

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y CONTROL CONCRETO EN CHILE: ¿EVOLUCIÓN HACIA UN AMPARO IMPERFECTO?*

KAMEL CAZOR ALISTE*
RODRIGO PICA FLORES**

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la configuración del sistema de jurisdicción constitucional en Chile desde la creación del Tribunal Constitucional en 1970 hasta nuestros días, centrado en los cambios introducidos por la reforma constitucional de 2005, en específico, en la ausencia de amparo extraordinario y en el control concreto de efectos *inter partes*, su conceptualización, caracterización y evolución jurisprudencial hacia una tipología que puede ser denominada amparo imperfecto, que lo ha llevado a ser, bajo ciertos casos, un medio idóneo para la revisión de actos judiciales.

Palabras clave: Jurisdicción constitucional, control concreto de constitucionalidad, acción de inaplicabilidad, Tribunal Constitucional de Chile.

ABSTRACT

In this work is analyzed the configuration of the Chilean system of constitutional adjudication since Constitutional Court's creation in 1970 up to our days, specially the changes introduced by the 2005's constitutional amendments, specifically, in the absence of an extraordinary right's protection and in the inter partes's effect concrete control, its conceptualization, characters and jurisprudential evolution to a type which could be named "imperfect protection", transformed, under certain circumstances, in an useful remedy to review judicial resolutions.

Key words: Judicial Review, Constitutionality Control, Inapplicability Action, Chilean Constitutional Court.

I. CONTEXTO DEL ESTUDIO

Las exigencias procesales propias de una Constitución normativa, qué duda cabe, implican necesariamente la existencia de acciones y tribunales

* El presente artículo ha sido publicado en formato electrónico en la *Revista General de Derecho Constitucional, Iustel*, N° 7 (2009), España.

* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Católica del Norte, Chile. E-mail: cazor@ucn.cl

** Magíster en Derecho, Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central de Chile. E-mail: rpica@yahoo.es

especializados en resolver conflictos surgidos bajo su imperio. A partir del modelo concentrado de jurisdicción constitucional, uno de los grandes cambios del constitucionalismo en los últimos sesenta años ha sido la irrupción del control concreto de constitucionalidad, que, de la mano del amparo, ha acercado la justicia constitucional al ciudadano, permitiendo el acceso de las personas a los tribunales constitucionales.

En Chile, el modelo de control de constitucionalidad de normas ha vivido una interesante evolución a partir de la creación del Tribunal Constitucional, en el año 1970, como órgano de control preventivo, conviviendo –hasta el año 2005– con un control represivo *inter partes* que llevaba a cabo la Corte Suprema, con lo cual se generaba un *sui generis* modelo dual o híbrido de control, que, con la reforma de 2005, es modificado en orden a concentrar el control de normas en el Tribunal Constitucional (tanto de preceptos legales como infralegales). Sin embargo, hay que precisar que tal reforma no introdujo –salvo una excepción– mecanismos de amparo ante el Tribunal Constitucional, pero sí estableció que el control represivo *inter partes*, de preceptos legales, sería de carácter concreto, lo que ha permitido una naciente evolución del mismo hacia un instituto con caracteres propios del amparo, que denominaremos como amparo imperfecto o cuasi amparo.

Expresado en otros términos, después de la reforma de 2005, el Tribunal Constitucional de Chile posee la atribución exclusiva del control de constitucionalidad de los preceptos legales. Con ello, en esta esfera y especialmente en el control represivo de las leyes en vigor, se sitúa claramente dentro de los sistemas de jurisdicción constitucional concentrados, a la usanza europea (sistema kelseniano de justicia constitucional), como existen, por ejemplo, en Alemania, Italia y España. Una de las nuevas atribuciones que ha tomado mayor relevancia es la acción de inaplicabilidad (art. 93, N° 6, Constitución chilena), instancia que le demanda actualmente más del ochenta por ciento de su labor jurisdiccional, por ello se ha dicho que el Tribunal Constitucional se ha transformado prácticamente en un “órgano de inaplicabilidad”. Sin embargo, esta prolífica actividad jurisdiccional no ha estado ajena de dificultades, cuestión que claramente es un problema y despierta un enorme interés investigativo. Dentro de ellas, la de mayor relevancia, sin lugar a duda, es lo referente al amparo imperfecto o cuasi amparo, que en muchos casos está siendo encausado, por vía del control concreto de inaplicabilidad, como una verdadera instancia de tutela general de derechos fundamentales, asunto que, como demostraremos, está desnaturalizando este importante procedimiento de control de constitucionalidad de preceptos legales.

Por último, plantaremos las más importantes conclusiones del trabajo.

II. CONFIGURACIÓN DEL MODELO CONCENTRADO EN CHILE

1. Origen del Tribunal Constitucional en Chile.

Al término del mandato del presidente Eduardo Frei Montalva, en 1969, el Ejecutivo presentó un proyecto de reforma constitucional, que, finalmente, se materializó en la Ley N° 17.284, de fecha 23 de enero de 1970, por intermedio de la cual se creó un Tribunal Constitucional que recogía las inquietudes del mundo académico¹ y que, en varios aspectos, seguía el modelo del Consejo Constitucional de la V República Francesa, ya que su principal función era realizar un control preventivo de constitucionalidad de las leyes (sin facultades de control represivo), por lo que era un órgano que no se pronuncia sobre el Derecho vigente, sino sobre aquel que aún no lo es².

Sobre el particular hay que poner de relieve dos asuntos. Por una parte, que el origen del Tribunal Constitucional chileno, en 1970, es una respuesta al fortalecimiento del régimen presidencial y un intento de resolver los conflictos constitucionales generados a raíz de la invasión de atribuciones normativas por parte del Congreso³; y, por la otra, que “los mecanismos de control de constitucionalidad tienen como fin preservar la coherencia del sistema jurídico, proveyendo así a su eficacia”; esto se verifica, ya sea a través de controles abstractos, que al constatar el enfrentamiento entre las normas en conflicto evitan su aplicación simultánea, o por vía de controles de carácter concreto, a fin de superar conflictos que en el marco de un sistema jurídico se producen afectando situaciones jurídicas específicas⁴.

Nos interesa profundizar la perspectiva de las razones que generaron la creación del Tribunal Constitucional, sobre todo lo concerniente a los gra-

¹ Entre otros aportes de la comunidad académica para abogar por la creación de un Tribunal Constitucional podemos mencionar a Francisco Cumplido, quien en su obra “Teoría de la Constitución”, en 1958, había propuesto la creación de un Tribunal Constitucional; la labor de los profesores Jorge Guzmán Dinator y Alejandro Silva Bascuñán, en el conjunto de foros realizados en 1963 en la Biblioteca Nacional y recogidos en el texto “Vieja Sociedad, Nueva Constitución”; los aportes de los profesores Carlos Andrade Geywitz, en su obra “Elementos de Derecho Constitucional Chileno”, publicada por la Editorial Jurídica en 1963, y el trabajo del profesor Jorge Mario Quinzio, “Poder Judicial. Supremacía de la Constitución, constitucionalidad de la ley”, publicado por el Seminario de Derecho Público de la Universidad de Chile en 1965.

² RUBIO LORENTE, F., “La Jurisdicción Constitucional como Forma de Creación del Derecho”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 22 (1988), p. 12.

³ SILVA CIMMA, E., *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 38, Santiago, 2008, pp. 21-26. Ver también: VERDUGO MARINKOVIC, Mario, “Notas sobre el principio de la supremacía constitucional y los decretos supremos de ejecución”, en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 1 (2003), pp. 387-399.

⁴ HUERTA OCHOA, C., “La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos”, en: *Boletín Mexicano de Dererecho Compomparado*, N° 108, V. 36, México [visitado el 20.08.2008], <http://scielo.unam.mx/>

ves conflictos que se generaban entre los dos poderes colegisladores en el marco del régimen presidencialista existente. En efecto, la institución de la iniciativa legislativa exclusiva del Presidente de la República y la facultad de los parlamentarios de sugerir modificaciones (“presentar indicaciones”), con el límite de no exceder las ideas matrices de proyecto de ley, entrarán en pugna. Por la vía de las indicaciones misceláneas (aquellas no referidas a las ideas matrices) se intentará invadir la iniciativa exclusiva y, a través del instituto del veto legislativo, el presidente se defenderá de ello, insistiendo el Congreso cuando obtenga los quórum necesarios.

Frente a estas cuestiones de constitucionalidad que eran planteadas por el Ejecutivo al Congreso, por vía del veto presidencial, las cámaras sistemáticamente insistían, zanjándose en sede política y por la ley del más fuerte la cuestión de constitucionalidad, lo que muchas veces se traducía en la entrada en vigencia de normas legales contrarias a la Constitución por vicios de forma⁵. De ahí que al nuevo Tribunal Constitucional se le asignaran facultades de control contencioso y preventivo de constitucionalidad de la ley; facultades de control sobre decretos con fuerza de ley (legislación delegada); además de la posibilidad de pronunciarse sobre las inhabilidades de ministros de Estado, entre otras facultades; y, por último, poseía la atribución de conocer reclamos en contra del Presidente de la República, por no promulgar una ley o por promulgar un texto diverso al que constitucionalmente le correspondía.

Dicho Tribunal se encontraba integrado por cinco miembros, tres de ellos abogados designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado (uno de ellos, a lo menos, se debía desempeñar durante diez años como profesor universitario en la cátedra de Derecho constitucional o Derecho administrativo), y dos de ellos designados por la Corte Suprema, de entre sus integrantes.

Este primer Tribunal Constitucional dictó diecisiete sentencias antes de ser suprimido por la Junta Militar, mediante Decreto Ley N° 119, de 5 de noviembre de 1973, que invocaba como motivos que no estaba en funcionamiento el Congreso Nacional y considerarlo un órgano “innecesario”.

No es casualidad que el Tribunal Constitucional de esta etapa carezca de facultades de control represivo, pues este estaba entregado a la Corte Suprema desde la entrada en vigor de la Constitución de 1925. En efecto, el art. 86 de dicha Carta establecía que el denominado recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, un verdadero hito en el Derecho público chileno, que permitía a la Corte Suprema apreciar, solo con efectos *inter partes*, si las normas de rango legal se adecuaban a la Carta Fundamental, en el marco de juicios pendientes ante esa misma Corte o que se siguieren ante

⁵ Ver en este sentido: SILVA CIMMA, E., *El Tribunal Constitucional...*, p. 20.

otros tribunales. Atribución que fue mantenida por la Constitución de 1980 y rigió hasta el año 2006, con la entrada en vigencia de las reformas constitucionales del año anterior; sin embargo, es de máximo interés precisar que la Corte Suprema nunca entendió dicho control como uno de carácter concreto, además de que la Constitución no lo establecía expresamente de dicha forma.

En resumidas cuentas, con estas dos jurisdicciones constitucionales, se da origen a un sistema en el que es siempre un órgano especializado el que controla la constitucionalidad de las normas legales, ya sea este *a priori* o *a posteriori*, lo que denominaremos, de aquí en adelante, sistema o modelo “compartido”⁶.

2. El Tribunal Constitucional en la Carta de 1980.

El constituyente autoritario de 1980 estimó necesario reinstaurar el Tribunal Constitucional creado, originalmente y como ya se ha adelantado, en el año 1970, en el entendido de que este órgano constituye “un soporte esencial de la integridad del ordenamiento jurídico fundamental”. Con tal finalidad, se sostuvo que la naturaleza y trascendencia de la función que está llamado a cumplir el Tribunal Constitucional exigían que su composición tuviera un carácter eminentemente jurídico y no político, dotándolo de magistrados de gran solvencia moral e idoneidad que constituyeran, por lo mismo, la máxima garantía para el país⁷.

En ese contexto, el Capítulo VII de la Constitución creó un Tribunal Constitucional integrado, ahora, por siete miembros designados de la siguiente forma: tres magistrados de la Corte Suprema, elegidos por esta, por mayoría absoluta, en votaciones sucesivas y secretas; un abogado designado por el Presidente de la República; dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional; y un abogado elegido por el Senado por mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio.

Los ministros del Tribunal Constitucional durarían ocho años en sus funciones, renovándose por parcialidades cada cuatro años, siendo inamovibles en su cargo.

Por su parte, se confió a una ley orgánica constitucional (Ley N° 17.997) la regulación de la planta, remuneraciones y estatuto del personal del Tribunal Constitucional, así como su organización y funcionamiento.

La característica de este nuevo Tribunal Constitucional, que corresponde a la segunda etapa de su funcionamiento (1981-2005), como un órgano

⁶ CAZOR ALISTE, K., *La sumisión a Derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República*, Tomo II, Santiago, Ediciones Universidad Central, 2002, pp. 90 y ss.

⁷ Ver: *Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1980.

constitucionalmente autónomo, se veía reforzada por la disposición contenida en el art. 79 de la Constitución, en el sentido de que estaba excluido de la superintendencia directiva, correccional y económica que la Corte Suprema ejerce sobre todos los tribunales de la Nación.

En sus orígenes, este Tribunal fue altamente criticado, pues en el contexto de la Constitución autoritaria de 1980, este Tribunal era uno de los denominados “enclaves autoritarios”⁸ del régimen, garante de la Constitución rígida y con magistrados nombrados por el Consejo de Seguridad Nacional, órgano deliberativo de las instituciones armadas, establecido como un suprapoder en su texto originario. Se señaló incluso que “el Tribunal Constitucional es un órgano más de la estructura constitucional que pretende darle una apariencia democrática a un sistema político autocrático”⁹, y funcionó bajo ese esquema hasta el año 2005. En contra de todo lo que originalmente se pensó, es un lugar común señalar que el Tribunal Constitucional jugó un rol facilitador de la transición a la democracia, lo que se ha traducido en el fortalecimiento de sus atribuciones con la reforma de aquel año.

Este Tribunal recogía las potestades del anterior, agregando el control preventivo y obligatorio sobre las leyes orgánicas constitucionales creadas por la Carta de 1980, las leyes interpretativas de la Constitución, controles contenciosos y previos sobre proyectos de reforma constitucional, agregando también controles sobre decretos supremos del Presidente de la República, tanto del ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución como de la potestad reglamentaria independiente (art. 32, N° 8 –actual N° 6–, de la Constitución).

3. La reforma de 2005 en lo relativo al sistema de control de normas.

En el marco de la gran reforma constitucional de 2005, el Tribunal Constitucional sufre una serie de reformas que le adicionan potestades a las ya existentes y modifican su perfil orgánico, las que pueden sintetizarse del siguiente modo:

- Se amplía su número de integrantes de siete a diez: tres nombrados por el Presidente de la República; cuatro nombrados por el Senado, de los

⁸ Acerca de la trascendencia y significación de los enclaves autoritarios en la transición chilena, ver: GARRETÓN, Manuel Antonio, *Hacia una nueva política. Estudios sobre las democratizaciones*, Santiago, Fondo de Cultura Económica, 1995.

⁹ Para un detalle específico y sistematizado acerca de este tema, ver el trabajo de ZÚÑIGA URBINA, Francisco, “Derechos humanos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-1989: el pluralismo político e ideológico en Chile”, en: *Ius et Praxis*, vol. 9, N° 1 (2003), pp. 259-279.

cuales dos son por libre elección de este, y los otros dos a propuesta de la Cámara de Diputados; finalmente, tres miembros designados por la Corte Suprema. Cada uno de estos magistrados durará nueve años en sus funciones, quedando afectos a un régimen de incompatibilidades más estricto.

- Se confía a la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional la regulación de su organización, funcionamiento, planta de personal, régimen de remuneraciones y estatuto de su personal, lo mismo que lo referido a los procedimientos inherentes a sus competencias.
- Se unifica en una sola jurisdicción –esto es, en la competencia atributiva que le asigna el art. 93 de la actual Carta– el control preventivo y posterior de la constitucionalidad de la ley. Para estos efectos, el conocimiento y resolución de los recursos de inaplicabilidad, antigua competencia de la Corte Suprema, pasa al Tribunal Constitucional y se establece una nueva acción para declarar inconstitucional, con efectos generales, un precepto legal que previamente haya sido declarado inaplicable, ya sea procediendo de oficio o mediante el ejercicio de una acción pública.
- Se abre la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de autos acordados (normas infralegales) dictados por los tribunales superiores de Justicia (Corte Suprema y Cortes de Apelaciones) y por el Tribunal Calificador de Elecciones.
- Se amplía el control preventivo obligatorio de constitucionalidad a las normas de un tratado que versen sobre materias de ley orgánica constitucional.
- Se unifica en una sola disposición constitucional la competencia del Tribunal para examinar la constitucionalidad de los decretos supremos del Presidente de la República, ya sea que hayan sido dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución o de la potestad reglamentaria independiente del Presidente de la República.
- Se introduce explícitamente en la Constitución el efecto que produce la sentencia del Tribunal Constitucional que acoge la inconstitucionalidad de un auto acordado de los tribunales superiores de justicia o del Tribunal Calificador de Elecciones, de un decreto con fuerza de ley o de un precepto legal declarado previamente inconstitucional. En tales casos, el precepto se entenderá derogado desde la fecha de publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo.

El traspaso de la competencia para conocer y resolver de la acción de inaplicabilidad de la Corte Suprema al Tribunal Constitucional, conjuntamente con las otras atribuciones conferidas por la reforma constitucional, ha significado uno de los cambios más importantes a la actual Carta Funda-

mental. En palabras del profesor chileno Francisco Zúñiga, una “ampliación notable de su competencia y racionalización de sus decisiones y sentencias”¹⁰, al punto que incluso se ha hablado de un Nuevo Tribunal Constitucional, en atención a su integración y a sus competencias¹¹. Es por ello que, en esta materia, no se puede analizar el actual instituto de inaplicabilidad sin referirnos a los fundamentos de la reforma del sistema de control de constitucionalidad chileno de preceptos legales.

En este contexto, las reformas de 2005 (Ley N° 20.050) claramente se encuentran inspiradas, por una parte, en la ineficacia de la antigua acción de inaplicabilidad¹² que conocía la Corte Suprema, y, por otra, la cuestionada gestión del Tribunal Constitucional en las postrimerías del régimen militar y durante los primeros años del régimen democrático. El efecto particular o *inter partes* de la sentencia estimatoria de inaplicabilidad fue tradicionalmente uno de sus puntos más claramente criticados; de ahí que, como se verá más adelante, se instaura una acción directa de inconstitucionalidad (art. 93, N° 7, Constitución chilena), sometida a un conocimiento abstracto, de efectos *erga omnes* y *ex nunc*, que tiene como presupuesto la declaración de inaplicabilidad, en un binomio que no es común en ningún sistema de control concentrado, y que, muy parcialmente, se asimila solo al sistema portugués en algunos aspectos, como la dualidad control concreto y particular con control abstracto y *erga omnes*¹³.

De lo dicho hasta ahora, se desprende claramente que se ha dejado atrás, en lo relativo al control de normas, el modelo de control “compartido”, y se ha pasado a un modelo concentrado propiamente tal en lo relativo al control de constitucionalidad de la ley¹⁴, dentro del que coexisten controles preventivos obligatorios, controles preventivos facultativos-contenciosos (que son los que ya existían antes de la reforma), controles concretos y de efectos *inter partes* (acción de inaplicabilidad), y controles abstractos y de efectos *erga*

¹⁰ ZÚNIGA URBINA, Francisco, “Refundación del Tribunal Constitucional”, en: *La Semana Jurídica*, 19 al 25 de junio de 2006, Santiago, LexisNexis.

¹¹ RÍOS ÁLVAREZ, L., “El nuevo Tribunal Constitucional”, en el libro colectivo ZÚNIGA URBINA, Francisco, *Reforma Constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2005, pp. 627-650.

¹² Ver, sobre este punto, el trabajo de GÓMEZ BERNALES, G., “La jurisdicción constitucional: funcionamiento de la acción o recurso de inaplicabilidad. Crónica de un fracaso”, en: *Foro Constitucional Iberoamericano*, N° 3 (2003), Universidad Carlos III de Madrid (visitado 5 de enero de 2009), <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-03indice.htm>

¹³ Ver, a este respecto, MOREIRA CARDOSO DA COSTA, José Manuel, “Tópicos sobre competencias e integración del Tribunal Constitucional de Portugal”, en: *Ius et Praxis*, vol. 8 (2002), pp. 327-332.

¹⁴ En un sentido diverso, en orden a que el juez de la instancia sí podría declarar inaplicable un precepto legal cuando tiene convicción suficiente acerca de su inconstitucionalidad, ver: MARTÍNEZ ESTAY, J. I., “Recurso de Inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y juez ordinario en la reforma constitucional”, en: el libro colectivo dirigido por NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La Constitución reformada de 2005*, Santiago, Librotecnia, 2005.

omnes (la nueva cuestión de inconstitucionalidad, toda una innovación en nuestro Derecho), todo ello en manos del que en Chile se ha denominado el nuevo Tribunal Constitucional¹⁵. En efecto, se consolida y perfecciona el sistema de control de constitucionalidad de las leyes, que, como ya se ha dicho, además de concentrar todas las facultades de control de constitucionalidad de la ley en el Tribunal Constitucional, tanto *ex ante* como *ex post*, le introdujo importantísimas reformas a la acción de inaplicabilidad, en orden a dejar en claro su carácter concreto y a establecer en la Carta Fundamental sus requisitos de admisibilidad, lo cual ha significado un paso de tal magnitud que incluso nos atrevemos también a hablar de una Nueva Acción de Inaplicabilidad, como control de constitucionalidad de aplicación de normas en el marco de un juicio y de efectos dentro del mismo, a requerimiento de las partes o del juez de la causa. Ello, nos atreveríamos a decir, se ha traducido en que estamos en presencia de un verdadero “Tribunal de Inaplicabilidad”, pues el acceso a la justicia constitucional de control de normas, por esta vía, ha significado que, el año 2008, de 276 asuntos conocidos por el Tribunal, 235 fueran causas de este tipo; el año 2007 fueron 280 de 320 y el año 2006 la proporción fue de 206 de 236 causas.

En lo relativo al control *a posteriori*, la reforma estableció finalmente, como ya se dijera, una acción de inaplicabilidad concreta y, por otra parte, un control abstracto de inconstitucionalidad, en donde no hay litigio alguno en el que se aplique la norma, con efectos *erga omnes* y por vía de acción pública, la que solo nace al ocurrir su primer presupuesto, esto es, que el precepto en contra del cual se dirige haya sido previamente declarado inaplicable.

A fin de sintetizar y aun a riesgo de simplificar demasiado el análisis, podemos decir que el juicio de constitucionalidad de los preceptos legales en vigor, tanto de inaplicabilidad como de inconstitucionalidad, se encuentra radicado exclusivamente su conocimiento en el Tribunal Constitucional, en cuyo caso la inaplicabilidad se traduce en la admisibilidad o presupuesto necesario para que pudiere prosperar –eventualmente– la acción de inconstitucionalidad. A diferencia, por ejemplo, de lo que acontece en España, en que la admisibilidad se encuentra precedida de un proceso ordinario o proceso *a quo*, radicado exclusivamente en el juez ordinario, quien precisamente suscita la cuestión, y lo hace porque, en un proceso del que conoce, le surge la duda de constitucionalidad respecto de normas con fuerza de ley, en una clara perspectiva de control concreto (en el artículo 163 de la Carta española, se establece: “Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo,

¹⁵ Ver en este sentido el ya citado trabajo del profesor RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, *Reforma Constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2005.

pueda ser contraria a la Constitución...”). Tal cuestión desencadena, a su vez, la apertura de otro proceso, el proceso *ad quem*, ante el Tribunal Constitucional, cuyo objeto es verificar la constitucionalidad de las reglas cuestionadas con el carácter de control abstracto con efectos *erga omnes*, en la medida que “el Tribunal se sitúa ya frente al control abstracto de la norma, desvinculado, al menos formalmente, del caso concreto en el que se suscitó la cuestión”¹⁶. Especialmente trascendente para la realidad constitucional chilena, eso sí, es la intensa labor que le cabe al juez ordinario español en este campo de control, pues en nuestro país existe la nueva legitimación activa del tribunal de la causa (“juicio incidental de inconstitucionalidad”), asunto que posibilita al tribunal ordinario elevar a la verificación del Tribunal Constitucional todo precepto legal que existan dudas de su constitucionalidad. Por ello, es necesario destacar, como una de las grandes innovaciones respecto de la inaplicabilidad, la legitimación activa que ahora posee el tribunal de la causa en que se plantea el conflicto, lo que significa que el juez de la gestión, en que incide un precepto legal que le parece inconstitucional, puede recurrir al Tribunal Constitucional para que decida previamente el conflicto de constitucionalidad, y recién en caso de obtener una declaración favorable podrá este juez ordinario inaplicar el precepto.

Lo anterior significa claramente que el control de constitucionalidad de la ley quedó concentrado única, exclusiva y excluyentemente en el Tribunal Constitucional; quedando los tribunales ordinarios, a su vez, solo con la competencia para ejercer su tutela jurisdiccional en la esfera de los derechos fundamentales, como acontece al conocer el hábeas corpus (art. 21 de la Constitución) y la acción de amparo o protección (art. 20 de la Constitución)¹⁷, que se basan esencialmente en infracciones a la ley o a la interdicción de la arbitrariedad, que en ambos casos tienen como causa el agravio de derechos fundamentales.

A este respecto, es necesario recordar que dentro de la clásica diferenciación de las ramas de la justicia constitucional planteada por Mauro Cappeletti a mediados del siglo XX y sus posteriores desarrollos, es una premisa básica distinguir las dos principales divisiones de esta disciplina:

- la jurisdicción constitucional de control de normas.
- la jurisdicción constitucional de derechos fundamentales.

¹⁶ PÉREZ TREMPES, Pablo, “La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español”, en: *Estudios Constitucionales*, N° 1 (2005), p. 139. Aun cuando destaca que la necesaria conexión con el caso concreto, también Balaguer Callejón reconoce el carácter abstracto de este enjuiciamiento de constitucionalidad, ver: BALAGUER CALLEJÓN, Francisco y otros, *Derecho Constitucional*, Tomo II, Madrid, Tecnos, 2005, p. 240.

¹⁷ Todo ello, sin perjuicio de otras acciones de tutela de derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios que ha establecido el legislador; por ejemplo, la recientemente creada acción de tutela laboral (arts. 485 y siguientes del Código del Trabajo chileno).

Los tribunales constitucionales europeos tienen atribuciones enmarcadas en ambas ramas, y el control de resoluciones judiciales cabe dentro de la segunda (en España en el caso del amparo extraordinario y en Alemania por la vía de la queja constitucional), motivadas básicamente por violación de garantías constitucionales de orden procesal. En este contexto, se puede afirmar que el sistema resultante en Chile tiene algunas similitudes con el italiano, “aunque agravada, pues los jueces ordinarios chilenos tutelan directamente los derechos fundamentales”¹⁸, por las vías antes señaladas, a lo que se agrega que tampoco existen medios compulsivos para imponer la *ratio decidendi* de las sentencias de control concreto a los tribunales ordinarios por parte de la jurisdicción constitucional. Cabe señalar, eso sí, que existe –entre otras importantes– una diferencia notable con el caso italiano: el ya señalado efecto *inter partes* de la sentencia de inaplicabilidad, que facilita el juicio, mitiga las consecuencias y es de mayor coherencia con un modelo de control concreto, en la medida de que si es el efecto de la norma en el caso particular la fuente de la inconstitucionalidad, será coherente que el efecto de la sentencia sea solo para ese caso.

A partir de este prisma, la diferenciación del control de normas y el aseguramiento de derechos, en el caso español, como bien es sabido, se traduce en que las acciones para poner en movimiento la jurisdicción constitucional son diferentes (recurso y cuestión de inconstitucionalidad, por una parte, y amparo, por la otra), con objetos y efectos distintos, por lo que su diferenciación teórica y pedagógica resulta sencilla. En efecto, como ya algo se ha dicho, ello se traduce en que los controles de constitucionalidad de la ley en España son de orden abstracto y el control de aplicación de normas por el juez –en la praxis– se realiza en sede de amparo, en el cual lo que se declara inconstitucional es una o más resoluciones judiciales, y en el caso de constatarse que la inconstitucionalidad está en la norma habilitante y no en el acto de aplicación, el Tribunal Constitucional puede plantear de oficio la denominada “autocuestión” de constitucionalidad de conformidad al art. 55.2 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional español, es decir, además del amparo, de oficio realiza un examen abstracto de constitucionalidad de la ley habilitante.

En el sistema de jurisdicción constitucional chileno, el Tribunal Constitucional posee, en este orden de materias, solo facultades de control de normas, ya que no existe, por regla general, en su competencia el amparo extraordinario de derechos fundamentales. Por ello, además, nuestro Tribunal Constitucional carece de facultades de control de resoluciones judicia-

¹⁸ BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “La tutela de los derechos fundamentales”, en: BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Santiago, LexisNexis, 2006, p. 45.

les, pues todo lo concerniente a declarar la validez o invalidez de resoluciones y actos jurisdiccionales corresponde exclusivamente a los tribunales ordinarios (art. 76, de la Constitución).

Antes de entrar a analizar el problema central que motiva el presente estudio, es necesario abordar, brevemente, las principales características de la acción de inaplicabilidad. Para luego hacer frente a los siguientes interrogantes: ¿Cuestión de constitucionalidad concreta con soluciones abstractas? ¿Hacia un cuasi amparo o amparo imperfecto?

III. LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY: INCORPORACIÓN DEL CONTROL CONCRETO EN CHILE Y LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE ELLO

1. Breve caracterización de la acción de inaplicabilidad.

El artículo 93, N° 6, de la Carta Fundamental señala que es atribución del Tribunal Constitucional:

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

Luego, en el inciso 11 del mismo artículo 93 se hace referencia a los siguientes puntos:

- Sobre la legitimación activa:
“la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto”.
- Acerca de la resolución de su admisibilidad:
“Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión”.
- En torno a los requisitos de admisibilidad:
“que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”.
- Respecto a la suspensión del juicio en que incide:
“esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”.

Del texto constitucional citado se derivan una serie de características, a saber:

- a) Es una competencia privativa y excluyente del Tribunal Constitucional.
- b) Es una acción, que tiene una pretensión específica, esto es, que no se aplique un precepto legal a una causa pendiente. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia roles acumulados N°s 608, 609, 610, 611, 612, entre otras, que “la competencia específica que obliga al Tribunal a conocer lo que se le pide y resolver solamente lo debatido, constituye un principio informador básico y una garantía para los sujetos del proceso”.
- c) Es un control concreto, pues lo pretendido es la inaplicación de una ley a un caso concreto, por resultar ello contrario a la Constitución. Asunto que nos permite concluir que se trata de un proceso puramente concreto (así lo dice expresamente la Constitución, en el numeral 6° del art. 93, al hacer presente lo relativo a “la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”), lo que exige un acto de aplicación y un resultado producido por el precepto legal que se declara inconstitucional.
- d) Produce efectos *inter partes*.
- e) Procede por vicios de constitucionalidad de fondo o de forma, como el Tribunal Constitucional lo ha señalado en la sentencia roles acumulados N°s 608, 609, 610, 611, 612, entre otras, en orden a que “(...) el que en uno o más casos determinados se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá igual declaración, característica que cobra mayor importancia cuando se trata de una inconstitucionalidad de fondo y cuya trascendencia decae tratándose de defectos en la formación del precepto impugnado, pues resulta obvio que si en determinado caso la inaplicabilidad se acoge por estimarse que el precepto impugnado adolece de inconstitucionalidad de forma, disminuirá la importancia del caso concreto y la declaración de inaplicabilidad adquirirá una dimensión más general (...)”.
- f) La sentencia que estima el requerimiento obligaría al Tribunal que resuelve la gestión pendiente a inaplicar el precepto legal impugnado, y a la inversa, la sentencia que desestima, no obliga al juez a aplicar el precepto impugnado, no porque tenga facultades de control difuso, sino porque la determinación de la legislación aplicable la hace el juez del fondo al resolver el asunto; como la inaplicabilidad es un control previo a la decisión, es posible que la norma impugnada, finalmente, no sea de aplicación al caso.

- g) La legitimación activa corresponde al juez y a las partes de la gestión judicial en que incide el requerimiento.
- h) La declaración de admisibilidad es de competencia de una de las salas del Tribunal, y la resolución del fondo es del pleno, previa declaración de admisibilidad del requerimiento.
- i) Es un control de aplicación previa, pues siendo un control de carácter concreto, requiere que el juicio en el que incide esté pendiente, pues se realiza antes de sentenciar y no con el proceso concluido.

2. ¿Cuestión de constitucionalidad concreta con soluciones abstractas?

Frente a la carencia en la competencia atributiva del Tribunal Constitucional para conocer de las acciones de amparo extraordinario y para revisar resoluciones judiciales, en un sistema en que la justicia constitucional de derechos fundamentales corresponde solo a los tribunales ordinarios, uno de los grandes dilemas que se deben enfrentar –con un hasta ahora incipiente desarrollo doctrinal– es tratar de establecer una frontera clara entre el control concreto de constitucionalidad, en tanto control de los efectos de aplicación de la norma, y el control de constitucionalidad de resoluciones judiciales;¹⁹ ya que si bien aparece solo como un control concreto de normas, dicha caracterización exige determinadas hipótesis de aplicación, que en el marco de un proceso no son sino las resoluciones judiciales.

Sobre este capital tema que, ni más ni menos, pretende descifrar la delimitación entre las potestades de la jurisdicción constitucional y la jurisdicción común, poco se ha escrito. Dentro de este contexto se ha señalado que “ya no se trata solo de un órgano que, en el campo del control de constitucionalidad, realiza un control a preceptos, sino que también a la actividad jurisdiccional. De lo contrario no se entiende como [sic] debería pronunciarse sobre la aplicación de un precepto, y no sobre el precepto mismo. La única forma de operación posible, en términos lógicos, de este control, es que exista un acto de aplicación (idea congruente con la de un recurso en que lo que verdaderamente se está examinando es el actuar del órgano recurrido)”²⁰.

A la hora de fijar el límite, el propio Tribunal ha emitido abundante jurisprudencia, declarando que la acción de inaplicabilidad no es un medio

¹⁹ Ver, en este sentido, el trabajo de NÚÑEZ POBLETE, M. A., “El control de la igualdad en la aplicación de la ley como factor de expansión del control concreto de constitucionalidad de las leyes”, en: *Sentencias destacadas de 2007*, Santiago, Instituto Libertad y Desarrollo, 2008, pp. 123-161.

²⁰ ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “La reforma constitucional del año 2005 desde la teoría del Derecho y la teoría de la Constitución”, en: *Revista de Derecho Público*, N° 69 (2007), pp. 35-44.

de impugnación de decisiones jurisdiccionales²¹, que no permite al Tribunal Constitucional ordenar que “una causa sea conocida conforme a determinados preceptos legales”²², ni revisar “la eventual aplicación incorrecta o abusiva” de un precepto “que pudiera efectuar un tribunal”²³, agregando que por esta vía tampoco es posible reemplazar a los jueces del fondo en la determinación de la aplicación de las leyes en el tiempo²⁴. Sin embargo, al mismo tiempo, se ha afirmado que la inaplicabilidad no es un instrumento idóneo para revisar lo fallado en un caso concreto.

Si bien el Tribunal ha reafirmado de manera expresa el carácter concreto de este tipo de control, los razonamientos contenidos en las sentencias son más bien de un carácter reconociblemente abstracto, salvo algunos casos puntuales, lo que ha sido ya tratado de manera crítica por la doctrina nacional²⁵.

Sobre este punto, se ha señalado de manera profusa por parte del Tribunal, que “la inaplicabilidad cumple la función de impedir que la parte que la invoca en el caso concreto del que conoce un tribunal, se vea afectada por un precepto legal cuya aplicación a ese caso particular resulte evidentemente contraria a la Constitución y, especialmente, a los fines perseguidos por esta. De allí que en este instituto procesal –además del juez y de las partes– comparecen tres elementos de cotejo necesarios para su decisión, a saber: la norma constitucional, el precepto legal cuya inaplicación se solicita y –lo más específicamente decisivo– el examen particular acerca de si, en ese caso, la aplicación del precepto cuestionado pudiera generar efectos opuestos a la finalidad implícita de aquella”²⁶. Es en dicho orden que a partir de la sentencia del

²¹ Véanse, entre otras, las resoluciones de inadmisibilidad dictada en las causas roles 794-07, de 12 de junio de 2007; 841-07, de 13 de septiembre de 2007; 840-07, de 6 de septiembre de 2007; 842-07, de 4 de octubre de 2007; 947-07, 11 de octubre de 2007; 1008-07, 13 de diciembre de 2007; y 1018-07, de 27 de diciembre de 2007. Todas las resoluciones del Tribunal Constitucional chileno, de inadmisión y de fondo, están disponibles en su página web, www.tribunalconstitucional.cl

²² Ver sentencia del proceso rol 806-07, de 11 de diciembre de 2007, Considerando 5°.

²³ En la sentencia rol 794-07, de 12 de junio de 2007, se indica: “Que la aplicación de un precepto legal que resulte contrario a la Constitución y que corresponde apreciar al Tribunal Constitucional al conocer de una acción de inaplicabilidad, no es la eventual aplicación incorrecta o abusiva de dicho precepto que pudiere efectuar un tribunal, la que corresponderá corregir a través de los diversos recursos que contemplan las leyes de procedimiento, sino la aplicación de dicho precepto, que rectamente interpretado y entendido infringe la Carta Fundamental” (Considerando 6°).

²⁴ Ver sentencia rol 790-07, de 11 de diciembre de 2007, Considerando 28°.

²⁵ En este sentido, ver, por ejemplo, trabajo de GÓMEZ BERNALES, G., “Fuero y desafuero en las sentencias del Tribunal Constitucional”, en: *Sentencias destacadas de 2006*, Santiago, Instituto Libertad y Desarrollo, 2007. Aquí este autor comenta las sentencias roles 478, 529 y 533, de agosto y septiembre de 2006, señalando que estamos en presencia de juicios abstractos, lo que resulta particularmente interesante a la luz de las sentencias roles 811, 806 y 596, expedidas aproximadamente 6 meses después, que sí se basan en las circunstancias del caso concreto.

²⁶ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, “Trascendencia de la reforma constitucional en la fisonomía y las atribuciones del Tribunal Constitucional”, en: *Estudios Constitucionales*, N° 1 (2005), p. 77, citado, por ejemplo, en las sentencias de los procesos roles 478, 539 y 533, entre otras.

proceso rol N° 546, de 17 de noviembre de 2006, el Tribunal declara que “en sede de inaplicabilidad, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto y no necesariamente en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional” y que, una vez declarado inaplicable un precepto, “ello no significa que siempre este sea *per se* inconstitucional, sino que, únicamente, en el caso concreto dentro del cual se formula el requerimiento, dicha norma legal impugnada no podrá aplicarse por resultar, si así se hiciere, contrario a la Constitución” (Considerando 3°, del voto de rechazo).

En el mismo sentido, en la sentencia rol N° 654, de fecha 30 de mayo de 2007, relativo al artículo 24 N° 4 de la Ley de Quiebras, el Tribunal resolvió que para resolver los reproches de inconstitucionalidad del precepto “en su aplicación a la gestión pendiente de que se trata, es menester determinar si dicha aplicación es susceptible de producir efectivamente un resultado inconstitucional”.

Se debe entender por control concreto, a la luz de lo mencionado en la doctrina, “aquel que quiere decirse producido en el seno de un litigio o proceso real y verdadero, de modo que aunque el conocimiento y la decisión de este proceso no se remita al Tribunal Constitucional en el juicio de constitucionalidad que a este corresponde, pesará, inevitablemente, la dialéctica del caso concreto, que entra ya dentro del característico cuadro mental de la justicia”²⁷; *a contrario sensu* del control abstracto, en el que puede no haber juicio en el que el precepto controlado incida y en el cual el juicio de constitucionalidad está desligado de toda hipótesis de aplicación²⁸. Del mismo modo, como ya se ha dicho, “los mecanismos de control de constitucionalidad tienen como fin preservar la coherencia del sistema jurídico, proveyendo así a su eficacia”, esto se verifica, ya sea a través de controles abstractos, que al constatar el enfrentamiento entre las normas en conflicto evitan su aplicación simultánea, o por vía de controles de carácter concreto, a fin de superar conflictos que en el marco de un sistema jurídico se producen afectando situaciones jurídicas específicas²⁹.

En Chile, si se examina la doctrina existente acerca de la conceptualización del control concreto, se encuentra la desarrollada por el profesor Lau-

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, p. 139 (sobre esta idea, dicho autor cita la doctrina alemana, en específico a K. A. Bettermann, “Die konkrete normenkontrolle und sonstige gerichtsvorlagen”, en: *Bundesverfassungsgericht*, i, pp. 323 y ss.).

²⁸ Sobre el control abstracto ver: CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema Europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 97-125.

²⁹ HUERTA OCHOA, C., “La acción de inconstitucionalidad...”.

taro RÍOS, ya aludida en la jurisprudencia del Tribunal, que es el lugar común a la hora de esbozar un concepto.

Respecto del carácter concreto de la inaplicabilidad, ya hemos observado lo que el Tribunal Constitucional chileno ha señalado en sus sentencias. Sin embargo, en la mayoría de las inaplicabilidades declaradas, los razonamientos han sido de carácter abstracto, en la medida que se fundan en la norma controlada desprovista del caso y su aplicación en el mismo³⁰. Sobre las características del control concreto de constitucionalidad que se ejerce vía acción de inaplicabilidad, también se ha dicho por el Tribunal que esta “no impide que, en un mismo juicio de constitucionalidad, un precepto sea declarado constitucional en abstracto e inconstitucional en su aplicación concreta. En la sentencia rol núm. 707 –se agrega– la legitimación constitucional abstracta de una ley, juzgada en función de los fines perseguidos por el legislador, no es obstáculo para declarar, al mismo tiempo, su inaplicabilidad concreta por producir efectos contrarios a la Constitución en el caso *sub lite*”³¹.

No obstante lo anterior, por otra parte, el efecto *inter partes* de la sentencia de inaplicabilidad ha abierto la posibilidad cierta de que, en hipótesis de un real control concreto, esta se transforme en un amparo imperfecto o un cuasi amparo, cuestión que nos ocupará en las páginas que siguen.

3. ¿Hacia un cuasi amparo o amparo imperfecto?

El denominado “cuasi amparo” vendría a hacer referencia a un efecto anómalo de la sentencia de inaplicabilidad, fenómeno que, tempranamente, fue puesto en evidencia en Chile por el profesor FRANCISCO ZÚÑIGA, al establecer una comparación del sistema de control chileno con el sistema español. En esta primera aproximación –que dicho autor no denomina precisamente cuasi amparo– se señala que la sentencia de inaplicabilidad “posee un formidable efecto o alcance en la decisión que el tribunal ordinario o especial está llamado a adoptar, ya que tratándose del precepto legal inaplicable de Derecho material al caso específico, y si el asunto contare con sentencia definitiva (o incluso sentencia interlocutoria), se produce un alcance revocatorio de la sentencia dictada en primera instancia si el asunto se encontrare en sede de apelación y un alcance casatorio de la sentencia si el asunto se encontrare en sede de casación. Por ello decimos que el Tribunal Constitucional deviene en ‘tribunal de supercasa-

³⁰ Véanse, por ejemplo, las sentencias roles 472, de 30 de agosto de 2006; 478, de 8 de agosto de 2006; y 986 de 30 de enero de 2008.

³¹ NÚÑEZ POBLETE, M., *op. cit.* No obstante ello, y como se verá más adelante, aun cuando pudiere estar relacionado más bien con control abstracto, el Tribunal Constitucional también se ha referido a los vicios de forma en materia de inaplicabilidad.

ción' y se sitúa en un plano funcional de supraordenación frente al Poder Judicial y a la Justicia Electoral"³².

Es decir, por vía del control y declaración de inaplicabilidad, el sustento de una decisión judicial ya adoptada desaparece y, como se requiere que el juicio esté pendiente, el tribunal de segunda instancia o de casación debe fallar acorde con la sentencia de inaplicabilidad, que opera como una suerte de amparo frente al tribunal de la causa, invalidando de manera indirecta un acto judicial que, en principio, no es revisable por el Tribunal Constitucional. Lo que trae como efecto que en el proceso en el cual incide la declaración de inaplicabilidad, puede ser dejado sin efecto o debe ser fallado de la forma establecida en tal sentencia.

En este sentido, la declaración de inaplicabilidad *inter partes* tiene por efecto alterar la legislación aplicable al conflicto en el marco del cual se produjo la cuestión, pues lo que en principio era una norma que debía ser puesta en movimiento para ser aplicada, pierde su relación y su imperio respecto del caso particular, produciéndose –lo que denominaremos en lenguaje convencional– un vacío normativo, que es necesario cubrir de la forma que el sistema de fuentes establezca.

El Tribunal Constitucional lo ha conceptualizado expresamente en las sentencias roles N°s 608, 623, 781 y 535. En efecto, ha dicho sobre el particular lo siguiente: “el efecto exclusivamente negativo de la declaración de inaplicabilidad, traducido en que, declarado por esta Magistratura que un precepto legal preciso es inaplicable en la gestión respectiva, queda prohibido al tribunal que conoce de ella, aplicarlo”.

La sentencia estimatoria de inaplicabilidad en este caso altera la ley conforme a la cual se resolverá el caso, lo que priva a una sentencia de primera instancia o a un proceso en trámite de la normativa habilitante para su expedición, invirtiendo totalmente su paradigma de legitimidad constitucional, pasando el juicio, o también el acto que lo motiva, a ser ilegítimo de forma consecencial a la dictación de la sentencia de inaplicabilidad.

Frente a los cuestionamientos que ello puede significar, cabe agregar que, en principio, en el sistema italiano (uno de los mejores ejemplos de control concreto) “no existe ninguna anomalía si por efecto de la declaración de inconstitucionalidad de la ley en la que se basa la demanda formulada (o la excepción del demandado que puede paralizarla) la causa es vencida por la parte que con base a la ley vigente en el momento de la interposición de la demanda no habría tenido el derecho de su parte”³³.

³² ZUÑIGA URBINA, “La refundación del Tribunal...”.

³³ PIZZORUSSO, A., “La Justicia Constitucional en Italia”, en: *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, N° 4 (1999), Madrid, p. 166. También disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/4/est/est6.pdf> (visitada el 5 de enero de 2009).

En el caso chileno, como se verá, este resultado indirecto ha significado dejar sin efecto procesos penales; revertir juicios laborales con sentencia de primera instancia dictada; establecer las responsabilidades de las agencias de turismo por la venta de pasajes de líneas aéreas cuando estas no responden; alterar los requisitos de la libertad provisional en juicios por delitos tributarios; y obtener la devolución de dineros retenidos por el Estado debido a deudas con la Hacienda Pública³⁴.

Por otra parte, todos los requerimientos presentados han sido fundamentados, en lo medular, en vicios de fondo referidos a derechos fundamentales, y aun cuando el Tribunal ha señalado específicamente la procedencia del requerimiento por vicios de forma, en orden a que “el que en uno o más casos determinados se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá igual declaración, característica que cobra mayor importancia cuando se trata de una inconstitucionalidad de fondo y cuya trascendencia decae tratándose de defectos en la formación del precepto impugnado, pues resulta obvio que si en determinado caso la inaplicabilidad se acoge por estimarse que el precepto impugnado adolece de inconstitucionalidad de forma, disminuirá la importancia del caso concreto y la declaración de inaplicabilidad adquirirá una dimensión más general”³⁵.

Ello no resulta raro, pues si el particular puede impetrar esta tutela cuando la aplicación de la norma le produce un resultado contrario a la Constitución, para la parte del juicio, el mismo usualmente solo podrá ser un derecho fundamental, no resultando sencillo configurarlo a partir de un vicio de forma, aun cuando ello ha ocurrido en causas sobre la constitucionalidad de los denominados “jueces tributarios delegados”, establecidos en el derogado artículo 116 del Código Tributario, en virtud del cual el juez natural de primera instancia (director regional de Impuestos Internos, órgano administrativo encargado de la recaudación) podía delegar sus facultades jurisdiccionales. Invocando la legalidad de la jurisdicción y su indelegabilidad, el Tribunal Constitucional señaló que si esta “solo puede ejercerse por los tribunales establecidos por la ley, sean ordinarios o especiales, toda persona que pretenda desempeñarse como juez de esos tribunales, sin haber sido instituida por el legislador, sino que por un mero acto administrativo, se constituye en una comisión especial expresamente prohibida por la Carta Fundamental”³⁶. En este tipo de causas el fenómeno del cuasi amparo es

³⁴ Ver sentencias roles 767, 781, 980, 728 y 808.

³⁵ Ver, entre otras, sentencias roles 588, de 26 de julio de 2007; 589, de 21 de agosto de 2007; y 741, de 30 de octubre de 2007.

³⁶ Ver, por ejemplo, sentencia de 30 de agosto de 2006, rol N° 472 y, en similar sentido, sentencias roles 502, 515, 520, 525, 526, 527, 528, 547, 554, 555, 566, 569, 574, 595, 604, 605, 606, 613, 614, 627, 628, 629, 630, 635, 636, 639, 640, 641, 642, 647, 657 y 658.

bastante claro, pues la inaplicabilidad fue planteada y acogida cuando el juez delegado ya había fallado y resuelto la primera instancia, encontrándose las causas en sede de apelación o de casación; es decir, la inaplicabilidad no operó como control anterior a la aplicación del precepto, sino derechamente con posterioridad a la misma.

IV. ANÁLISIS DE CASOS PARADIGMÁTICOS DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD COMO AMPARO IMPERFECTO

1. Procesos penales por delitos contenidos en leyes en blanco.

Como precisión previa, cabe señalar que en la Constitución chilena existe la proscripción de las leyes penales en blanco, pero se ha entendido que ello no es absoluto, atendido el enunciado de la norma que lo establece, lo que ha llevado a que el Tribunal Constitucional haya emitido varios pronunciamientos al respecto, tanto en controles preventivos como en juicios de inaplicabilidad. Entre otras, en las sentencias roles N°s 24, de 4 de diciembre de 1984, y 468³⁷, de 9 de diciembre de 2006, el Tribunal consideró que las leyes penales en blanco están permitidas dentro de un marco específico.

Sin embargo, en el proceso de inaplicabilidad fallado por sentencia de fecha 27 de septiembre de 2007, rol N° 781, el Tribunal acogió la impugnación planteada en contra del mismo precepto legal cuestionado en el ya aludido rol N° 468, el artículo 299 del Código de Justicia Militar, que establece el delito de incumplimiento de deberes militares³⁸. En un buen caso de control concreto, se ponderó con mayor énfasis la aplicación de la norma en el juicio pendiente y los efectos inconstitucionales que ella genera, en consideración a la nueva naturaleza que exhibe el instituto de la inaplicabilidad en su actual regulación en la Carta Fundamental, de acuerdo a lo ya reseñado en el presente trabajo.

Atendido la importancia del caso concreto, es menester precisar que al requirente se lo sometió a proceso por el delito de incumplimiento de deberes militares, por su eventual responsabilidad como jefe de la unidad

³⁷ Ver, acerca de este caso, CAZOR ALISTE, K. y PICA FLORES, R., "Comentario de sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de noviembre", en: *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Vol. 14, N° 1 (2007), pp. 273 y sigs.

³⁸ El artículo 299 del Código de Justicia Militar establece que "será castigado con presidio militar menor en cualquiera de sus grados o con la pérdida del estado militar, el militar: (...) 3°. El que sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto en el artículo 294, deje de cumplir sus deberes militares". El artículo 431 del Código de Justicia Militar encomienda a la potestad reglamentaria del Presidente de la República establecer y configurar dichos deberes militares.

policial a cargo, al no garantizar la integridad de la persona de un herido por arma de fuego, en cuanto no habría actuado de forma inmediata y oportuna en orden a reducir al agresor, lo cual se presume como causa basal de la muerte del herido.

En la sentencia se reiteran los parámetros bajo los cuales serían admisibles las leyes penales en blanco y luego se destaca el carácter concreto del control de inaplicabilidad, recalcando que “cabe determinar si la aplicación del precepto en análisis ocasiona o no efectos contrarios a la Carta Fundamental” (Considerando 9º), para lo cual, precisa, se debe buscar el complemento reglamentario de la norma legal a fin de realizar el examen de densidad normativa del tipo penal. A continuación razona que “en la especie no se detalla por parte del Ministerio Público Militar, ni en la gestión pendiente, ni en el presente proceso, cuáles serían los deberes militares infringidos por el requirente y que se contienen en dichas normas reglamentarias, ni tampoco cuál sería su fuente ni su entidad, dato que tampoco consta en el auto de procesamiento o en la acusación del proceso penal” (Considerando 10º). En suma, el Tribunal Constitucional no aprecia cuáles serían los deberes militares incumplidos y la norma reglamentaria que los contendría, ni tampoco que ellos hayan sido esbozados en alguna resolución judicial, de modo que el tipo penal carece de su complemento necesario.

De los considerandos transcritos se colige claramente que el Tribunal examinó el auto de procesamiento y la acusación ya dictados, es decir, para fundar su decisión revisó las resoluciones y actos ya acaecidos del proceso, no solo las consecuencias de la aplicación futura. Por otra parte, teniendo en cuenta que el actor se encontraba sometido a proceso por dicho delito, y que restaba la discusión de la acusación y la dictación de la sentencia, hemos de precisar el efecto de esta decisión de inaplicabilidad. El ya reseñado “efecto negativo” de la resolución, hace que a partir de su dictación el tribunal *a quo* no pueda aplicar la normativa impugnada, esto es, no puede discutir la acusación ni tampoco condenar por el delito de incumplimiento de deberes militares. Como efecto lógico de ello, el proceso penal no pudo continuar, concluyendo de manera indirecta, mediante la sentencia de inaplicabilidad, pues era jurídicamente imposible que continuara al calificar de inconstitucional los actos más importantes del mismo y privar de su fundamento a las actuaciones futuras y a la eventual condena.

En este caso, en consecuencia, además de hacer un control de aplicación previa, de acuerdo a lo reseñado en las características del juicio de inaplicabilidad, se examinó la constitucionalidad de actos procesales, de los cuales se deriva el efecto contrario a la Constitución, operando como un verdadero amparo en contra de actuaciones judiciales.

2. Deudas de Hacienda.

En la causa rol N° 808, en el marco de un recurso de protección o amparo (art. 20 de la Constitución), se plantea una solicitud de inaplicabilidad del artículo 1° de la Ley N° 19.989, que faculta a la Hacienda Pública para descontar de la devolución anual de retenciones de impuesto a la renta los montos adeudados por concepto de crédito otorgado por el Estado para la educación universitaria. Estamos en presencia de un pago forzado, realizado por un órgano de la propia Administración al incautar ella misma los dineros sin mediar proceso judicial.

El requirente afirma que tal deuda no existiría en la actualidad, ya que habría sido pagada oportunamente por sus padres, aunque reconoce que, por el tiempo transcurrido a la fecha, carece de antecedentes que sirvan para acreditar este hecho. Señala además que la norma impugnada infringe el derecho a la acción y al racional y justo procedimiento, reconocidos en el artículo 19 numeral 3° de la Constitución chilena, siendo –a su juicio– juzgado por una “comisión especial”, en este caso el órgano administrativo que informa la deuda, por una parte, y, por otra, el que retiene sus dineros, sin tutela de ninguna especie para sus derechos, vulnerándose además su derecho de propiedad sobre los montos retenidos.

La Administración, en pocas palabras, se defendió señalando la existencia de la deuda y afirmando que podía el requirente haber acreditado los pagos ante la autoridad competente.

El Tribunal, en sentencia de 12 de agosto de 2008, razona que “el artículo 1° de la Ley N° 19.989 contempla la existencia de un reglamento que determine la forma de actuar” (Considerando 9°), el que a la fecha de la sentencia no se ha dictado, confirmando a partir de ello que la citada norma “no contempla posibilidades amplias de defensa para los aparentes deudores” (Considerando 9°). Sobre las alegaciones del derecho a defensa, se expresa que “el legislador esté obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que le permitan oportuna y eficazmente presentar sus pretensiones, discutir las de la otra parte, presentar pruebas e impugnar las que otros presenten, de modo que, si aquellas tienen fundamento, permitan el reconocimiento de sus derechos, el restablecimiento de los mismos o la satisfacción que, según el caso, proceda, excluyéndose, en cambio, todo procedimiento que no permita a una persona hacer valer sus alegaciones o defensas, o las restrinja en tal forma que la coloque en una situación de indefensión o de inferioridad” (Considerando 10°), constatándose que en el caso no existe “otro medio de defensa que no sea la prueba del pago de la obligación y siempre que conste en un certificado emitido por el mismo ente cuya información es título suficiente para retener fondos de la devo-

lución anual de impuestos” (Considerando 11º), por lo que se estima el requerimiento.

En el recurso de protección o amparo –que es la gestión pendiente de este caso– se resolvió que el acto de retención “se realizó conforme a una norma que ha sido declarada inaplicable, para este caso, por inconstitucionalidad vulnerando derechos de aquellos que protege la Constitución”³⁹, por lo que el recurso es acogido.

En este caso nos encontramos frente a un claro amparo indirecto, por falta de tutela judicial. En efecto, el denominado recurso (acción) de protección, establecido en el artículo 20 de la Constitución, se consagra en términos que “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos (...) podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”. Presupuesto de dicha acción es la ilegalidad o arbitrariedad del acto, lo que en este caso no se cumplía al haber una ley habilitante específica, por lo que el actor impugnó dicha legislación. Así, declarada inaplicable la norma habilitante y decretado por el Tribunal Constitucional que su aplicación vulneraba la Constitución, al tribunal de amparo solo le quedó estimar el requerimiento en mérito y por los razonamientos de la sentencia de inaplicabilidad, que es lo que finalmente se hace. En este caso, la sentencia de inaplicabilidad tiene configurados todos los elementos de juicio del caso y no hay margen alguno del tribunal de instancia para determinar una resolución diferente.

3. Propiedad sobre ahorros.

En el marco de un juicio en contra del Fisco, destinado a obtener la restitución de los depósitos de los cuales era titular en cuentas de ahorros, el 12 de septiembre de 2007 se formula acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 5º de la Ley N° 18.900, que pone término a la existencia de la Caja Central de Ahorros y Préstamos y a la autorización de existencia de la Asociación Nacional de Ahorro y Préstamo. Dicha norma establece que los ahorros podrán ser devueltos a sus titulares una vez que por medio de la dictación de un decreto supremo se apruebe la cuenta final de dichas entidades, y hecho ello, los montos que no pudieran ser cubiertos

³⁹ Sentencia rol N° 296-2007, de 8 de septiembre de 2008, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

con su patrimonio serían de responsabilidad fiscal. Cabe señalar que tras más de quince años de la entrada en vigor de esta ley, el decreto presidencial no ha sido dictado.

El requirente invoca el derecho de propiedad, que estaría vulnerado de manera tal que lo que era un derecho adquirido pasa a estar sujeto a condición, con el agravante de que la condición la debe cumplir quien debe restituir.

Como antecedente relevante, el juicio se encontraba con sentencia de primer y segundo grado dictada, solo estaba pendiente un recurso de casación en la Corte Suprema. Atendido que lo demandado es la devolución de los dineros, el Fisco se excepcionó en la norma legal que se impugna, por lo que no cabe duda que la misma es *lex decisoria litis*, más aún cuando en virtud de ella la demanda fue rechazada en las dos instancias.

Razonando en sentencia de fecha 13 de mayo de 2008, el Tribunal considera que “fue la ley la que hizo desaparecer al sujeto obligado a restituir lo depositado, sustituyéndolo por el Fisco, pero condicionando la existencia de la obligación de restituir del nuevo obligado a una condición suspensiva meramente potestativa del deudor, que no se ha cumplido” (Considerando 11°), que “privar a quien ha depositado dinero en una cuenta de ahorro de una contraparte deudora a quien reclamarle su restitución, efecto que en la práctica se ha verificado en la especie, le impide completamente, como ocurre en este caso, recuperar su dinero o cobrar su crédito (...) debe concluirse que el requirente fue privado de su propiedad” (Considerando 12°), lo que ocurre fuera de los casos establecidos por la Constitución.

El efecto enunciado por ZÚÑIGA como “alcance casatorio”⁴⁰ y analizado por PIZZORUSSO⁴¹ respecto del sistema italiano, se hace presente con toda su intensidad, pues eliminado del proceso *a quo* el fundamento de validez sustantiva de las sentencias dictadas, el recurso de casación solo puede ser acogido en virtud de la sentencia de inaplicabilidad, dejándose sin efecto las sentencias dictadas, en mérito de la sentencia del Tribunal Constitucional, lo que redundaría en que, por efecto de la declaración de inaplicabilidad, se debiera decretar en la justicia ordinaria⁴² la devolución de los ahorros del demandante. Más aún cuando el fundamento 18° de la sentencia de inaplicabilidad señala, expresamente, que “lo que resulta contrario a la Carta Fundamental es que el Fisco condicione el pago de obligaciones de un deudor que la ley misma ha extinguido y de cuyos bienes aquel se ha adueñado, a un acto propio y voluntario que luego decide no cumplir por ya más de 18 años”.

⁴⁰ Ver nota 32.

⁴¹ Ver nota 33.

⁴² Al 30 de enero de 2009, la Corte Suprema no ha dictado sentencia en esta causa, cuyo rol es 4877-2007.

V. CONCLUSIONES FINALES

1. La reforma constitucional del año 2005 buscó consolidar la evolución hacia un sistema de jurisdicción constitucional concentrado en lo relativo al control de normas, sin amparo extraordinario y con la jurisdicción de derechos fundamentales radicada en los Tribunales Ordinarios.

2. La jurisprudencia de Tribunal Constitucional ha entendido el control concreto como un examen de los efectos de la aplicación de la norma legal a un caso *sub lite*. La introducción de este control concreto de efectos *inter partes* ha hecho variar paulatinamente, en la práctica, la conformación de ese modelo, pues la acción de inaplicabilidad, por vía más o menos indirecta, emerge también como un remedio de casación o como un amparo anómalo, en tanto control de aplicación.

3. La inaplicabilidad ha pasado así de ser una mera herramienta de control de normas, a un medio de justicia de derechos fundamentales, en la medida de que su fundamento jurídico siempre es un derecho subjetivo fundamental o una garantía de él, y que el efecto de la sentencia será el deber de enjuiciar de conformidad con el mismo.

4. La acción de inaplicabilidad puede ser usada como un medio indirecto de revisión de actos procesales, en la medida que la normativa habilitante, procesal o sustantiva, de una decisión judicial válida, pueda ser cuestionada mientras el juicio esté pendiente, tras lo cual el tribunal de segunda instancia o de casación deberá fallar conforme a lo establecido en la sentencia de inaplicabilidad.

5. El emergente control concreto de inaplicabilidad, por último, enfrenta el desafío de delimitar su alcance, en tanto medio de revisión de actos procesales, con las potestades de la judicatura ordinaria, a fin de evitar fenómenos como los acaecidos en Italia y España, en donde se han visto enfrentados, en el ejercicio de sus respectivas jurisdicciones, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de esos países.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1980.

ALDUNATE, Eduardo, "La reforma constitucional del año 2005 desde la teoría del Derecho y la teoría de la Constitución", en: *Revista de Derecho Público*, N° 69 (2007), Santiago.

BALAGUER CALLEJÓN, F. y otros, *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2005.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, "La tutela de los derechos fundamentales", en: BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Santiago, LexisNexis, 2006.

- CAZOR ALISTE, Kamel, *La sumisión a Derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República*, Santiago, Ediciones Universidad Central, 2002.
- CAZOR ALISTE, Kamel; PICA FLORES R., “Comentario de sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de noviembre”, en: *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Vol. 14, N° 1 (2007), Coquimbo, Chile.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema Europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1991.
- GARRETÓN, Manuel Antonio, *Hacia una nueva política. Estudios sobre las democratizaciones*, Santiago, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- GÓMEZ BERNALES, G., “La jurisdicción constitucional: funcionamiento de la acción o recurso de inaplicabilidad. Crónica de un fracaso”, en: *Foro Constitucional Iberoamericano*, N° 3 (2003), Universidad Carlos III de Madrid, disponible en: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-03indice.htm>
- GÓMEZ BERNALES, G., “Fuero y desafuero en las sentencias del Tribunal Constitucional”, en: *Sentencias Destacadas 2006*, Santiago, Instituto Libertad y Desarrollo, 2007.
- HUERTA OCHOA, C., “La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos”, en: *Boletín Mexicano Derecho Comparado*, vol. 36, N° 108, México, <http://scielo.unam.mx/>
- MARTÍNEZ ESTAY, J. I., “Recurso de Inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y juez ordinario en la reforma constitucional”, en: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La Constitución reformada de 2005*, Santiago, Librotecnia, 2005.
- MOREIRA CARDOSO DA COSTA, José Manuel, “Tópicos sobre competencias e integración del Tribunal Constitucional de Portugal”, en: *Ius et Praxis*, vol. 8, N° 1 (2002).
- NUÑEZ POBLETE, M. A., “El control de la igualdad en la aplicación de la ley como factor de expansión del control concreto de constitucionalidad de las leyes”, en: *Sentencias destacadas 2007*, Santiago, Instituto Libertad y Desarrollo, 2008.
- PÉREZ TREMP, Pablo, “La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho español”, en: *Estudios Constitucionales*, N° 1 (2005).
- PIZZORUSSO A., “La Justicia Constitucional en Italia”, en: *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, N° 4 (1999), <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/4/est/est6.pdf>
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, “Trascendencia de la reforma constitucional en la fisonomía y las atribuciones del Tribunal Constitucional”, en: *Estudios Constitucionales*, N° 1 (2005).
- , “El nuevo Tribunal Constitucional”, en: ZÚNIGA URBINA, Francisco, *Reforma Constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2005.

RUBIO LLORENTE, F., “La Jurisdicción Constitucional como forma de creación del Derecho”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 22 (1988).

SILVA CIMMA, Enrique, *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 38, Santiago, 2008.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario, “Notas sobre el principio de la supremacía constitucional y los decretos supremos de ejecución”, en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 2003.

ZÚNIGA URBINA, Francisco, “Derechos humanos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-1989: el pluralismo político e ideológico en Chile”, en: *Ius et Praxis*, vol. 9, N° 1 (2003).

———, “Refundacion del Tribunal Constitucional”, en: *La Semana Jurídica*, 19 al 25 de junio de 2006, Santiago, LexisNexis.