría considerarse que la potestad que ocupa el Presidente de la República al dictar un decreto con fuerza de ley tiene un cariz más legislativo que reglamentario. Ello debe ser desestimado, porque no tiene en cuenta que la esencia de la potestad legislativa es aprobar textos legales mediante un procedimiento que permite construir un consenso político al interior de un colectivo de representantes que tienen la misma jerarquía. En este sentido, es claro que el Presidente de la República no se pone de acuerdo consigo mismo, ni que la deliberación del texto que se convertirá en decreto con fuerza de ley se da al interior de un colectivo de representantes políticos iguales, porque el único funcionario de la Administración que es elegido por votación directa y universal es el propio Presidente.

El control de constitucionalidad que hace la Contraloría General de la República respecto de los decretos con fuerza de ley es doble:

- En primer lugar está referido a los términos del mandato legislativo, porque además de controlar la coherencia entre lo mandado y lo ejecutado en virtud de ese mandato por el Administrador, también se controla la constitucionalidad del mandato propiamente tal, en el sentido de que en él se hayan dispuesto sólo materias que puedan delegarse, y lo haya hecho dentro de los plazos y formas que establece la Carta Fundamental. En este sentido, acá también hay un control de constitucionalidad indirecto de la ley delegatoria.
- En segundo lugar, se controla el contenido del texto del proyecto de decreto fuerza de ley y su consistencia con las normas de la Carta Fundamental.

Planteadas así las cosas, hay una doble posibilidad de conflicto entre la Contraloría General de la República y el Tribunal Constitucional con ocasión del control de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley:

- Que el Tribunal Constitucional, conociendo de un requerimiento de control preventivo durante la tramitación del proyecto de ley delegatoria, lo haya declarado conforme con la Constitución. En este caso, la Contraloría General de la República no podría hacer el primero de los controles de constitucionalidad antes indicados, pues no le queda sino estarse a la declaración hecha por el Tribunal Constitucional. Hasta el momento, no se conocen casos en que la Contraloría haya actuado de otro modo, insistiendo en sus competencias y haciendo de nuevo el control de constitucionalidad de los términos del mandato legislativo.
- La otra posibilidad es que la Contraloría General de la República, frente a una ley delegatoria que fue declarada constitucional por el Tribunal Constitucional con ocasión de un requerimiento de control preventivo o que no haya sido analizada por el Tribunal Constitucional, haya hecho el doble estudio antes indicado y al final declare que el proyecto de decreto con fuerza de ley es constitucional. La posibilidad de conflicto se presenta si ese decreto declarado constitucional, que mediante el acto posterior de promulgación pasa a ser parte del ordenamiento jurídico, llega a adquirir la categoría de precepto legal relevante para la resolución de una gestión judicial pendiente específica y es impugnado vía recurso de inaplicabilidad.

La doctrina nacional previa a la reforma constitucional de 2005 (Silva Bascañán 2002: 181 y 182) consideraba que en este segundo escenario de conflicto la decisión de la Contraloría General de la República debe ser respetada por quién resuelve un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Teniendo en vista el doble control de constitucionalidad que hace en este caso la Contraloría General de la República -en los términos que anteriormente fueron descritos-, la doctrina citada señala, por una parte, que la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema había considerado que no es competente para resolver, con ocasión de la discusión de un recurso de inadmisibilidad, si pudo o no dictarse la ley de autorización, o si el Poder Legislativo ha podido o no delegar sus funciones (Sentencia Corte Suprema 13 de septiembre de 1932, citada en Gaceta de Tribunales de 1932 2º semestre, N° 29, página 139. Sentencia Corte Suprema 27 de septiembre de 1933, citada en Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo 31, sección 1ª, página 63. Sentencia Corte Suprema 11 de octubre de 1933, citada en Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo 31, sección 1ª, página 85). Por otra parte, y citando también jurisprudencia del máximo tribunal del país, se indicó que la Corte Suprema tampoco podía impugnar el contenido del decreto con fuerza de ley propiamente tal, una vez que éste hubiere declarado constitucional por la Contraloría General de la República (Sentencia Corte Suprema 20 de julio de 1947, citada en Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo 45, sección 1ª, página 91. Sentencia Corte Suprema 7 de enero de 1949, citada en Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo 46, sección 1ª, página 332. Revista de Derecho y Jurisprudencia 12 de enero de 1953 tomo 50, sección 1ª, página 47).

Pero esta apreciación ha cambiado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En el rol 1191 se planteó de lleno este asunto. La controversia se suscitó a requerimiento del tribunal de juicio oral en lo penal de Valparaíso, quien conociendo un caso sobre hurto de energía eléctrica, planteó dudas sobre la constitucionalidad del artículo 137 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 1982, de Minería, que establecía tal ilícito. Por una parte, el tribunal de juicio oral en lo penal de Valparaíso, haciendo eco de la alegación formulada por la Defensoría Penal Pública durante el juicio, manifestó que era dudosa la constitucionalidad de un precepto contenido en un decreto con fuerza de ley que contuviera un ilícito penal, pues ello pugnaba con la garantía de reserva legal para la configuración de tipos penales, misma que por su naturaleza no está disponible para este tipo de legislación delegada. Por la otra, el Ministerio Público, que compareció ante el Tribunal Constitucional, alegó dos razones para sustentar la constitucionalidad del precepto: en primer lugar que la norma en cuestión no fue fruto del ejercicio mismo de una potestad delegada, sino resultado de una mera reordenación de preceptos anteriores que sí tenían carácter legal; y en segundo lugar que la disposición en cuestión ya había sido objeto de

examen de constitucionalidad en el trámite de toma de razón ante la Contraloría General de la República, órgano que consideró que el proyecto de decreto con fuerza de ley sometido en esa oportunidad a su consideración era concordante con la Carta Fundamental, por lo que el Tribunal Constitucional no podía cuestionar dicha declaración.

El Tribunal Constitucional desechó la alegación citando, en el considerando quinto del rol antes citado, que su competencia no estaba limitada, en este aspecto, por una resolución previa de la Contraloría General de la República, porque, tal como se habría dicho en los roles 392, 393 y 394 acumulados, ello generaría "desigualdad".

Los roles que se citan se refieren a una controversia planteada ante el Tribunal Constitucional entre el Ejecutivo y treinta y un diputados, que a la fecha de la presentación -2 de octubre de 2003- representaban a más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio de la Cámara de Diputados. La norma constitucional que faculta a ello estaba contenida en el antiguo artículo 82 N° 3° de la Constitución, que luego de la reforma del año 2005, pasó a ser artículo 93 N° 4°, sin otra modificación. La disposición citada permite al Tribunal Constitucional hacer un control abstracto de la constitucionalidad de un proyecto de decreto con fuerza de ley cuando es representado por inconstitucional por la Contraloría General de la República, o cuando es tenido por conforme a la Constitución por esa institución pero es impugnado por una de la Cámaras del Parlamento o por congresistas que representen a lo menos una cuarta parte de alguna de ellas.

En esta sentencia se establecieron dos criterios importantes: en primer lugar, el Tribunal Constitucional afirmó -de manera categórica-, su competencia en este aspecto, que tendría un carácter preventivo cuando se trata de proyecto de decreto con fuerza de ley que fue considerado inconstitucional por la Contraloría General de la República, y represivo cuando dicho decreto con fuerza de ley sorteó el control de esa institución y fue promulgado y publicado en el Diario Oficial (considerandos primero, segundo y tercero).

El problema en la argumentación del rol 1191 es que el Tribunal Constitucional intenta establecer en su favor una especie de atribución general para revisar la constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley declarados como constitucionales por la Contraloría General de la República en su toma de razón, argumentando que no hacerlo implicaría un trato desigual entre los requerimientos presentados por Parlamentarios contra decretos con fuerza de ley (respecto a los cuales si hay una competencia

específica establecida en la Constitución para que el Tribunal Constitucional revise la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley publicado en el Diario Oficial), y los requerimientos presentados por particulares o por el juez contra ese mismo tipo de cuerpos normativos (respecto de los cuales no existe competencia expresa alguna en la Constitución), pues ambos tienen el carácter de represivos, ya que se refieren a cuerpos normativos que ya integran el ordenamiento jurídico.

La pregunta relevante acá es si realmente existe una potestad general para que los Parlamentarios impugnen los decretos con fuerza de ley estimados como constitucionales por la Contraloría General de la República, ya que esta facultad general fundaría la pretensión de que debería existir una regla general en el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

La respuesta es negativa. El artículo 74 de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional establece, de forma expresa, dos relevantes causales de inadmisibilidad contra las cuestiones de constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley, a saber, que sea presentado extemporáneamente y que se refieran a alegaciones de legalidad. Estas causales, que delimitan este tipo de requerimientos, plantean, en primer término, que la presentación hecha por alguna de las Cámaras o la cuarta parte de sus miembros no es simétrica con el control preventivo general de constitucionalidad que hace el Contralor en virtud del artículo 99, porque en el último caso la comparación es entre el proyecto de decreto, la ley delegatoria y la Carta Fundamental, y en cambio los requerimientos de los Parlamentarios sólo pueden referirse a conflictos entre el decreto promulgado y la Carta Fundamental.

En segundo lugar, la propia Constitución establece una importante limitación temporal para los requerimientos de los Parlamentarios contra los decretos con fuerza de ley promulgados y publicados: estos sólo pueden ser intentados dentro de los treinta días siguientes a que el decreto en cuestión apareció publicado en el Diario Oficial. Este plazo perentorio tiene importantes efectos. En primer lugar, y desde el punto de vista procesal, el requerimiento presentado una vez que fue cumplido el término es derechamente inadmisibile, y así lo determinará una sentencia interlocutoria que terminará con ese requerimiento sin pronunciarse sobre el fondo. En segundo lugar, una vez que ha concluido el plazo establecido en la Constitución el derecho a la impugnación represiva ha caducado y la constitucionalidad del decreto con fuerza de ley declarada por la Contraloría debe tenerse a firme. En consecuencia, no puede estimarse que existiría una potestad general para revisar la constitucionalidad de decretos con fuerza de ley vigente a requerimiento de los Parlamentarios, y tampoco podría

predicarse que en base a esa potestad inexistente cabe suponer otra similar en favor de los requirentes del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Con todo, y como muchas veces se ha señalado en este trabajo, el reproche de inconstitucionalidad que se pesquiza en el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es entre la aplicación del precepto impugnado y la Constitución, y no entre el precepto impugnado en abstracto y la Ley Suprema. En este marco debe estimarse que la declaración de constitucionalidad que hace la Contraloría de la República tiene carácter de declaración abstracta, y al igual que la de la ley, cabe entonces la posibilidad de que el decreto en cuestión considerado en abstracto no sea contrario a la Carta Fundamental pero si lo sea una aplicación particular del mismo en un caso judicial determinado. Lo anterior daría pábulo a concluir que, en principio, la declaración de constitucionalidad que hace la Contraloría en este caso no obsta para que el Tribunal Constitucional declare esa disposición inaplicable en un caso particular.

Pero la conclusión anterior tiene dos importantes objeciones. En primer lugar, el artículo 84 de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional considera, como causal de inadmisibilidad, que el precepto haya sido previamente declarado conforme a la Constitución por el Tribunal en un control preventivo previo, ya sea de carácter automático o a requerimiento de algún colegislador habilitado. Aunque en general las causales de inadmisibilidad deben ser interpretadas restrictivamente y no vale el uso de la analogía, también es cierto que la declaración abstracta de constitucionalidad que hace la Contraloría General de la República respecto a los decretos con fuerza de ley es del todo similar al control preventivo que hace el Tribunal Constitucional respecto de las leyes, y donde se presenta la misma situación debería regir la misma disposición.

La segunda conclusión es más delicada. Una resolución que acoge un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad tiene un efecto inmediato y otro mediato. El efecto inmediato es que el juez de la causa tiene vedada la aplicación del precepto en la gestión que se trate. El efecto mediato es que la declaración de inaplicabilidad de un precepto faculta a cualquier persona y al propio Tribunal Constitucional para solicitar la declaración de inconstitucionalidad del mismo, que tiene como consecuencia la derogación del precepto en cuestión -en este caso el decreto con fuerza de ley de que se trate- desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo.

Lo anterior, de tratarse de un decreto con fuerza de ley vigente, produciría un verdadero y abierto conflicto entre la Contraloría General de la República y el Tribunal Constitucional, porque la primera

habría declarado que un decreto con fuerza de ley dado es constitucional en abstracto, y tal declaración habría quedado a firme transcurrido treinta días de su publicación sin que el órgano constitucional habilitado (cualquiera de las Cámaras del Parlamento o una cuarta parte de sus miembros) lo haya impugnado exitosamente ante el Tribunal Constitucional; y el segundo señalaría que ese mismo decreto es inconstitucional en abstracto y debe tenerse por derogado. Este conflicto no tiene un órgano habilitado en nuestra Constitución para resolverlo, pues al Senado sólo le cabe una atribución residual para conocer estas controversias cuando se trate de contiendas entre autoridades políticas o administrativas y tribunales superiores de justicia, pero ni la Contraloría General de la República ni el Tribunal Constitucional son tribunales de justicia, ni tampoco hay en la Constitución un criterio que permita determinar que resolución prima en este caso.

Una situación análoga se planteó con la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales, pero tal como se relató en el apartado 5.2.5, en ese caso, y de manera *sui generis*, el Tribunal Constitucional autolimitó su competencia, excluyendo la posibilidad de una declaración de inconstitucionalidad de un instrumento internacional ratificado por Chile. En la situación que se plantea en los párrafos anteriores, en cambio, no ha habido tal declaración de autolimitación, por tanto hay un conflicto *ad portas*.

5.3.2. Control concreto previo

Como antes se señaló, la cuestión de inaplicabilidad es un incidente especial de naturaleza cautelar que se plantea ante el Tribunal Constitucional con ocasión de un proceso judicial pendiente en el que se ventila la aplicación del precepto legal impugnado. Este incidente especial puede, por mandato constitucional, paralizar el proceso, por lo cual podría ser utilizado por litigantes inescrupulosos como una forma de evitar un pronunciamiento judicial definitivo que le sea perjudicial. En razón de lo anterior, y teniendo en consideración que en la tradición procesal chilena la condena en costas no tiene carácter punitivo, es necesario limitar la repetición innecesaria de esta incidencia especial en el curso del proceso.

Por otra parte, un proceso constitucional incoado por un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad naturalmente tiende a ser resuelto en una sentencia definitiva. Esta sentencia, en principio, produce acción y excepción de cosa juzgada¹².

Con todo, es importante hacer algunas salvedades. En primer lugar, y como tantas veces se ha indicado, el procedimiento de inaplicabilidad es accesorio al proceso en el que se ventila la aplicación del precepto impugnado, por lo que la eventual acción o excepción de cosa juzgada de la sentencia que resuelve la inaplicabilidad sólo puede enmarcarse en aquel proceso pendiente ante el tribunal ordinario o especial de que se trate.

La segunda salvedad dice relación con el precepto impugnado. Ello supone que la posible acción o excepción de cosa juzgada sólo vale respecto de la aplicación del específico precepto legal materia del requerimiento, y no de los demás que también puedan ser atingentes en la disputa que conoce el tribunal ordinario o especial. El Tribunal Constitucional ha manifestado cierta inquietud de que por esta vía se puedan presentar sucesivos recursos de inaplicabilidad en un mismo proceso, impugnando distintos preceptos atingentes al mismo juicio, lo cual dejaría abierta la puerta a una prolongada suspensión de dicho proceso; incluso ha insinuado que debería entenderse una regla de preclusión que obligaría a los requirentes (juez o partes del proceso) a plantear en una única presentación la impugnación de todas las normas que podrían generar una aplicación que vulnere a la Constitución, quedando impedidos de hacerlo después (cons. 12º y 14º rol 1311) (Nogueira 2005: 597). Con todo, esta interpretación no se ha utilizado para fundar la inadmisibilidad de requerimientos presentados respecto de disposiciones distintas; por lo demás el estatuto orgánico constitucional del Tribunal reformado por la ley N° 20.381 expresamente limita esta excepción de cosa juzgada a la resolución

¹² Art. 175, Código de Procedimiento Civil.- Las sentencias definitivas o interlocutorias firmas producen la acción o la excepción de cosa juzgada.

Art. 176, Código de Procedimiento Civil.- Corresponde la acción de cosa juzgada a aquel a cuyo favor se ha declarado un derecho en el juicio, para el cumplimiento de lo resuelto o para la ejecución del fallo en la forma prevenida por el Título XIX de este Libro.

Art. 177, Código de Procedimiento Civil.- La excepción de cosa juzgada puede alegarse por el litigante que haya obtenido en el juicio y por todos aquellos a quienes según la ley aprovecha el fallo, siempre que entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta haya:

1º Identidad legal de personas;
2º Identidad de la cosa pedida; y
3º Identidad de la causa a pedir.

Se entiende por causa a pedir el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio.

recaída en el mismo precepto legal y fundada en el mismo vicio de inconstitucionalidad (Nº 2 del art. 84 y art. 90 de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional), y no a otros casos.

Un segundo asunto relevante de la dupla acción/excepción de cosa juzgada es el ámbito de estos dos institutos en el procedimiento de inaplicabilidad. Quien aplica la ley materia del requerimiento de inaplicabilidad es el juez ordinario o especial que conoce el asunto o gestión en el que se ventila al aplicación del precepto impugnado y no el Tribunal Constitucional; por tanto, la acción de cosa juzgada empece sólo a aquel juez y sólo en dicho asunto o gestión, y no tiene ningún efecto en los futuros requerimientos que se intenten ante el Tribunal Constitucional, más allá del valor que pueda tener el precedente como antecedente doctrinario (Correa Sutil 2009: 50).

Pero no toda sentencia del Tribunal Constitucional produce acción de cosa juzgada en el juicio o gestión de que se trate. La cuestión de inaplicabilidad que se plantea ante el Tribunal Constitucional tiene efecto declarativo limitado sólo a la inaplicabilidad, pues por esta no cabe la posibilidad de determinar si tal o cual precepto legal está conforme con la Constitución, ni menos indicarle al juez de la causa que preceptos debe aplicar a la gestión o asunto que está llamado a resolver, ni como debe interpretar dichos preceptos (cons. 6º del rol 794, cons. 12º del rol 1466, cons. 10º del rol 1569) (Correa Sutil 2009: 30).

Un último elemento a considerar acá es la excepción de cosa juzgada que se produce respecto a sucesivos requerimientos de inaplicabilidad planteados sobre un mismo precepto legal cuya aplicación se ventila en el mismo juicio. Esto es relevante, porque dicho elemento podría haber sido el fundamento de una primera declaración de inadmisibilidad, construida en base a que el precepto no era relevante, o en la palabras del legislador orgánico del Tribunal Constitucional "que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto" (Nº 5 del artículo 84). La doctrina observa, acertadamente a juicio del autor de este trabajo, que la apreciación que hace el Tribunal Constitucional de los presupuestos procesales de la inaplicabilidad tienen un fuerte cariz hipotético (Zúñiga 2010: 138), pues al momento de intentarse la cuestión el juez del fondo aún no ha apreciado los hechos que fundan las pretensiones y contrapretensiones de las partes, no ha determinado cuales disposiciones reglamentarias, legales o constitucionales son atingentes al caso, ni menos ha hecho aplicación de dichas disposiciones. En razón de lo anterior cabe la posibilidad de que un recurso de inaplicabilidad presentado durante la primera instancia de un juicio puede haber sido desechado por el Tribunal Constitucional porque consideró que la disposición impugnada no era

atingente al caso, pero en definitiva el juez que conocía esa primera instancia pudo hacer fundado su fallo precisamente en el precepto cuya atingencia fue desechada por el Tribunal Constitucional.

Partiendo de la base que ese requirente de inaplicabilidad impugnó la sentencia del juez del fondo que lo agraviaba a través del sistema recursivo ordinario -pues de lo contrario no habrá juicio o gestión pendiente-, parece de toda lógica que pueda volver a presentar un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, máxime si se considera que el principal fundamento de la apelación -que en este caso es la gestión pendiente- es el precepto cuya impugnación se busca ante el Tribunal Constitucional.

El tenor literal de la disposición que regula la admisibilidad de la cuestión de inaplicabilidad en este punto parece, en principio, apuntar en otro sentido¹³. Pero como se verá esta conclusión es más aparente que efectiva, pues aunque el numeral 2 del artículo 84 citado se refiera de manera específica al "precepto legal", la inadmisibilidad procede en este caso cuando dicho precepto "haya sido declarado conforme a la Constitución", o sea, cuando haya recibido un pronunciamiento previo sobre el fondo del asunto, y no meramente una sentencia interlocutoria de inadmisibilidad fundada en la no "aplicabilidad" o "decisividad" del mismo, pues en este caso no hubo un pronunciamiento sobre la constitucionalidad o no del precepto.

5.3.3. Control represivo y abstracto previo

La reforma constitucional del año 2005 introdujo una institución inédita en la tradición constitucional chilena: la acción de inconstitucionalidad de las leyes. Esta acción permite que cuatro quintas partes de los integrantes en ejercicio del Tribunal Constitucional declaren la inconstitucionalidad general de un precepto legal previamente declarado inaplicable. En ejercicio de esta acción, el precepto legal en cuestión se entiende derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, sin efectos retroactivos.

Esta facultad del Tribunal Constitucional no es simétrica a la del control preventivo, pues acá la competencia otorgada por la Carta Fundamental se limita a la declaración negativa de

¹³ "Art. 84.- Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

...
2. Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;"

constitucionalidad, o sea, el Tribunal únicamente cuenta con la atribución de declarar que el precepto legal es inconstitucional y consecuentemente expulsarlo del ordenamiento jurídico, pero ello no abarca la facultad de declararlo conforme a la Carta Fundamental de la misma manera como lo hace en el control preventivo¹⁴.

La distinción anterior es relevante en un doble sentido. En primer término la declaración de inconstitucionalidad no tiene, por expreso mandato de la Constitución, efecto retroactivo, por lo que una norma expulsada por esta vía del ordenamiento jurídico sí podría ser la regla decisoria litis en una relación jurídica previa y, por tanto, podría ser atacada por la vía del recurso de inaplicabilidad, tal como ya se explicó en el epígrafe 5.2.4 de este trabajo.

En segundo lugar, es posible que en un proceso de inconstitucionalidad no se logre el quórum para acoger la acción, o que la mayoría de los integrantes del Tribunal se pronuncien en contra. En estos casos no se puede sostener que hay una especie de declaración "implícita" de constitucionalidad del precepto en cuestión por las razones anteriormente señaladas y, consiguientemente, no se produce ningún efecto para procesos posteriores de inaplicabilidad.

5.4. Legitimación activa

El primer numeral del artículo 84 de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional indica que procederá declarar la inadmisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad cuando no se formule por "persona" u "órgano" legitimado. Dichos conceptos tienen en principio una definición legal en el mismo estatuto orgánico; al respecto, su artículo 44 expresa que son órganos y personas legitimados aquellos que, de conformidad a la Carta Fundamental, están habilitados para promover ante el Tribunal Constitucional cada una de las cuestiones y materias de su competencia.

Por su parte, el numeral 6 del artículo 93 de la Carta Fundamental previene que están facultados para interponer recursos de inaplicabilidad cualquiera de las partes del juicio o gestión en el que se sigue la

¹⁴ Esta conclusión se puede observar con claridad en el rol 1723, que falló el proceso de oficio para declarar la inconstitucionalidad del artículo 2331 del Código Civil. En ella primero se puso en votación la declaración de inconstitucionalidad de todo el precepto, y luego una indicación más restringida del ministro Bertelsen. Ninguna de las dos opciones obtuvo la mayoría necesaria, por lo que a fojas 174 del fallo escuetamente se señala "que no se ha alcanzado en esta oportunidad el quórum exigido". A continuación se registran los votos particulares de algunos de los integrantes del tribunal, pero no hay una decisión acordada relativa a la posible constitucionalidad de la disposición.

aplicación del precepto que se impugna, o el juez de la causa. En razón de lo anterior el estudio de este tema se dividirá entre estos dos legitimados.

5.4.1. Las partes

Colombo (2008: 50) manifiesta que la idea de parte para estos efectos no está definida por la Carta Fundamental, por lo que procede recurrir a las normas generales contenidas en el Libro Primero del Código de Procedimiento Civil. A lo anterior hay que agregar que los requerimientos de inaplicabilidad también pueden estar referidos a la impugnación de preceptos legales cuya aplicación se ventile en un proceso penal, en los cuales el concepto de “parte” tiene una fisonomía propia. Finalmente, estas cuestiones pueden ser analizadas en relación a gestiones judiciales no contenciosas y en asuntos que están en conocimiento de tribunales de alzada o de la Corte Suprema, instancias que también tienen su propio estatuto para determinar quien es tenido como parte.

En el ámbito contencioso civil, Stoeihrel (2011: 11) señala que las partes básicas en un juicio civil son el demandante y el demandado. Cada una de ellas pueden estar constituidas por una o muchas personas, tanto naturales como jurídicas, dependiendo del tipo de acción que se impetra. Además de estos, el proceso civil admite la presencia de terceros que sin ser partes el juicio pueden intervenir en él por tener un interés actual en sus resultados (Stoeihrel 2011: 15). La participación de estos terceros puede ser voluntaria o forzada (caso de la jactancia o de la situación prevista en el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil), y el contenido de su pretensión puede ser coadyuvante (si sostiene pretensiones armónicas o concordantes con alguna de las partes principales del juicio), propia o independiente (como sería el caso del legatario en un juicio sobre nulidad de un testamento seguido contra un heredero testamentario del causante), o excluyente.

Todos estos partícipes del juicio civil antes indicado tienen derecho a presentar recursos de inaplicabilidad siempre y cuando gocen de dicha calidad en el momento en que interpongan el requerimiento. Este detalle es importante porque el Tribunal Constitucional ha acogido recursos de inaplicabilidad contra gestiones pendientes en las que sólo consta la presentación de la demanda y no su primera notificación (rol 946, cons. 12º), por tanto en ellas sólo existen una parte: el demandante. Este criterio jurisprudencial es muy contraproducente ya que expresamente el artículo 148 del Código de Procedimiento Civil permite que se retire la demanda antes de que sea notificada, lo que acarrea como único efecto que dicho libelo se tenga por no presentado. Esto incentiva a que se intenten

recursos de inaplicabilidad en estas circunstancias, ya que la eventual declaración de inadmisibilidad del mismo no tendrá ningún efecto en un nuevo futuro juicio, aunque lo siga el mismo demandante en contra de la misma parte, con igual objeto y causa a pedir.

Finalmente, en este punto cabe considerar que la posición de tercero tiene que estar vigente al momento en que se presente el requerimiento, ya que la ley previene que algunas de las pretensiones que pueden intentar los terceros se siguen en ramo separado al juicio principal (caso del tercero excluyente que intenta una tercería de dominio) o como un incidente en él (caso del tercero excluyente que intenta una tercería de posesión, prelación o pago). Este ramo separado o incidencia puede resolverse antes que el juicio al que acceden, por lo que si en ese caso no se ha interpuesto válidamente un recurso que impugne esa resolución, dichos terceros pierden su calidad de tales aunque el juicio principal aún esté pendiente.

En materia penal el asunto es mucho más complicado. En primer término, debe considerarse que en el proceso criminal chileno hay una fase investigativa y otra judicial propiamente tal; la primera puede ser desformalizada o formalizada. La investigación desformalizada es la expresión de la facultad general que tiene el Ministerio Público de investigar los hechos constitutivos de delitos y que acrediten la participación punible o la inocencia del imputado (inciso primero del artículo 83 de la Constitución) y en ella no hay injerencia alguna de un juez. Por lo tanto, en ese caso no hay un procedimiento judicial y no podría intentarse entonces una cuestión de inaplicabilidad contra la aplicación que haga ese organismo prosecutor de algún precepto legal. La investigación formalizada, en cambio, puede suponer la participación intermitente del juez de garantía cuando la ley lo exige (trámite de la formalización) o cuando se intente afectar algún derecho que la Constitución establece a un imputado o un tercero. En esta última situación el inciso segundo del artículo 7º del Código Procesal Penal entiende que existe una actuación en un procedimiento; por tanto, desde que esa actuación se solicite y mientras el juez de garantía no resuelva, podría considerarse que hay una gestión judicial pendiente a objeto de poder intentar un requerimiento de inaplicabilidad respecto del precepto legal cuya aplicación esté involucrada.

La etapa judicial propiamente tal se inicia con el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, a través de la acusación en el juicio oral, por medio de un requerimiento en un procedimiento simplificado o monitorio, o mediante un acuerdo en el procedimiento abreviado.

Teniendo presente las distinciones antes señaladas, debe considerarse que el Código Procesal Penal no ocupa la expresión “parte” sino la de “interviniente”. Son intervinientes en el procedimiento criminal el Ministerio Público ejerciendo la acción penal pública o pidiendo una diligencia específica al juez en la etapa de la investigación formalizada; el imputado y su defensa privada o el defensor público que se le asigne, desde que en su contra se dirija cualquier diligencia o gestión por o ante un tribunal con competencia en lo penal en la fase de la investigación formalizada y mientras dicha diligencia o gestión no sea resuelta por el juez de garantía, o desde el momento que se ejerza contra él la acción penal y hasta que se dicte sentencia definitiva en el proceso. También tiene calidad de interviniente la víctima del ilícito desde el momento que ejerce la acción penal que la Constitución le otorga a través de la querrela criminal enderezada contra el imputado, desde el momento que persigue la acción civil por las consecuencias pecuniarias que le pueda haber generado el ilícito, e incluso sin haber ejercido estas acciones cuando impugna el sobreseimiento temporal, definitivo o sentencia absolutoria, o cualquier otra resolución que le agravie y que pueda recurrir conforme a lo que establezca la ley.

Todos estos intervinientes son tenidos como partes para efectos del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, siempre y cuando se verifique la existencia de un procedimiento en el que sean considerados como tales.

Además de lo anterior, son partes también para efectos del requerimiento de inaplicabilidad el o los solicitantes en una gestión judicial no contenciosa (Zúñiga 2010: 24), desde el momento que ella se solicita hasta que sea resuelta por sentencia ejecutoriada.

También cabe considerar que el recurso de inaplicabilidad pueden haberse interpuesto contra un precepto legal cuya aplicación se ventile en un recurso ordinario contra una sentencia de instancia o que terminó el proceso o hizo imposible su consecución. En este caso puede interponer un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad quien ostenta la calidad de recurrente o recurrido que se haya hecho parte ante el tribunal que conoce el recurso, y el apelado que se ha adherido a la apelación, los que pueden ingresar su presentación ante el Tribunal Constitucional hasta que el recurso en cuestión se falle.

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha ocupado un estándar amplio para la interpretación del concepto “parte” a objeto de admitir presentaciones en procesos por requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (Aldunate 2009: 43). Excepcionalmente ha admitido la participación de

personas que no están en las categorías antes mencionadas y que se autodenominan “amicus curiae” (o “amigos del tribunal”), que concurren al requerimiento en un solo “afán de justicia” (Aldunate 2009: 43), aunque en la práctica estos terceros aparecen apoyando una de las posiciones involucradas en el requerimiento (rol 740, parte “Otros antecedentes acompañados”). La figura del amicus curiae no está regulada en la legislación orgánica del tribunal, su resolución no les afecta ni empece, y sobre todo no ostentan un interés legítimo en el proceso de inaplicabilidad según las disposiciones constitucionales y legales que regulan este procedimiento, como sí lo hacen los órganos colegisladores quienes, sin ser partes, pueden concurrir al proceso por expresa disposición de la ley orgánica. Ellos son los “órganos constitucionales interesados”, cuyo interés en el procedimiento viene dado por la defensa del ejercicio de sus potestades o del orden jurídico vigente (inciso segundo del artículo 44 de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional). En vista de lo anterior, y considerando que acá no hay un interés colectivo involucrado pues el fallo de inaplicabilidad sólo afecta a las partes del juicio específico, el Tribunal Constitucional debería repensar esta situación y esperar que el legislador regule esta materia; de lo contrario, abre la puerta a que terceros que no tienen ningún interés legítimo lo distraigan del ejercicio de su competencia específica.

5.4.2. El juez

Además del cambio de competencia para conocer del requerimiento de inaplicabilidad y la reforma a su estructura, esta es una de las principales novedades que incorporó en el recurso de inaplicabilidad la enmienda constitucional del año 2005. Como antes se señaló (ver epígrafe 1.3) el juez está sujeto a la ley y no puede desatender su aplicación porque su efecto eventualmente inconstitucional. La resolución que obvie estas consideraciones es apelable y casable en el fondo por infracción a la ley, y el juez que la dicta puede ser incluso objeto del recurso de queja por haber cometido falta o abuso grave en la dictación de su sentencia (artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales).

Frente a lo anterior, la nueva regulación le franquea al juez de la causa la posibilidad de requerir de inaplicabilidad uno o más preceptos legales que se ventilen en un juicio o gestión que actualmente está sometido a su conocimiento. Un asunto que de inmediato se plantea a este respecto es la posible causal de implicancia o recusación (dependiendo de que tan avanzado está el juicio y de si ya hay en él los antecedentes necesarios para dictar sentencia) que está implícita en el ejercicio de la acción constitucional de inaplicabilidad por parte del juez de la causa, por el hecho que en su presentación pudiera haber anticipado opinión sobre las disposiciones legales decisorias del proceso. Esta

posibilidad ha sido descartada expresamente por el Tribunal Constitucional, que ha considerado que el requerimiento de inaplicabilidad planteado por el juez es una materia del todo ajena a los pronunciamientos relativos a las peticiones de las partes (rol 1324 cons. 2º, rol 1670 cons. 8º).

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha descartado a través de la declaración de inadmisibilidad que el juez de la causa pueda servir de vía para transmitir al Tribunal Constitucional dudas de constitucionalidad que le asisten a las partes de su juicio y que han hecho valer en él (Correa Sutil 2011: 100), pues la legitimación activa que ejerce en este caso el magistrado que conoce el fondo del asunto debe estar fundamentada en una duda legítima y fundada que a él, y no a otros, le asista (Aldunate 2009: 45).

Finalmente, parte de la doctrina constitucional nacional (Colombo 2008: 51) ha planteado dudas respecto a la interpretación del vocablo “juez” que emplea tanto la Constitución como la Ley orgánica cuando el tribunal que conoce la causa es colegiado, y ha concluido, en base a una interpretación literal, que la facultad de recurrir corresponde, de forma indistinta, a cada uno de los miembros del tribunal colegiado en cuestión (Colombo 2008: 53). Esta interpretación produce resultados absurdos, porque permite que respecto de un mismo proceso conocido por un tribunal colegiado como el pleno de la Corte de Apelaciones de Santiago, se presenten hasta treinta y cuatro recursos de inaplicabilidad, pues como antes se ha señalado (ver epígrafe 5.3.2), no existe una regla de preclusión general que se pueda aplicar en estos casos y que impida a los demás integrantes de aquél tribunal presentar un requerimiento una vez que otro de sus miembros lo ha hecho. Una interpretación sistemática permite considerar que en este caso se requiere acuerdo de los miembros del tribunal colegiado que conoce el asunto para interponer un requerimiento de inaplicabilidad, pues la ley sólo reconoce competencia a un miembro individual de una Corte de Apelaciones para decidir sobre asuntos de mera substanciación que tengan por objeto dar curso progresivo a los autos (artículos 70 del Código Orgánico de Tribunales), entre los cuales no podría considerarse el recurso de inaplicabilidad. En cambio, establece como regla general que los tribunales de alzada conocen y deciden todos los asuntos que se les encomienda mediante el procedimiento del acuerdo (artículos 72 y siguientes del COT). Esa misma regla rige para la Corte Suprema (artículo 103 del COT), y para los tribunales de juicio oral en lo penal (artículo 19 del COT).

5.5. Que el requerimiento esté fundado plausiblemente

La doctrina nacional, refiriéndose en general al poder del juez para rechazar in limine la demanda por manifiesta falta de fundamento, ha manifestado que con ocasión de este examen la actividad del tribunal es similar, en cierta medida, a la que debe realizar al momento de la dictación del fallo definitivo. Lo que se intenta en esta sede es averiguar si los supuestos de hecho alegados pueden conformar una causa a pedir que desemboque en una consecuencia jurídica según el derecho que el demandante afirma que le asiste, pues si la situación alegada no se encuadra dentro de los presupuestos fácticos de las normas jurídicas invocadas por el actor, no vale la pena seguir con el juicio (Hunter 2009:131).

Aterrizando este cuadro general al tema tratado en este trabajo, el requerimiento de inaplicabilidad, como cualquier acción procesal, requiere de un contenido mínimo para tener cierto grado de plausibilidad que de pie a dilucidar el fondo del asunto, porque efectivamente hay un asunto que dilucidar, más allá de las menciones del juicio pendiente y del precepto legal que se impugna.

En la formulación original del recurso de inaplicabilidad de la Constitución de 1925, la doctrina procesal nacional ya consideraba que el escrito del requirente debía, a lo menos, justificar la forma como el o los preceptos impugnados contravenían a la Carta Fundamental (Casarino 2008: 230). Por su parte, la reforma constitucional del año 2005 incluyó en la propia ley fundamental este elemento, al establecer como requisito de admisibilidad “que la impugnación esté fundada razonablemente” (inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución).

Con anterioridad a la dictación de la ley N° 20.381, y regulado únicamente por la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional concluyó que la fundamentación razonable suponía que el requerimiento sometido a su conocimiento cuenta con una “suficiente y meridiana motivación, de modo que pueda comprenderse en términos intelectuales la pretensión que se solicita al tribunal” (rol 1138, considerandos 11° y 12°). Esta verificación es somera y no considera la validez sustantiva de los argumentos planteados, sino que en ella sólo se examina que el Tribunal Constitucional pueda reconocer su competencia específica y la contraparte del requerimiento esté en condiciones de identificar la pretensión del que plantea el recurso de inaplicabilidad para poder contraargumentarlo (Aldunate 2009: 32).

Haciéndose cargo del contenido de este requisito, el Tribunal Constitucional ha expresado que el fundamento razonable “exige invocar preceptos constitucionales determinados y especificar o argumentar el o los modos en que la aplicación del precepto legal producirá resultados contrarios a ellos” (rol 1198, cons. 5°). Una concepción muy similar a la antes señalada fue la que en definitiva cristalizó en la ley N° 20.381. El artículo 80 que esa norma introdujo en la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional señala lo siguiente:

“Artículo 80. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas.”

La nueva formulación legal plantea dudas procesales. Como antes se indicó (ver epígrafe 4.3) la adecuación de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional a la reforma constitucional distinguió dos exámenes previos al conocimiento del fondo en los recursos de inaplicabilidad: el examen para acoger a tramitación el requerimiento y el examen de admisibilidad.

El problema que plantea este requisito es que está mencionado en ambos exámenes, pues el artículo 80 antes citado es parte del examen para acoger a tramitación el requerimiento, pero además el artículo 84 previene que la “falta de fundamento plausible” es causal de inadmisibilidad. Tal como ya se señaló en el epígrafe 4.3, los efectos de no sortear cada uno de los citados exámenes es muy diferente, por lo que cabe intentar una interpretación de las normas antes citadas que permitan una solución sistemática.

Esta solución podría venir dada por el hecho que en este caso cabe distinguir entre la verificación de la presencia o no de un fundamento en el requerimiento planteado, y el hecho que ese fundamento sea “plausible” (en la terminología de la ley orgánica constitucional) o “razonable” (en la terminología de la Carta Fundamental). La ausencia de fundamento, en el sentido que requiere el artículo 80 de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional (mención copulativa de los siguientes antecedentes: exposición de los hechos y su fundamento, la forma en que ellos producen una infracción constitucional, el o los vicios de inconstitucionalidad que se alegan, y las normas constitucionales involucradas) dan a pie a que el Tribunal Constitucional no acoja a tramitación el requerimiento y lo tenga por no presentado. En cambio, la presencia de ese fundamento permitiría avanzar al siguiente

estadio, y dejaría al Tribunal Constitucional en condiciones de pronunciarse sobre la admisibilidad del requerimiento, aquilatando si dichos fundamentos son “plausibles” o “razonables”.

6. Conclusiones

- 1.- El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es una acción cautelar de naturaleza incidental que tiene por función controlar la constitucionalidad de la aplicación de los preceptos legales relevantes en la resolución de un caso judicial dado. Lo anterior hace aplicables las categorías procesales comunes del juicio principal (donde se ventila la aplicación del precepto) al procedimiento de inaplicabilidad (que es un incidente especial en aquél).
- 2.- La enumeración y descripción de los antecedentes de admisibilidad que efectúa la doctrina nacional está excesivamente atada al enunciado positivo del recurso de inaplicabilidad que hace el N° 6) del artículo 93 de la Constitución y su inciso undécimo, y no considera el asunto desde una perspectiva funcional. Para superar lo anterior, se propone reunir los elementos de admisibilidad en dos grupos clave: la existencia de un juicio o gestión pendiente; y que lo que se impugne sea un precepto legal cuya aplicación sea relevante en dicho proceso, al punto que si no se aplica la hipotética decisión de la litis será totalmente distinta, y que además se pueda fundamentar plausiblemente que la mentada aplicación produce un efecto contrario a la Constitución.
- 3.- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional abona un concepto funcional de precepto legal. Ello implica que, para efectos del análisis de admisibilidad, esa instancia requiere que la unidad de lenguaje contenida en una disposición con rango legal que se impugna, tenga la capacidad de producir un efecto contrario a la Constitución en un proceso o gestión judicial, en términos de que si ella se excluye de entre las normas que debe aplicar el juez al caso concreto, el efecto contrario a la Carta Fundamental cesa. A juicio del autor de este trabajo, este enfoque de precepto legal confunde la admisibilidad con el fondo del asunto, porque la pregunta por el efecto contrario a la Constitución del precepto legal impugnado es un asunto que debe ser resuelto en la sentencia definitiva del recurso y no en la fase de admisibilidad.
- 4.- La doctrina y la jurisprudencia comentada aceptan, sin más, que los decretos leyes pueden ser considerados preceptos legales para efectos de su inaplicación en un juicio o gestión pendiente. Lo anterior no tiene en consideración que hay decretos leyes que ostentan el carácter de normas modificatorias de la Carta Fundamental, ya sea de forma tácita (dictados con posterioridad al 11 de septiembre de 1973 y antes del 4 de diciembre de 1974), o expresa (dictados con posterioridad), por lo

que no pueden ser objeto del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Su posible conflicto con la Carta Fundamental debe ser resuelto por los jueces del fondo, teniendo en consideración indicado por el decreto ley N° 788.

5.- La toma de razón de los decretos con fuerza de ley que efectúa la Contraloría General de República examina, entre otros asuntos, si la proposición que le presenta el Ejecutivo es contraria o no a la Constitución. En ejercicio de esta atribución, la Contraloría puede declarar que los decretos con fuerza de ley sometidos a su control están conformes a la Carta Fundamental. Dicha declaración puede entrar en conflicto con otra del Tribunal Constitucional, que declare que ese mismo decreto con fuerza de ley es inconstitucional y, por lo tanto, debe abandonar el ordenamiento jurídico.

6.- Las resoluciones del Tribunal Constitucional, emitidas con ocasión del control preventivo de un proyecto de ley o de reforma constitucional, que declaran constitucional un precepto legal o de reforma constitucional en un sentido específico o siempre que se interpreten de determinada forma (que en doctrina reciben el nombre de “sentencias interpretativas”), generan un problema sin solución cuando ese mismo precepto es objeto de examen por medio de un recurso de inaplicabilidad. Dicha antinomia se produce porque el requirente puede alegar que el efecto contrario a la Carta Fundamental por aplicación del precepto en el proceso judicial que lo involucra, se produce por una interpretación diversa a la que el Tribunal Constitucional estimó como constitucional. Pero en ese caso, y en virtud del numeral segundo del artículo 84 de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, recurso será declarado inadmisibile y dicha resolución no puede conminar al juez del fondo a interpretar el precepto en la forma que previamente se estimó constitucional.

7.- Aunque la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional establece que tanto el examen para acoger a tramitación, como el de admisibilidad, consideran como sanción al requerimiento que incumple sus condiciones la dictación de una resolución que lo tiene “por no presentado”, esta fórmula tiene distintos significados según la etapa procesal en que se dicta. En la primera de ellas, dicha resolución deja abierta la puerta a que el requirente vuelva a ingresar una presentación respecto del mismo precepto legal cuya aplicación se sigue en el mismo juicio. En la etapa de admisibilidad, en cambio, tal resolución tiene el carácter de sentencia que termina el juicio de inaplicabilidad o hace imposible su consecución, e impide que el requirente vuelva a plantear otro recurso impugnando la aplicación del mismo precepto legal en el mismo juicio o gestión pendiente. Esta última conclusión podría matizarse si la declaración de inadmisibilidad se funda en que el precepto impugnado no era

relevante en una instancia dada del juicio o gestión pendiente, y el juez del fondo utiliza justamente ese precepto como norma decisoria de su sentencia de grado. En ese caso, y si el fallo de instancia fue válidamente impugnado, el requirente debería estar en condiciones de repetir su presentación ante el Tribunal Constitucional.

7. Bibliografía

Alessandri Rodríguez, Arturo

1. (1998) Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General, Tomo I, sexta edición, Editorial Jurídica de Chile.

Aldunate Lizana, Eduardo

2. (2009): Jurisprudencia constitucional 2006-2008. Estudio Selectivo, Editorial Legal Publishing, Chile.
3. (2009b): “La Fuerza normativa de la Constitución y el sistema de fuentes del derecho”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXII.

Aguirrezabal Grünstein, Maite et al

4. (2008): “Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil”, en Revista Ius et Praxis, año 14, N° 1.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan

5. (2005) “Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos”. Editorial Ariel 3ª edición, Barcelona.

Bello, Andrés

6. (1836): “Observancia de la ley”, en Escritos Jurídicos, Políticos y Universitarios, Editorial Legal Publishing, Chile.

Bertelsen Repetto, Raúl

7. (1969): Control de constitucionalidad de la ley, Editorial Jurídica, Santiago, Chile.

Brunet Bruce, Marcelo

8. (2007): “Admisibilidad en materias constitucionales: principio in dubio pro admittere”, en Revista de Derecho Público, Volumen 69, Tomo I.

Bordalí Salamanca, Andrés y Ferrada Bórquez, Juan Carlos

9. (2008): Estudios de Justicia Administrativa, Editorial Legal Publishing, Chile.

Casarino Viterbo, Mario

10. (2008): Manual de Derecho Procesal, Tomo I”, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición, Santiago

Cea Egaña, José Luis

11. (2009): “El Tribunal Constitucional y el control de las leyes”, en La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como

investigador del derecho, Humberto Nogueira Alcalá (coordinador), Editorial Librotecnia, Santiago, Chile.

Chahuán Sarrás, Sabas

12. (2007): Manual del nuevo procedimiento penal, Editorial Lexis Nexis, 5ª edición, Santiago, Chile

Colombo Campbell, Juan

13. (2000): El Conflicto constitucional y el Tribunal que debe resolverlo. Un aporte para el estudio de la declaración de inconstitucionalidad de la ley. Mimeo, Santiago.
14. (2005): “Tribunal Constitucional: integración, competencia y sentencia”, en Reforma Constitucional, Zúñiga Urbina, Francisco (coordinador), Editorial Lexis Nexis, Santiago.
15. (2007): El Debido Proceso Constitucional, Editorial Porrúa, México.
16. (2008): La Suspensión del procedimiento como medida cautelar en la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley. Mimeo, Santiago.
17. (2009): “Enfoques conceptuales y caracterización del Derecho Procesal Constitucional a principios del siglo XXI”, en La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho, Humberto Nogueira Alcalá (coordinador), Editorial Librotecnia, Santiago, Chile.

Correa Sutil, Jorge

18. (2011): Inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Legal Publishing Chile.

Cortés Sepúlveda, Aristóteles

19. (2003): “La problemática de la “casación constitucional” en Chile”. Comunicación presentada al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, 3 al 5 de diciembre de 2003.

Cruz Parcerro, Juan Antonio

20. (2006) “Los métodos para los juristas” en Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación Jurídica, editado por Cristián Curtis. Editorial Trotta, Madrid

Echandía, Devis

21. (1997): Teoría General del Proceso, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 2ª edición.

Fernandois Vohringer, Arturo

22. (2005): “Efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional: ¿mito o realidad?”, en Reforma Constitucional, Zúñiga Urbina, Francisco (coordinador), Editorial Lexis Nexis, Santiago.

Fernández González, Miguel Ángel

23. (2001): “La fuerza normativa de la Constitución”, en Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, volumen 63.
24. (2005): “Constitución y Casación: ¿De la falta de aplicación al monopolio constitucional?”, en Estudios Constitucionales, año/vol. 3, número 001, Centro de Estudios Constitucionales.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo et al

25. (2009): “Cosa juzgada y precedente en la acción de inconstitucionalidad mexicana”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XV, Montevideo, Uruguay.

García Barzelatto, Ana María

26. (2007): “Informe en Derecho. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo”, en Revista de estudios constitucionales, año 5, N° 1, Universidad de Talca.

Gómez Bernales, Gastón

27. (1998): “Algunas ideas críticas sobre la jurisdicción constitucional en Chile”, en Revista Ius et Praxis, Año 4, N° 1, Talca.
28. (2005): “La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional chileno”, en Reforma Constitucional, Zúñiga Urbina, Francisco (coordinador), Editorial Lexis Nexis, Santiago.

Henríquez Viñas, Miriam

29. (2009): Las fuentes formales del derecho, Legal Publishing, Chile.

Hernández Valle, Rubén

30. (2005): “Los procedimiento de admisibilidad en los procesos constitucionales”, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 3.

Hunter Ampuero, Iván

31. (2009): “El poder del juez para rechazar in limine la demanda por manifiesta falta de fundamento”, en Revista Ius et Praxis, año 15, N° 2, Talca.

Letelier Wartenberg, Raúl

32. (2007): “Jueces ordinarios y justicia constitucional”, en Revista Chilena de Derecho, N° 3.

Marín González, Juan Carlos

33. (2004) Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, Jurisprudencia y Derecho Comparado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, primera edición.

Massmann Bozzolo, Nicolás

34. (2009): “La admisibilidad del recurso de inaplicabilidad del recurso de inaplicabilidad: a tres años de la reforma”, en Revista Ius et Praxis, año 15, Nº 1.
Maturana Miquel, Cristián
35. (2004): Los recursos, Separata Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
Navarro Beltrán, Enrique
36. (2009): “La justicia constitucional chilena después de la reforma de 2005 (notas sobre la inaplicabilidad de las leyes y el recurso de protección)”, en La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho, Humberto Nogueira Alcalá (coordinador), Editorial Librotecnia, Santiago, Chile.
Nogueira Alcalá, Humberto
37. (2005): “Aspectos fundamentales de la Reforma Constitucional 2005 en materia de tratados internacionales”, en Reforma Constitucional, Zúñiga Urbina, Francisco (coordinador), Editorial Lexis Nexis, Santiago.
38. (2005b): “El control represivo, concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005 de las competencias del tribunal constitucional y los efectos de las sentencias”, en Reforma Constitucional, Zúñiga Urbina, Francisco (coordinador), Editorial Lexis Nexis, Santiago.
Nuñez Poblete, Manuel
39. (2011): “Las representaciones internas del Derecho Internacional. Control Preventivo e Inaplicabilidad de los Tratados Internacionales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Jurisprudencia Constitucional destacada. Análisis crítico, Pablo Marshall Barberrán (coordinador), Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing Chile.
Otero Lathrop, Miguel
40. (2009): La nulidad procesal civil, penal y de derecho público, Editorial Jurídica, Chile.
Paillas, Enrique
41. (2008) El recurso de casación en materia civil. Derecho chileno y comparado. Editorial Jurídica, Santiago, Chile.
Pereira Anabalón, Hugo
42. (2004): La cosa juzgada en el proceso civil, Lexis Nexis, Santiago, Segunda Edición.
Ribera Neumann, Teodoro
43. (2007): “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, en Revista de estudios constitucionales, año 5, Nº 1, Universidad de Talca.

Ríos Álvarez, Lautaro

44. (2001): “El Control Difuso de Constitucionalidad de la Ley” en Gaceta Jurídica N° 248, Ediar-Conosur.
45. (2002): “El control difuso de constitucionalidad de la ley en Chile y en otros países de América” en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional.
46. (2005): “El nuevo tribunal constitucional”, en Reforma Constitucional, Zúñiga Urbina, Francisco (coordinador), Editorial Lexis Nexis, Santiago.
47. (2005b), “Trascendencia de la Reforma Constitucional en la Fisonomía y las Atribuciones del Tribunal Constitucional”, en Revista de Estudios Constitucional N°1, vol. 3, Universidad de Talca.
48. (2007): “La Jurisdicción Constitucional en Chile”, en Gaceta Jurídica N° 322.
49. (2009): “Análisis crítico de la acción de inconstitucionalidad en el derecho chileno, con referencias al derecho comparado”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XV, Montevideo, Uruguay.

Romero Seguel, Alejandro

50. (2005): “El recurso de casación en el fondo como medio para denunciar la infracción a la Constitución”, en Revista chilena de derecho, vol. 32, N° 3.
51. (2007): Curso de Derecho Procesal Civil. La acción y la protección de los derechos, Editorial Jurídica de Chile.

Salas Vivaldi, Julio Enrique

52. (2000): Los incidentes y en especial el de nulidad procesal en el proceso civil, penal y laboral, Editorial Jurídica de Chile, 7ª edición.

Stoehrel Maes, Carlos

53. (2011): De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes, Editorial Jurídica, 6ª edición, Santiago, Chile

Silva Bascuñán, Alejandro

54. (2002): Tratado de Derecho Constitucional. Tomo VIII Poder Judicial, Ministerio Público, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición.

Silva Irrarrázabal, Luis Alejandro

55. (2009): El control de constitucionalidad de los actos administrativos legales. Un análisis jurisprudencial y comparado, Legal Publishing, Chile.

Vega, Francisco, et al

56. (2006): "El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y Práctica", en Estudios Constitucionales, año/vol. 4, número 002, Centro de Estudios Constitucionales.

Verdugo R, Sergio

57. (2010): "Control preventivo obligatorio: Auge y caída de la toma de razón de legislador", en Revista de Estudios Constitucionales, Año 8, No 1, 2010, pp. 201 - 248.

Yáñez Ramírez, Ricardo

58. (1993): "Ámbito del recurso de inaplicabilidad", en Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, volumen 20, números 2-3, Tomo IV, págs. 731 a 734.

Zapata Larrain, Patricio

59. (2008): Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno moderno y comparado, Editorial Jurídica, Santiago, Chile.

Zúñiga Añasco, Yanira

60. (2011): "La sentencia rol 1340 y la sentencia rol 1288. Una reflexión sobre el (oscuro) rol de los tratados internacionales en el marco del control de constitucionalidad.", en Jurisprudencia Constitucional destacada. Análisis crítico, Pablo Marshall Barberrán (coordinador), Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing Chile.

Zúñiga Urbina, Francisco

61. (2004): "Control Concreto de Constitucionalidad: recurso de inaplicabilidad y cuestión de constitucionalidad en la reforma constitucional", en Estudios Constitucionales, año/vol. 2, número 001, Centro de Estudios Constitucionales.

62. (2006): Control de constitucionalidad y sentencia, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Chile.

63. (2010): Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad: doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre temas procesales, Editorial Abeledo Perrot, Santiago, Chile.

TABLA DE CONTENIDOS

ABSTRACT	2
1. INTRODUCCIÓN.....	3
1.1. PROBLEMA PLANTEADO.....	3
1.2. JUSTIFICACIÓN, UTILIDAD E IMPORTANCIA DEL TRABAJO.....	4
1.3. MARCO TEÓRICO. EL CONFLICTO NORMATIVO CONSTITUCIONAL	5
2. LOS PROCEDIMIENTOS DE ADMISIBILIDAD EN LO PROCESOS CONSTITUCIONALES	10
2.1. JUSTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE ADMISIBILIDAD	10
2.2. EL RECHAZO LIMINAR.....	10
2.3. ESTADO DEL ARTE	14
2.3.1. FUNCIÓN DEL RECURSO DE INAPLICABILIDAD SEGÚN LA DOCTRINA.....	14
2.3.2. REQUISITOS DEL RECURSO DE INAPLICABILIDAD DESARROLLADOS POR LA DOCTRINA.....	14
2.3.2.1. DEMOSTRAR LA EXISTENCIA DE UN JUICIO O GESTIÓN PENDIENTE A LA FECHA DE PRESENTACIÓN DEL RECURSO, SEGUIDO ANTE UN TRIBUNAL ORDINARIO O ESPECIAL.....	15
2.3.2.2. QUE LA NORMA IMPUGNADA SEA UN PRECEPTO DE NATURALEZA O RANGO LEGAL.....	16
2.3.2.3. QUE EL PRECEPTO CUYA APLICACIÓN SE HA IMPUGNADO PUEDA RESULTAR DECISIVO PARA LA RESOLUCIÓN DE UN ASUNTO EN SEDE JUDICIAL	17
2.3.2.4. QUE EL REQUERIMIENTO ESTÉ FUNDADO RAZONABLEMENTE.....	18
2.3.2.5. QUE SE CUMPLAN LOS DEMÁS REQUISITOS QUE ESTABLECE LA LEY	18
3. NATURALEZA JURÍDICA DEL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD	20
4. REGULACIÓN PROCESAL DE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD... 25	25
4.1. REGULACIÓN PREVIA A LA MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DEL AÑO 2005	25
4.2. REGULACIÓN POSTERIOR A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2005 Y ANTES DE LA LEY Nº 20.381	27
4.3. REGULACIÓN INTRODUCIDA POR LA LEY Nº 20.381.....	29
5. ELEMENTOS DE ADMISIBILIDAD DEL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD.....	35
5.1. EXISTENCIA DE UN JUICIO O GESTIÓN PENDIENTE.....	35
5.1.1. CONCEPTO DE GESTIÓN PENDIENTE.....	37
5.1.2. QUE LA GESTIÓN SE SIGA ANTE UN TRIBUNAL ORDINARIO O ESPECIAL	38
5.2. QUE SE TRATE DE LA IMPUGNACIÓN DE UN PRECEPTO LEGAL RELEVANTE EN LA GESTIÓN PENDIENTE.....	40
5.2.1. IMPORTANCIA DEL PRECEPTO LEGAL PARA LA CONFIGURACIÓN DEL RECURSO DE INAPLICABILIDAD	40
5.2.2. LA IDEA DE PRECEPTO	41
5.2.3. EL PRECEPTO DEBE TENER RANGO DE LEY	44
5.2.4. PROBLEMA CON LO PRECEPTOS LEGALES DEROGADOS.....	48
5.2.5. PROBLEMA CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES.....	50
5.2.6. CONCEPTO DE RELEVANCIA DEL PRECEPTO PARA LA GESTIÓN PENDIENTE	55
5.2.7. EFECTO CONTRARIO A LA CONSTITUCIÓN DE UN PRECEPTO LEGAL VERSUS EFECTO CONTRARIO A LA CARTA FUNDAMENTAL DE UNA SENTENCIA JUDICIAL	59
5.2.8. CONCEPTO DE APLICACIÓN CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN.....	59
5.3. QUE EL ASUNTO NO HAYA SIDO PREVIAMENTE DECIDIDO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	60
5.3.1. CONTROL PREVENTIVO PREVIO.....	61
5.3.1.1. PROBLEMA LÓGICO DE ESTE CONTROL CON LA NUEVA FORMULACIÓN DEL RECURSO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD	62
5.3.1.2. PROBLEMA CON LA SENTENCIA INTERPRETATIVA	63
5.3.1.3. COLISIÓN DE FUNCIONES DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	64
5.3.2. CONTROL CONCRETO PREVIO	71
5.3.3. CONTROL REPRESIVO Y ABSTRACTO PREVIO	74
5.4. LEGITIMACIÓN ACTIVA.....	75
5.4.1. LAS PARTES	76
5.4.2. EL JUEZ	79
5.5. QUE EL REQUERIMIENTO ESTÉ FUNDADO PLAUSIBLEMENTE	81
6. CONCLUSIONES	84
7. BIBLIOGRAFÍA.....	87

Universidad de Valparaíso
Chile



00160583