



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Navarro Beltrán, Enrique

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la acción de inconstitucionalidad de la ley entre los
años 2006 y 2012

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXXIX, diciembre, 2012, pp. 363-394

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173625403014>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY ENTRE LOS AÑOS 2006 Y 2012

[“Jurisprudence of the Constitutional Court on the Action of
Unconstitutionality of Law between 2006 and 2012”]

ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN*
Universidad de Chile
Universidad Finis Terrae, Santiago, Chile

RESUMEN

El artículo analiza los antecedentes históricos de la acción de inconstitucionalidad en Chile, los principales casos en que ha sido aceptada, los requisitos para su procedencia, la doctrina del Tribunal Constitucional a su respecto y los efectos de la sentencia.

PALABRAS CLAVE

Acción de inconstitucionalidad –
Criterios del Tribunal Constitucional
– Efectos de la sentencia.

ABSTRACT

This article analyzes the historical background of the action of unconstitutionality in Chile, as well as the main cases in which it was accepted, the requirements for its admissibility, the doctrine of the Constitutional Court thereto related and the effects of the judgment.

KEYWORDS

Action of unconstitutionality –
Criteria of the Constitutional Court –
Effects of the judgment.

RECIBIDO el 14 de septiembre y APROBADO el 1 de octubre de 2012.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Profesor titular de Derecho constitucional en la misma universidad y en Universidad Finis Terrae. Ha sido director de Estudio de la Corte Suprema (2002-2006) y ministro del Tribunal Constitucional (2006-2012). Dirección postal: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Pío Nono s/n, Providencia Santiago, Chile. Correo electrónico: enriquenavarrobeltran@gmail

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN CHILE

En Chile, durante la vigencia de la Carta de 1833, tanto la doctrina como la jurisprudencia estuvieron contestes en cuanto a que los tribunales carecían de atribuciones para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Así, el control político era ejercido por el Congreso Nacional, siendo aquél la única forma de resguardar la supremacía constitucional. Por lo mismo, el artículo 164 precisaba: “*Sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de algunos de sus artículos*”¹.

En dicho contexto no puede resultar extraño que los publicistas más connotados de la época sostuvieran la tesis de que el Poder Judicial debía aplicar la ley, fuera buena o mala, no pudiendo dejarla sin aplicación aún que contrarie la Constitución².

¹ Constitución de 1833, artículo 164, en VALENCIA AVARIA, Luis, *Anales de la República* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986), p. 195. Los artículos 40 y siguientes decían relación con las normas relativas a la formación de la ley. Las anteriores cartas también contenían idénticas disposiciones. Así, la *Constitución Provisoria* otorgaba al Senado la misión el velar por la “*puntual observancia de esta Constitución*” (cap. 3º, artículo 1º). Similar disposición incluía la *Constitución* de 1822 respecto de la Corte de Representantes, en tanto debía “*cuidar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes*” (artículo 67, 1ª). La Carta de 1823 confería al Senado Conservador y Legislador la función de “*cuidar de la observancia de las leyes*”, a la vez que “*proteger y defender las garantías individuales*” (artículo 38 N° 1). Por último, la *Constitución* de 1828 otorga al Congreso la “*protección de todos los derechos individuales*” (artículo 46 N° 2), a la vez que la Comisión Permanente, que sesiona estando en receso el Congreso, le atribuía especialmente “*velar por la observancia de la Constitución y de las leyes*” (artículo 92 N° 1). Un análisis retrospectivo en NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *El control de constitucionalidad de las leyes en Chile. 1811-2011*, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, 43 (2011); y FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA, *Elementos de jurisdicción constitucional* (Santiago, 2002), II.

² Así lo señala Jorge Huneeus, al hacer presente que los tribunales “*llamados a fallar un negocio, no pueden dejar la lei sin aplicación, aun cuando, a juicio de ellos, fuera inconstitucional*”. De este modo, carecen de dicha atribución, “*pues ella los haría jueces del Congreso mismo i les suministraría un medio fácil de hacer nugatorias e ineficaces las leyes, so pretexto de reputarlas como inconstitucionales*”, concluyendo que “*El Poder Judicial no es juez de la lei; ha sido creado para aplicarla, sea ella buena o mala*”: HUNEEUS, Jorge, *La Constitución ante el Congreso* (Santiago, 1880), II, p. 252. Lastarria, por su lado expresaba que “*toca sólo al Congreso Nacional interpretar, explicar y detallar, por medio de leyes especiales, las disposiciones de la Constitución. El uso de esta atribución puede ser un importante y provechoso efecto para la República, puesto que por medio de leyes pueden ser, si no modificados, a lo menos aplicados en un buen sentido los preceptos del Código Fundamental, y neutralizados, hasta cierto punto, los males que pueden nacer de sus defectos o de la falsa aplicación de sus disposiciones*”: LASTARRIA, José Victorino, *Derecho público constitucional teórico o filosófico* (Santiago, 1906), p. 473. Carrasco Albano, en igual sen-

Del mismo modo, lo hizo presente la Corte Suprema³. Existen sí matices, en la segunda mitad del siglo XX⁴ e incluso una declaración de inconstitucionalidad por vicios de forma⁵.

tido, afirmaba que: “*es verdad que la interpretación de las leyes comunes sólo pertenece a los Tribunales de Justicia; pero no sería posible sino hasta cierto punto extender el mismo principio a las leyes fundamentales del Estado, si sujetamos a las vacilaciones consiguientes a la vaguedad de la lei suprema*”. Concluyendo que, en definitiva, “*parece, pues, más lógico conceder la atribución de interpretar la Constitución al Poder Legislativo que al Judicial*”: CARRASCO ALBANO, Manuel, *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833* (2ª edición, Santiago, 1874), p. 198.

³En dicho contexto se entiende el oficio emanado de la Corte Suprema, de fecha 27 de junio de 1848, en el que se afirmaba que “*ninguna majistratura goza de prerrogativas de declarar la inconstitucionalidad de leyes promulgadas después del Código Fundamental i de quitarles por este medio sus efectos i su fuerza obligatoria. Este poder, que por su naturaleza sería superior al del Lejislador mismo, puesto que alcanza a anular sus resoluciones, no existe en Majistratura alguna, según nuestro sistema constitucional. El juicio supremo del Lejislador, de que la ley que dicta no es opuesta a la Constitución, disipa toda duda en el particular i no permite retardos o demoras en el cumplimiento de sus disposiciones*”: citado en HUNEEUS, Jorge, cit. (n. 2), II, p. 253. En el mismo sentido, en nota dirigida por el Ministro de Justicia a la Corte Suprema, se señala que la única misión de la Corte Suprema, tal como los demás tribunales “*está reducida a la recta aplicación de las leyes a los casos particulares que ocurren en las causas sometidas a sus fallos, sin que sea lícito evadir su cumplimiento, ya porque sean justas o injustas, ya por ser conformes o contrarias a la Constitución*”: citado en HUNEEUS, Jorge, cit. (n. 2), II, p. 255.

⁴Dicha doctrina es reiterada con posterioridad, en circular dirigida a las Cortes de Apelaciones, con matices, desde el momento que se indica que “*ninguna Magistratura encargada de aplicar las leyes goza de la prerrogativa de declarar su inconstitucionalidad, y todas las promulgadas con posterioridad al Código Fundamental llevan consigo el juicio Supremo del legislador de no ser contrarias a este Código*”. Sin embargo, “*las autoridades encargadas de aplicar a un caso determinado la ley o disposición, deben, no obstante, dar preferencia en el asunto especial en que se ocupan, a la Constitución, si estuvieren en clara y abierta pugna con ellas*”. Concluyendo que “*no le es dado pues al Gobierno corregir las leyes por inconstitucionales que sean, pero tampoco le es lícito mantener en vigor un acto de una autoridad de su dependencia fundado únicamente en una de ley a que se da carácter inconstitucional por el sentido que se le atribuye o que lo tiene clara y evidentemente. La Corte, que no reputa inconstitucional el artículo de la Ordenanza, no ha reclamado que se corrija, atribución propia del Congreso, sino que se derogue el bando que ha pretendido fundarse en ese artículo, lo que es atribución del Presidente de la República*”. (Oficio dirigido a las Cortes de Apelaciones, de fecha 2 de enero de 1867). Véase también CARVAJAL R., Horacio, *La Corte Suprema* (Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Imprenta El Esfuerzo, 1940), en la que el autor señala que “la práctica de nuestros tribunales, siguió una línea jurisprudencial variada en la materia y asilándose en la idea de que ante la pugna de la Constitución con una ley cualquiera, era deber dar preferencia a la Carta Fundamental de la Nación, hubo mayor número de resoluciones que en el hecho expresaban la inconstitucionalidad de la ley citada que se discutía”.

⁵En efecto, en el primer fallo pronunciado a partir de la entrada en vigencia de la

Como se sabe, durante la vigencia de la carta política de 1925 se le entregó a la Corte Suprema la declaración de inaplicabilidad, pero para el caso concreto, no incluyéndose disposición alguna que facultara a ese tribunal para dejar sin efecto la norma con alcances generales⁶.

Hubo sí sendos proyectos de reforma constitucional que, en definitiva, no prosperaron⁷.

Ley de organización de los tribunales de 1875, con motivo de la falta de aprobación de una disposición legal, la Corte Suprema, presidida por don Manuel Montt, razonó que, considerando que “los dos últimos incisos del núm. 3.º del artículo 95 de la *lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales* no han sido aprobados por el Congreso Nacional i por consiguiente no tienen el carácter de una verdadera lei, el Tribunal, de unánime acuerdo, resuelve que la sentencia en la presente causa se pronuncie en conformidad al mencionado artículo 95 i sin tomar en cuenta los dos últimos incisos del núm. 3.º del predicho artículo”. (Corte Suprema, 1º de marzo de 1876). Sobre la materia véase: NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *La Corte Suprema de Justicia y don Manuel Montt*, en BRAVO LIRA, Bernardino - VICENCIO EYZAGUIRRE, Felipe (editores), *Manuel Montt educador legislador, gobernante y magistrado. Estudios en conmemoración del bicentenario de su nacimiento (1809-2009)* (Santiago, Fundación Manuel Montt, 2009), I, pp. 427-458.

⁶ Artículo 86 de la *Constitución* de 1925. Sobre los antecedentes véase GUERRA, José Guillermo, *La Constitución de 1925* (Santiago, 1929). En tal sentido, el presidente Alessandri dejó constancia de la inconveniencia de “dar a la Corte Suprema amplia facultad de declarar la inconstitucionalidad de la ley fuera de casos concretos y determinados, porque así se crearían continuamente conflictos entre el Poder Legislativo y el Judicial” (sesión N° 28, de 9 de julio de 1925, *Acta de sesiones*, p. 366); e incluso que “habría un gran peligro porque se constituiría el Tribunal en Poder Legislativo” (sesión de 12 de mayo de 1925). Luis Barros Borgoño había planteado “la conveniencia de establecer en la nueva Constitución algún poder o autoridad para determinar si las leyes que en lo sucesivo se dicten, van o no contra los principios constitucionales” (sesión de 12 de mayo de 1925). En definitiva, Alessandri aceptó siempre que “lleguen a la Corte Suprema estos conflictos entre la ley y la Constitución que se producen en un juicio entre partes” (sesión de 8 de julio de 1925). El texto aprobado en la sesión de 10 de julio de 1925, estableció: “La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o que le fueren sometidos en juicio que se sigue ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable, para este caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación”. Una visión retrospectiva en NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Notas sobre su evolución histórica en Chile* (México, 2010).

⁷ Así, en un proyecto de reforma constitucional, aprobado por la Cámara de Diputados en 1950, se proponía que “La Corte Suprema, a petición de parte, deberá declarar inconstitucional, cualquier precepto que contrarie las disposiciones de la Constitución Política del Estado, sea en cuanto a la forma como se haya dictado la ley o en cuanto al fondo de su contenido”. Del mismo modo se indicaba que “acogido el recurso de inconstitucionalidad, la Corte Suprema, dentro del quinto día, ordenará publicar el fallo respectivo en el Diario Oficial, y, a partir de la fecha de esta publicación, el precepto inconstitucional dejará de producir efectos sin que esta declaración pueda afectar las sentencias ejecutoriadas

II. EL TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1980

Ahora bien, en la discusión del texto de 1980, tanto la Comisión de Estudio como el Consejo de Estado, intentaron introducir la inaplicabilidad con efectos generales, lo que en definitiva fue desechado por la Junta de Gobierno.

1. *El proyecto de Comisión de Estudio de la Nueva Constitución.*

En efecto, en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución se analizó la posibilidad de redactar el texto constitucional, con ciertas modificaciones del contenido en la carta de 1925⁸.

Así, el Presidente de la referida comisión informó que la Subcomisión de Justicia, encabezada por el presidente de la Corte Suprema de la época, había propuesto el siguiente precepto: como artículo 86 bis: “*La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o que le fueren sometidos en recurso interpuesto 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, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento, cualquiera que sea su naturaleza. Después de tres fallos, en un mismo sentido, acogiendo el recurso, la inaplicabilidad producirá efectos generales*”.

Sin embargo, tras un largo debate, la norma quedó redactada de la siguiente manera: “*La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de 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*”.

De este modo, si bien la Comisión de Estudio eliminó la posibilidad de

dictadas con anterioridad a dicha publicación”: citado por ANDRADE, Carlos, *Elementos de Derecho constitucional chileno* (1971), p. 635. Por su parte, en 1964, durante la Presidencia de Jorge Alessandri se propuso un texto conforme al cual “*acogido el recurso de inconstitucionalidad o inaplicabilidad, la Corte Suprema ordenará publicar de inmediato el fallo respectivo en el Diario Oficial, y a partir de la fecha de esta publicación el precepto inconstitucional dejará de producir efecto, sin que esta declaración pueda afectar las sentencias ejecutoriadas dictadas con anterioridad a dicha publicación*”: citado en *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión N° 285, de 14 de abril de 1977, p. 948. Véase: BERTELSEN REPETTO, Raúl, *Control constitucional de la ley* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969). Igualmente, CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, *Teoría de la Constitución* (Santiago, Editorial Universitaria, 1958).

⁸ A partir de la sesión N° 285, de 14 de abril de 1977.

una inconstitucionalidad con efectos generales, otorgó la facultad de declarar dicha inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional.

De esta forma, el artículo 88 N° 12 del Anteproyecto de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución establecía, como atribuciones del Tribunal Constitucional: “12. *Declarar con efectos generales la inconstitucionalidad de un precepto legal de acuerdo a lo prescrito en inciso final de este artículo*”. Por su parte, dicho inciso final disponía lo siguiente: “*En el caso del N° 12, la Corte Suprema deberá requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional cuando aquélla haya declarado inaplicable un precepto legal mediante tres fallos uniformes y consecutivos. Si el Tribunal Constitucional considera que dicho precepto se ajusta a la Constitución, la Corte Suprema no podrá en el futuro declarar su inaplicabilidad*”.

2. *El proyecto del Consejo de Estado.*

Posteriormente, el Consejo de Estado discutió el precepto en diversas sesiones⁹, concluyéndose que dicha declaración de inconstitucionalidad debía quedar radicada en la Corte Suprema. De este modo, el anteproyecto del Consejo de Estado incorporó una disposición según la cual: “*Si la Corte Suprema declarar inaplicable un mismo precepto legal en tres fallos uniformes y sucesivos, declarará al mismo tiempo la inconstitucionalidad de dicho precepto y ordenará de inmediato la publicación de este acuerdo en el Diario Oficial. A partir de la fecha de la publicación, el precepto inconstitucional dejará de producir efectos, lo que no empecerá a las sentencias ejecutoriadas con anterioridad*”.

3. *El proyecto de la Junta de Gobierno.*

Finalmente, la Junta de Gobierno volvió a la redacción propuesta por la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, quitándole nuevamente a la Corte Suprema la prerrogativa de declarar la inconstitucionalidad con efectos generales, la que tampoco se la otorgó al Tribunal Constitucional.

Así, el texto de la *Constitución* que fue sometido al plebiscito de 1980, no contaba con ninguna norma que previera la posibilidad de una declaración de inconstitucionalidad con efectos generales, ni por parte de la Corte Suprema, ni por parte del Tribunal Constitucional, ni de ninguna otra institución, en términos similares a la Carta de 1925¹⁰.

⁹ Véanse especialmente las sesiones N°s 85, 87 y 102 del Consejo de Estado. En ARANCIBIA MATAR, Jaime, *Actas del Consejo de Estado en Chile 1976-1990* (Santiago, Universidad de los Andes - Centro de Estudios Bicentenario, 2008).

¹⁰ Sobre la materia véanse: SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), X; VERDUGO MARINKOVIC, Mario, *Manual de Derecho constitucional* (Santiago, 1994). Para una explicación de los antecedentes en BULNES ALDUNATE, Luz, *Constitución Política de la República*

III. LA REFORMA DE 2005¹¹

1. La reforma constitucional de 2005 tuvo su origen en sendas mociones parlamentarias¹². En ambas se buscaba traspasar la acción de inaplicabilidad desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional¹³; pero no se concibió la posibilidad de una inconstitucionalidad con efectos generales.

Más tarde, durante el primer trámite constitucional, en el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado recaído sobre ambas mociones, se acordó conferirle al Tribunal Constitucional, entre otras, la siguiente atribución: “6°. *Declarar la inaplicabilidad de todo precepto legal contrario a la Constitución, por motivo de forma o fondo, que corresponda aplicar en la decisión de cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial. El tribunal conocerá estos asuntos en sala. La resolución que dicte*

de Chile. Concordancias, anotaciones y fuentes (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981). Para la evolución histórica véase: NAVARRO BELTRÁN, Enrique (editor), *20 años de la Constitución Chilena* (Santiago, ConoSur, 2001).

¹¹ Sobre las reformas constitucionales de 2005 véase la *Revista de Derecho Público*, 67 (2005). También: PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Reformas constitucionales 2005. Antecedentes, debates, informes* (Santiago Editorial Jurídica de Chile, 2005); ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *Reforma Constitucional* (Santiago, LexisNexis, 2005); y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La Constitución reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia, 2005).

¹² Una de senadores de la Concertación, los señores Sergio Bitar, Juan Hamilton, Enrique Silva Cimma y José Antonio Viera-Gallo y la otra de senadores de la Alianza, los señores Hernán Larraín, Andrés Chadwick, Sergio Romero y Sergio Díez, que fueron después acumuladas.

¹³ NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *El control de constitucionalidad de las leyes en Chile 1811-2011*, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, 43 (2011). Sobre judicatura constitucional véanse: FAVOREAU, Louis, *Los tribunales constitucionales* (Barcelona, Ariel, 1994); y VV. AA., *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984); CAPELLETTI, Mauro, *La justicia constitucional* (México, Porrúa, 2007). Respecto de las principales sentencias constitucionales: BELTRÁN DE FELIPE, Miguel - GONZALEZ GARCIA, Julio, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremos de los Estados Unidos de América* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006); GROPPI, Tania, *Las grandes decisiones de la Corte Constitucional italiana* (México, 2008); SCHWABE, Jurgén, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán* (México, Ed. Konrad Adenauer, 2009). En Chile: ZAPATA LARRAÍN, Patricio, *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008); ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *Elementos de jurisdicción constitucional* (Santiago, Editorial de la Universidad Central, 2002); y RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, *Trascendencia de la reforma constitucional en la fisonomía y las atribuciones del Tribunal Constitucional*, en *Estudios Constitucionales*, 1 (Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2005), pp. 757-781.

sólo producirá efectos en los casos particulares en que se interponga la acción de inaplicabilidad. Ella podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar el Tribunal Constitucional la suspensión del procedimiento. Después de tres fallos uniformes y unánimes, el Tribunal en pleno, de oficio o a petición de parte, declarará la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo, con efectos generales. Después de tres fallos uniformes, aun cuando no unánimes, el Tribunal, en pleno, de oficio o a petición de parte, podrá declarar, por los dos tercios de sus miembros, la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo, con efectos generales". En tal forma, se señaló que la acción "*podrá ser deducida de oficio por el tribunal que conoce de la gestión y por quien sea parte en ella, antes de la sentencia*".

Con algunos matices, esta fue la norma aprobada por el Senado en el primer trámite constitucional.

Así las cosas, el examen de la Comisión de Constitución del Senado se centró en determinar en "*qué instante la inaplicabilidad de una norma, por contravenir la Constitución, pasa a tener efectos generales y no sólo respecto del juicio o litigio en que se plantea la inconstitucionalidad*". Por ello, la Comisión propuso "*una fórmula que establezca que después de tres fallos uniformes, que interpreten que hay una disposición inconstitucional, el Tribunal Constitucional en pleno, constituido por todos sus integrantes y no en sala, de oficio o a petición de parte, por los dos tercios de sus miembros, declarará la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo, con efectos generales*."

En palabras del senador Espina "*esta solución pareció adecuada por la relevancia que reviste derogar una norma de aplicación general. Una cosa es que un tribunal determine para un caso específico que cierta disposición es inaplicable por ser inconstitucional, y otra distinta que, en virtud de los reiterados fallos uniformes, se derogue la vigencia de un precepto con todos los efectos y para todos los procesos o litigios suscitados en el territorio de la República*"¹⁴.

En lo concerniente a la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal con efectos generales, la Comisión de Constitución del Senado "*consideró que, atendida la trascendencia de esta decisión, la cual, en la práctica equivale a la derogación de una norma aprobada por el Poder Legislativo, evidentemente corresponde que ello sea ejercido por el pleno de dicho tribunal*"¹⁵.

En tal sentido, debe recordarse que fue el ministro Eugenio Valenzuela quien propuso la dualidad de acciones, de forma tal que "*la acción de inaplicabilidad pueda ser iniciada por el juez que conoce de la causa o por las partes que forman el litigio y que para el recurso de inconstitucionalidad exista acción*

¹⁴ "Discusión de la Sala del Segundo Informe Complementario de la Comisión de Constitución, Legislación, Reglamento y Justicia", 21 de enero de 2004.

¹⁵ "Primer Informe Complementario del Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Reglamento y Justicia", 18 de noviembre de 2003.

*popular, vale decir, que cualquier persona pueda pedir la inconstitucionalidad de esa ley con efecto general*¹⁶. El ex presidente Juan Colombo, en cambio, no fue partidario de dicha fórmula por razones de igualdad ante la ley, de modo tal que si la ley *“es inconstitucional tiene que serlo para todos y eliminarse del sistema”*¹⁷.

2. La Cámara de Diputados, en segundo trámite constitucional, mantuvo lo referente al recurso de inaplicabilidad en los mismos términos en que fue aprobado por el Senado.

Sin embargo, en lo que dice relación con la inconstitucionalidad con efectos generales, eliminó como requisito de su declaración la existencia de tres fallos anteriores de inaplicabilidad, estableciendo, en cambio, que bastaba sólo uno.

Así, le otorga al Tribunal Constitución la facultad de: *“7° Decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el número anterior. El Tribunal conocerá estos asuntos en pleno y para declarar la constitucionalidad de un precepto de rango legal, deberá hacerlo por los dos tercios de sus miembros en ejercicio”*.

En tal sentido, la diputada Guzmán hizo referencia a la importancia del principio de igualdad ante la ley como uno de los elementos básicos de todo estado de derecho¹⁸. De esta forma, *“si el propio pleno del Tribunal Constitucional constata que esa norma, además, es inconstitucional erga omnes, lo podrá declarar en una nueva instancia con un quórum altísimo, de cuatro quintos de sus integrantes, es decir, ocho miembros del Tribunal Constitucional”*¹⁹.

Por su lado, el diputado Bustos destaca en la reforma *“que el recurso de inaplicabilidad, que hoy se tramita ante la Corte Suprema, se traslada al Tribunal Constitucional, pero opera en una forma sumamente peculiar y singular, que no dice relación con ninguna de las establecidas en el derecho comparado”*. De acuerdo con la reforma propuesta –continúa– *“después de tres fallos uniformes, el Tribunal Constitucional declarará inconstitucional el precepto legal cuestionado. Una norma es constitucional o inconstitucional, pero no puede quedar en el limbo, en una situación intermedia. Por lo tanto, sería adecuado establecer un recurso de inconstitucionalidad en que la disposición quede erga omnes como tal y, por lo tanto, inválida jurídicamente”*²⁰. Concluye el diputado afirmando que *“estas disposiciones permiten al Tribunal Constitucional ejercer*

¹⁶ “Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Reglamento y Justicia”, 16 de noviembre de 2001.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ “Discusión general en la Cámara de Diputados”, 23 de marzo de 2005

¹⁹ “Discusión en la Sala de la Cámara de Diputados”.

²⁰ *Ibid.*

*de mejor forma sus atribuciones, porque para declarar la inconstitucionalidad abstracta de un precepto legal, necesariamente debe analizar, antes, si dicho precepto es inaplicable. De esa manera, se evita que haya una profusión de planteamientos de inconstitucionalidad abstracta*²¹.

Por su parte, el diputado Luksic afirmó que *“como este control es de tremenda importancia e interfiere con una potestad exclusiva de los legisladores, se exige un quórum bastante alto, cuatro quintos de los integrantes en ejercicio, para la declaración de la inconstitucionalidad del precepto legal. En este último caso, por lo novedoso y extraordinario, solamente se puede accionar por oficio”*²².

3. En el veto presidencial se efectuaron algunas precisiones en relación al procedimiento de inconstitucionalidad.

En tal sentido, el veto declara que debe distinguirse netamente el juicio de inaplicabilidad del juicio de inconstitucionalidad. Debe, por ende, *“establecerse un procedimiento que articule este último juicio y para ello se remite parte de sus aspectos a la regulación que hará la ley orgánica constitucional respectiva”*. Asimismo, *“se abre un limitado espacio a una acción pública, para pedir la declaración de inconstitucionalidad sólo una vez declarada la inaplicabilidad por parte del Tribunal. En este caso, se puede proceder a un nuevo examen de admisibilidad con el objeto de limitar las múltiples acciones sobre asuntos similares. De la misma manera, se mantiene la capacidad del propio Tribunal para proceder de oficio”*²³. Se trata entonces de no impedir *“la alternativa de una vista de la causa con el objeto de solicitar opinión a los órganos democráticos del Estado que generaron la ley. Este procedimiento es esencial puesto que el acto que caracteriza la expresión suprema del poder de los modernos tribunales constitucionales radica en su capacidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley”*²⁴.

Así las cosas, como se expresó en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que revisó la materia, *“este veto plantea regular de una manera distinta a como lo propuso el Congreso Pleno la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable. Este precepto, en primer lugar, abre la posibilidad de que exista acción pública, además de la declaración de oficio, y, en segundo término, propende a que el Tribunal Constitucional efectúe un análisis más circunstanciado acerca de la constitucionalidad de la norma cuestionada”*²⁵.

²¹ “Discusión en la Sala de la Cámara de Diputados”.

²² *Ibíd.*

²³ “Veto presidencial”, mensaje de 16 de agosto de 2005

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ “Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado”, 16 de agosto de 2005.

4. En definitiva, esta fue la idea que primó respecto de la declaración de inconstitucionalidad en el texto de la Ley N° 20.050 despachado por el Congreso. Así, el texto de las normas vigentes sobre las atribuciones del Tribunal Constitucional para conocer de las inaplicabilidades y las inconstitucionalidades, encuentran su origen en la redacción que despachó el Senado en primer trámite constitucional, salvo la modificación que respecto a la inconstitucionalidad efectuó la Cámara en segundo trámite constitucional. Como puede apreciarse, la reforma de 2005 contempla –y por primera vez en nuestra historia institucional– la posibilidad que el precepto legal sea expulsado del ordenamiento jurídico por contravenir la Carta Fundamental. Si bien el proyecto inicialmente indicaba que era menester que se pronunciaran tres fallos uniformes para que la norma legal desapareciera del ordenamiento jurídico, ello en definitiva fue desechado²⁶. Así, en definitiva, el texto aprobado y hoy vigente, expresa que el Tribunal Constitucional, por los 4/5 de sus integrantes en ejercicio, podrá declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal ya declarado inaplicable; lo que podrá efectuarse de oficio o por petición, existiendo al efecto acción popular²⁷.

IV. CASOS EN QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL HA EJERCIDO SU FACULTAD DE DECLARAR INCONSTITUCIONALIDAD UN PRECEPTO

A la fecha se han pronunciado cuatro decisiones de inconstitucionalidad, dejando sin efecto el precepto legal.

²⁶ *Senado de la República de Chile, Reformas Constitucionales 2005. Historia y tramitación*. De este modo, “la reforma consagra un control concentrado de la ley vigente al darle al Tribunal Constitucional la atribución de declarar la inaplicabilidad de un precepto legal que sea aplicable a un caso concreto y para declarar también la inconstitucionalidad del precepto legal que haya sido declarado inaplicable”: BULNES Aldunate, Luz, *Los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad en la reforma constitucional*, en *Actualidad Jurídica*, 13 (2006), p. 107)

²⁷ Con fecha 5 de junio de 2008, como se dirá, el Tribunal Constitucional rechazó la solicitud de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 416 inciso 3° del *Código Procesal Penal*, al estimar que la norma, en abstracto, admitía una interpretación ajustada a la *Constitución Política*. Véanse las causas roles N° 558, 590, 615 y 665, todos de 2006. Se estimó que “*es dable concluir que el procedimiento relativo a personas que gozan de fuero constitucional, tratándose de delitos de acción privada, admite la recepción de pruebas, cuando procede, y, por tanto [...] permite ser interpretado en una forma que lo compatibiliza con las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos*”. La tramitación se encuentra regulada en los artículos 93 al 104 de la *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cuyo texto fue fijado por el Decreto con fuerza de ley N° 5, de 2010. Sobre los antecedentes de la preceptiva véase: ARELLANO GÓMEZ, Pilar, *Historia fidedigna de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (Memoria para optar al grado de Magíster de Derecho de la U. Católica, 2009).

1. *Artículo 116 del Código Tributario*

Con fecha 26 de marzo de 2007²⁸, el Tribunal Constitucional, haciendo uso de su facultad, por primera vez en la historia de Chile, declaró la inconstitucionalidad del artículo 116 del *Código Tributario*, que permitía delegar facultades jurisdiccionales por un simple acto administrativo²⁹, lo que se estimó vulneraba el principio de legalidad de la jurisdicción establecido en los artículos 19 N° 3 y 76 de la Carta Fundamental.

2. *Artículo 171 del Código Sanitario.*

El artículo 171, inciso primero del *Código Sanitario*³⁰, contenía una manifestación de lo que doctrinariamente se ha denominado “*solve et repete*”, por cuanto hacía obligatorio el pago de la multa administrativa, impuesta por el Servicio Nacional de Salud, para poder reclamar de la misma ante la justicia ordinaria. El tribunal, luego de abrir el proceso de oficio, declaró inconstitucional el aludido precepto fundado en que vulneraba el derecho de acceso a la justicia, derecho que, de conformidad a su jurisprudencia, se incluye entre las garantías de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos que reconoce el numeral 3° del artículo 19 de la *Constitución*³¹.

3. *Artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales.*

El artículo 595 del *Código Orgánico de Tribunales*³² estable la figura del “abogado de turno”, bajo la modalidad consistente en que los magistrados de la justicia ordinaria pueden designar a defensores, sin que los profesionales obtengan una retribución por el trabajo. El tribunal, procediendo a requerimiento de parte, declaró inconstitucional sólo la expresión “*gratuitamente*”

²⁸ Rol N° 681-06. La sentencia se publicó en el *Diario Oficial* de 29 de marzo de 2007.

²⁹ El artículo 116 del *Código Tributario* preceptuaba: “*El Director Regional podrá autorizar a funcionarios del Servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando por orden del Director Regional*”

³⁰ “*De las sanciones aplicadas por el Servicio Nacional de Salud podrá reclamarse ante la justicia ordinaria civil, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia, reclamo que tramitará en forma breve y sumaria. Para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa.*”.

³¹ Rol N° 1173-08, de 16 de abril de 2009.

³² Artículo 595: “*Corresponde a los jueces de letras designar cada mes y por turno, entre los no exentos, un abogado que defienda gratuitamente las causas civiles y otro que defienda las causas del trabajo de las personas que hubieren obtenido o debieran gozar del mencionado privilegio. Con todo, cuando las necesidades lo requieran, y el número de abogados en ejercicio lo permita, la Corte de Apelaciones respectiva podrá disponer que los jueces de letras designen dos o más abogados en cada turno, estableciendo la forma en que se deban distribuir las causas entre los abogados designados.*”.

contenida en el precepto legal impugnado, es decir, sentenció que la carga para los abogados, consistente en defender a los menesterosos en virtud de una designación judicial era conforme a la *Constitución*, pero lo que pugnaba con ella era la falta de retribución o remuneración por el trabajo que implicaba su desempeño. Se resolvió que la aludida gratuidad vulneraba tres derechos fundamentales, a saber: el derecho a la igualdad ante la ley, a la igual repartición de las cargas públicas y a la libertad de trabajo, consignados en los numerales 2, 20 y 16 del artículo 19 de la *Constitución*, respectivamente³³.

4. Artículo 38 ter de la Ley de Institutos de Salud Previsional.

El tribunal, luego de abrir proceso de oficio, declaró la inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3, y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933³⁴, referido a las facultades de la Superintendencia de Salud respecto de la tabla de factores, teniendo en consideración que dichos preceptos no cumplían con los siguientes supuestos: i) ser adecuado a los fines constitucionales de tutelar la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, de proteger la salud de las personas incorporadas al sistema privado de salud en el cual actúan las Instituciones de Salud Previsional, esencialmente en lo que concierne al rol preferente del Estado en garantizar la ejecución de las acciones de salud y en proteger el libre e igualitario acceso a ellas de todas esas personas, y de asegurar que las personas accedan al goce de las prestaciones básicas uniformes de seguridad social, garantizadas por la acción del Estado; ii) ser indispensable para alcanzar los fines señalados; y iii) guardar proporcionalidad con tales objetivos. Por lo anterior el tribunal sentenció que los preceptos objetados eran incompatibles con el

³³ Rol N° 1254-08, de 28 de julio de 2009

³⁴ Artículo 38 ter: “Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores./ La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar./ Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:/ 1.- El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;/ 2.- Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;/ 3.- La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan;/ 4.- La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo;/ 5.- En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo [...]”

derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y que lesionaban asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social³⁵.

V. CASOS EN QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
HA RECHAZADOS SOLICITUDES
DE DECLARAR INCONSTITUCIONAL ALGÚN PRECEPTO.

El Tribunal Constitucional también ha desechado algunas presentaciones de inconstitucionalidad, tanto por razones formales como por no reunirse el quórum necesario.

1. *Artículo 416 del Código Procesal Penal*³⁶.

En este caso se habían acogido diversas presentaciones formuladas por parlamentarios en contra del inciso tercero del artículo 416 CPP.³⁷

Sin embargo, se desecha la acción, recurriendo a una interpretación conciliadora, habida cuenta del carácter abstracto del control de constitucionalidad, de modo que no se produce una contradicción evidente entre el texto y la Carta Fundamental³⁸. En todo caso, se hace presente a los poderes legisladores “*la conveniencia de regular adecuada y eficazmente el procedimiento de desafuero de parlamentarios en delitos de acción privada*”³⁹.

³⁵ Rol N° 1.710-10, de 6 de agosto de 2010

³⁶ La disposición dice: “*si se trata de un delito de acción privada, el querellante deberá ocurrir ante la Corte de Apelaciones solicitando igual declaración, antes de que se admitiere a tramitación su querrela por el juez de garantía*”.

³⁷ Así, por ejemplo, la causa rol N° 478

³⁸ Se hace presente que “*el precepto legal cuestionado carece en su texto de una regulación precisa de la tramitación de la solicitud de desafuero ante el Tribunal de Alzada, omisión que ha sido el antecedente para que las partes no hayan rendido pruebas de sus pretensiones o defensas en esa instancia*”. La mencionada omisión provoca un vacío legal, que, sin embargo, puede ser integrado con otros elementos del ordenamiento jurídico y posibilitar, entonces, una interpretación del precepto que se concilie con la norma constitucional”. En tal sentido, se puntualiza que pueda darse a la disposición una interpretación en la que se admita las alegaciones de la defensa y la aportación de pruebas, según las normas supletorias. Así, se concluye que: “*en mérito de lo razonado precedentemente, es dable concluir que el procedimiento relativo a personas que gozan de fuero constitucional, tratándose de delitos de acción privada, admite la recepción de pruebas, cuando procede, y, por tanto, el precepto del artículo 416, inciso tercero, del Código Procesal Penal permite ser interpretado en una forma que lo compatibiliza con las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos que asegura la Constitución Política*” (rol N° 558-2006, 5 de junio de 2007)

³⁹ *Ibíd.*, Consid. 25°.

2. Artículo 474 del Código del Trabajo.

En este caso, se trata de una disposición que había sido previamente declarada inaplicable⁴⁰ y que obligaba a consignar previamente para recurrir judicialmente⁴¹.

En esta acción popular impetrada, sin embargo, fue rechazada al no reunirse el quórum constitucional para proceder a declarar la inconstitucionalidad⁴².

3. Artículo 20 de la Ley N° 19.234.

Esta acción se declara improcedente, en atención a que la disposición no había sido previamente declarada inaplicable⁴³.

4. Artículo 38 ter de la Ley de Institutos de Salud Previsional

En este caso, no se acogió a tramitación la acción presentada por algunos parlamentarios⁴⁴ en contra del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, al estimarse que no se desarrollan “*los argumentos constitucionales que le sirven de apoyo o fundamentan la pretensión*”, además de no identificarse con precisión el precepto que se impugna⁴⁵.

5. Artículo 2331 del Código Civil.

Finalmente, en la última inconstitucional iniciada de oficio por el Tribu-

⁴⁰ Roles N°s 946 y 968

⁴¹ Señalaba la disposición que: “*la resolución que aplique la multa administrativa será reclamable ante el Juez de Letras del Trabajo, dentro de quince días de notificada por un funcionario de la Dirección del Trabajo o de Carabineros de Chile, previa consignación de la tercera parte de la multa*”.

⁴² Hubo seis ministros por acoger la presentación (los señores Cea, Bertelsen, Fernández B., Correa, Venegas y Peña), quienes reiteraron los argumentos en cuanto a que la norma afectaba el libre acceso a la justicia y la defensa jurídica. Mientras que cuatro ministros (los señores Colombo, Vodanovic, Navarro y Fernández F.) no fueron partidarios de aceptar la acción, al estimar que se trata de una atribución facultativa, teniendo en consideración los efectos de la decisión y la circunstancia de que se trataba de una norma que se estaba modificando por el legislador y, por tanto, se eliminaba (rol N° 1173-08, 16 de marzo de 2009).

⁴³ Rol N° 1450-209, 25 de agosto de 2009. La normativa establece beneficios previsionales por gracia para personas exoneradas por motivos políticos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, de las empresas públicas, semifiscales, autónomas del Estado y privadas según la fecha de intervención. Además, otorga beneficios de pensión no contributiva o abono de tiempo por gracia con el fin de reparar las lagunas previsionales que se hayan producido producto de una exoneración de carácter político.

⁴⁴ Diputados Saa, Accorsi y Farías.

⁴⁵ Rol N° 1444-2009, 31 de diciembre de 2009.

nal Constitucional⁴⁶, tampoco se reunió el quórum constitucional respecto de la presentación dirigida en contra del artículo 2331 del *Código Civil*⁴⁷, que había sido previamente declarado inaplicable⁴⁸.

Cabe resaltar que en este caso no se reunió el quórum para declarar inconstitucional el precepto, tanto en parte⁴⁹ como totalmente⁵⁰.

VI. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

El Tribunal Constitucional ha señalado –incluso antes de la aprobación de las modificaciones adecuatorias de su Ley Orgánica– que los presupuestos para declarar la inconstitucionalidad son los siguientes: “a) *Debe tratarse de la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal*; b) *La referida norma debe haber sido declarada previamente inaplicable por sentencia de este Tribunal [...]* c) *El proceso de inconstitucionalidad debe haberse iniciado por el ejercicio de una acción pública acogida a tramitación por este Tribunal o por una reso-*

⁴⁶ Autos Rol N° 1723-10, 24 de mayo de 2011.

⁴⁷ El artículo señala: “*Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación*”.

⁴⁸ Roles N°s 943 y 1185

⁴⁹ La proposición se refería a declarar inconstitucional únicamente el adverbio “no”, que antecede a la forma verbal “dan” y la frase “a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero”. Por acoger estuvieron los ministros Bertelsen, Vodanovic, Carmona y Viera-Gallo. Estos dos últimos indicaron que: “*derogar la excepción de verdad produciría efectos nocivos respecto de la libertad de expresión, favoreciendo la autocensura ante el riesgo de ser condenado a pagar indemnizaciones cuantiosas o, cuando menos, a soportar un proceso judicial, todo lo cual incidiría negativamente en la calidad de la democracia*”. Por rechazarla estuvieron los ministros Venegas, Fernández, Peña, Navarro, Fernández y Aróstica, quienes fundaron su posición en la circunstancia que la disposición “*corresponde a un todo indivisible, no pudiendo esta Magistratura escindir el precepto en términos tales que se establezca en el hecho una nueva redacción normativa, aunque pudiera ella estimarse más ajustada a la Constitución Política*”.

⁵⁰ Por acoger estuvieron los ministros Venegas, Bertelsen, Fernández y Aróstica, invocando los precedentes roles N°s 943 y 1185. En contra votaron los ministros Vodanovic, Peña, Navarro, Fernández, Carmona y Viera-Gallo. Los tres primeros hicieron presente que: “*una interpretación armónica de las normas que integran el ordenamiento jurídico vigente lleva a la conclusión de que, sólo en algunos casos, la aplicación del artículo 2331 del Código Civil podría afectar la protección que la Constitución Política brinda a la honra de las personas*”. Los dos últimos puntualizaron que: “*el vicio de inconstitucionalidad sólo afecta a la primera parte de este artículo, que impide en forma absoluta y perentoria la indemnización del daño moral en caso de imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona*”.

*lución del mismo actuando de oficio; y d) Debe abrirse proceso sustanciándose y dictándose la correspondiente sentencia*⁵¹.

1. Debe tratarse de un precepto de rango legal.

En esta materia, se ha dictaminado que la declaración de inconstitucionalidad puede referirse a las expresiones contenidas en un artículo o en los incisos de éste, puesto que para estos efectos precepto legal importa una unidad de lenguaje que *“tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución y más precisamente cuando tenga la aptitud, en el evento de ser declarada inaplicable, de dejar de producir tal efecto”*⁵².

De este modo, para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal *“no es necesario que sea completa sino que se baste a sí misma”*⁵³.

2. La norma debe haber sido previamente declarada inaplicable.

De acuerdo a la normativa constitucional, sólo puede declararse inconstitucional el precepto que fue declarado previamente inaplicable, por lo que no puede extender su declaración más allá de lo resuelto previamente⁵⁴.

De este modo, la declaración de inconstitucionalidad debe fundarse únicamente en los preceptos constitucionales considerados transgredidos por la sentencia de inaplicabilidad previa que le da sustento⁵⁵.

Por lo mismo, se han desechado presentaciones respecto de normas que no han sido con anterioridad inaplicadas⁵⁶.

3. Sólo pueden considerarse las causales en que se sustentó la declaración previa de inaplicabilidad.

Se ha sentenciado que dado la vinculación existente con la declaración de inaplicabilidad, la resolución de inconstitucionalidad *“sólo puede conside-*

⁵¹ Así se ha señalado en todas las sentencias de inconstitucionalidad (roles N°s 681-06, 1345-09, y 1254-08, que son previas a las modificaciones de la *Ley orgánica del Tribunal Constitucional*, y rol N° 1710-10). Una revisión de la jurisprudencia de los primeros años en ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Jurisprudencia constitucional. 2006-2008* (Santiago, 2008).

⁵² Rol N° 1345-09, consid. 4°.

⁵³ Rol N° 1254/2009, consid. 11.

⁵⁴ Rol N° 1254-09, consid. 13°. Por lo mismo, se limitó la sentencia de inconstitucionalidad a la expresión “gratuitamente”, previamente declarada inaplicable en tres oportunidades (Roles N°s 755-07, 1138-08 y 1140-08)

⁵⁵ Rol N° 1710-10, consid. 29°. En atención a ello es inadmisibles la cuestión de inconstitucionalidad *“cuando no exista sentencia previa que haya declarado la inaplicabilidad del precepto legal impugnado”* (artículo 97 N° 1 del DFL. N° 5).

⁵⁶ Rol N° 1450-09.

*rar las causales en que se sustentó la declaración de inaplicabilidad*⁵⁷. Ello se confirma de la lectura del artículo 93 N° 7 de la Constitución⁵⁸, lo que pone de relieve que sólo ha de considerarse “*los vicios de inconstitucionalidad que motivaron específicamente la declaración de inaplicabilidad*”⁵⁹.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha precisado que ello no significa que los razonamientos deban ser idénticos, atendida la diversa naturaleza de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Mientras en la primera se está frente a una contradicción concreta, en la inconstitucionalidad en cambio “*se afronta una situación de contradicción abstracta, absoluta y palmaria entre un precepto legal –sin considerar sus aplicaciones concretas– y la Constitución*”⁶⁰.

De este modo, “*la Constitución exige congruencia entre las decisiones pasadas y la declaración de inconstitucionalidad, pero no una igualdad de argumentaciones*”⁶¹. En otras palabras, “*lo que está impedido hacer a esta Magistratura es ampliar los vicios que justifican su fallo, pero no así el abundar en las razones que le sirven de apoyo*”⁶².

4. *El proceso puede haberse iniciado por acción pública o de oficio.*

Al respecto debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en siete ocasiones acerca de la inconstitucionalidad de un precepto legal⁶³. En cuatro de ellas, la aludida Magistratura decidió abrir

⁵⁷ Rol N° 1254-09, consid. 14°.

⁵⁸ “*Declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior*”. La normativa legal señala que “*la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento*” (artículo 101 del DFL. N° 5). En tal sentido, el Tribunal Constitucional –en el control preventivo de su propia ley orgánica constitucional– señaló que “*la sentencia de inaplicabilidad que le sirve de sustento*” alude a “*la o a las sentencias de inaplicabilidad en que se basa la cuestión promovida o se funde la resolución preliminar o la declaración de inconstitucionalidad a que ellos se refieren, puesto que dichas sentencias pueden ser una o varias en conformidad a lo que dispone el artículo 93, inciso primero, N° 7, de la Constitución*” (rol N° 1288-08, consid. 118°). También se dispone que es inadmisile la cuestión de inconstitucionalidad en caso que “*se funde en un vicio de inconstitucionalidad distinto del que motivó la declaración de inaplicabilidad del precepto impugnado*” (artículo 97 N° 2 del DFL. N° 5).

⁵⁹ Rol N° 1254-09, consid. 14°.

⁶⁰ Rol N° 1710-10, consid. 173°.

⁶¹ Rol N° 1710-10, consid. 174°.

⁶² Rol N° 1710-10, consid. 175°.

⁶³ Sentencia rol N° 681-06, de 26 de marzo de 2007, en la que se declaró inconstitucional el artículo 116 del *Código Tributario*; sentencia rol N° 558-06 y 590-06 (acumuladas), de 5 de junio de 2007, en la que el tribunal rechazó la cuestión de constituciona-

proceso de oficio para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de un precepto legal⁶⁴ y, en las otras tres restantes, procedió a ejercer su atribución por requerimiento⁶⁵. Cabe precisar –además, como ya se ha señalado– que en dos ocasiones no ha entrado al fondo del asunto⁶⁶.

En tal sentido, debe puntualizarse que se han desechado presentaciones de inconstitucionalidad por falta de fundamentación razonable, al expresarse argumentaciones que resultan incompatibles e incluso contradictorias con el control abstracto que supone esta acción⁶⁷.

VII. DOCTRINA SUSTENTADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

1. Supone un control abstracto y, por consiguiente, exige una completa contradicción entre el precepto y la *Constitución*.

Al respecto, se ha sentenciado que el juicio de inconstitucionalidad expresa “*una comparación abstracta de dos normas de distinto rango, para constatar su manifiesta incompatibilidad. La ilegitimidad constitucional del precepto*

lidad deducida; sentencia rol N° 1173-08, de 16 de abril de 2009, en la que se rechazó el requerimiento deducido por no haberse reunido la mayoría exigida por el artículo 93 inciso 1°, N° 7 de la *Constitución*; sentencia rol N° 1.345-09, de 25 de mayo de 2009, en la que se declaró inconstitucional determinadas expresiones contenidas en el artículo 171 inciso 1° del *Código Sanitario*; sentencia rol N° 1.254-08, de 29 de julio de 2009, en la que se declaró inconstitucional una expresión contenida en el artículo 505 inciso 1° del *Código Orgánico de Tribunales*; sentencia rol N° 1.710-10, de 6 de agosto de 2010, en el que se declaró la inconstitucionalidad de algunos numerales del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933; y autos rol N° 1723-10, por acuerdo de 24 de mayo de 2011, en el que no se alcanzó el quórum para declarar inconstitucional el artículo 2331 del *Código Civil*.

⁶⁴ Sentencias roles N°s 681-06, 1.345-09 y 1.710-10. La última fue en los autos rol N° 1723-10, respecto del artículo 2331 del *Código Civil*, oportunidad en la que no se reunió el quórum constitucional exigido (acuerdo de 24 de mayo de 2011).

⁶⁵ Sentencias roles N°s 558-06 y 590-06 (acumuladas), 1.173-08 y 1.254-08. Cabe señalar que el proyecto de la ley orgánica del Tribunal Constitucional fijaba un plazo fatal para promover la acción de inconstitucionalidad, de seis meses, lo que se declaró contrario a la *Constitución* (rol N° 1288), desde que esta última “*no estableció plazo alguno para promover la cuestión, teniendo presente sin duda, la trascendencia de la atribución entregada a esta Magistratura, que trae como consecuencia, si se resuelve la inconstitucionalidad, que la norma legal, por ser contraria a la Ley Suprema, quede derogada*” (consid. 77°). De este modo, se concluye que no queda comprendido dentro de la competencia del legislador el “*establecer un plazo para que la cuestión de inconstitucionalidad sea promovida*” (consid. 78°).

⁶⁶ Sentencias Roles N°s 1.444-09, de 31 de diciembre de 2009, y 1.450-09, de 25 de agosto de 2009.

⁶⁷ Rol N° 1444-09, de 31 de diciembre de 2009.

legal emana de su propio enunciado, sin referencia a una situación singular. La sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, que excluye el precepto del ordenamiento jurídico, produce efectos generales. En la inaplicabilidad, por el contrario, la decisión jurisdiccional ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación de la norma impugnada puede tener en el caso concreto y no, necesariamente, en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional. Los efectos de la resolución son relativos y conciernen a las partes del juicio o gestión en que inciden”. De lo expuesto se sigue que: “no existe una relación causal entre ambos juicios –de inaplicabilidad e inconstitucionalidad–, en términos que la inaplicación de un precepto provoque necesariamente su inconstitucionalidad. Perfectamente una disposición declarada inaplicable puede ser constitucional en abstracto y resultar aplicable en otros casos”⁶⁸.

De este modo, la labor consiste en “constatar la irremediable contradicción entre un precepto legal y la Carta Fundamental”⁶⁹.

2. *La declaración de inconstitucionalidad se vincula con los principios de supremacía constitucional e igualdad ante la ley.*

Se ha sentenciado que “el sentido de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, como nueva atribución conferida al Tribunal Constitucional, “tiene directa relación con los principios de supremacía constitucional, de concentración de la justicia constitucional y de igualdad ante la ley. A juicio de esta Magistratura, la situación sub lite afecta, al mismo tiempo, el principio de certeza jurídica que, tal y como ha sido precisado en su jurisprudencia, constituye un elemento fundamental del Estado de Derecho cuya custodia la Carta encomienda a este órgano de control constitucional”⁷⁰.

3. *El fin de la declaración de inconstitucionalidad es la tutela del Estado de Derecho y el fortalecimiento del sistema de pesos y contrapesos.*

Asimismo, se ha consignado que el control a posteriori de constitucionalidad de la ley, que puede derivar en la expulsión de un precepto del ordenamiento jurídico positivo, “es una competencia que procura regular el correcto funcionamiento y la eficacia del Estado de Derecho, lográndose con ello el fortalecimiento constante de los sistemas de frenos y contrapesos en el actuar de los órganos del Estado en forma compatible con aquella división de funciones prevista en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República, en el marco de un régimen democrático”⁷¹.

⁶⁸ Rol N° 558-06, consid. 5°.

⁶⁹ Rol N° 1254-08, consid. 22°.

⁷⁰ Rol N° 681-06, consid. 6°.

⁷¹ Rol N° 1254-08, consid. 25°. Previamente rol N° 681-06, consid. 7°.

4. Garantiza el respeto a los colegisladores.

Se ha puntualizado por la Magistratura Constitucional que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal “*en nada vulnera sino que, por el contrario, refleja y garantiza el necesario respeto hacia la labor de los órganos colegisladores y la plena eficacia de la presunción de constitucionalidad de la ley generada por los órganos legitimados para ello dentro de un Estado democrático. Este principio, reiterado en la jurisprudencia de este Tribunal, constituye una expresión que concreta la separación de funciones del Estado y su asignación a los órganos competentes, que se encuentra expresamente establecida en el artículo 7º, inciso segundo, de la Carta Fundamental*”⁷².

En consecuencia, al no ser un colegislador, el Tribunal Constitucional ha precisado que no le está permitido señalar la norma que debe reemplazar el precepto derogado. En efecto, sobre el punto ha indicado que “*el Tribunal Constitucional de Chile puede declarar que un precepto jurídico vulnera la Constitución y, en consecuencia, producirse su derogación. O sea, la desaparición del ordenamiento desde la fecha de la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que así lo ordena. Sin embargo, una vez adoptada tal resolución, a esta Magistratura no le está dada la atribución de señalar al colegislador cuál debiera ser la norma que reemplace al precepto derogado. Este Tribunal no es colegislador. Y la apreciación que sobre las bondades o carencias de este criterio pudiera formularse, tampoco es de su competencia*”⁷³.

No obstante el tribunal, en dos de sus pronunciamientos, ha instado al legislador a mejorar un determinado instituto jurídico.

Así ha ocurrido al indicar que “*ante las dudas, dificultades y encontradas interpretaciones que ha generado la aplicación del artículo 416, inciso tercero, del Código Procesal Penal, esta Magistratura no puede sino hacer presente a los poderes legisladores la conveniencia de regular adecuada y eficazmente el procedimiento de desafuero de parlamentarios en delitos de acción privada*”⁷⁴. Del mismo modo, en otra sentencia hizo presente que “*parece conveniente instar al legislador a resolver esta situación que se ha producido, como consecuencia de la subsistencia del turno gratuito de los abogados, estableciendo un mecanismo de asesoría similar al que ya existe en otras materias, como por ejemplo en materia penal y, más recientemente, en el ámbito laboral*”⁷⁵.

5. La declaración de inconstitucionalidad es una facultad.

Al respecto, se ha insistido que “*si bien la sentencia previa de inaplicabilidad es condición del ejercicio de la acción de inconstitucionalidad,*

⁷² Rol N° 681-06, consid. 7°.

⁷³ Rol N° 1.710-10, de 6 de agosto de 2009, consid. 46°.

⁷⁴ Rol N° 558-06, consid. 25°.

⁷⁵ Rol N° 1254-08, consid. 96°.

*ésta es examinada y resuelta en su propio mérito y, adicionalmente, exige la calificación de supuestos vinculados al interés público; de manera que, como lo corrobora la historia del proyecto de reforma constitucional reseñada en lo pertinente anteriormente, el Tribunal Constitucional ejercita su atribución facultativamente y no se encuentra obligado a efectuar una declaración de inconstitucionalidad*⁷⁶.

En otras palabras, *“la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable no constituye un deber para el Tribunal, sino que es una facultad que le corresponderá ejercer en la medida que ninguna interpretación del precepto impugnado permita su ajuste o adecuada sujeción con la Carta Fundamental, tal como se ha sentenciado por esta Judicatura (roles N^{os} 558, 681 y 1173)”*⁷⁷.

6. Vinculación con la acción de inaplicabilidad previa.

Se ha puntualizado que no existe una relación causal entre los juicios de inaplicabilidad e inconstitucionalidad *“en términos que la inaplicación de un precepto provoque y convoque necesaria y obligatoriamente a una declaración de inconstitucionalidad”*, puesto que perfectamente *“una disposición declarada inaplicable puede ser constitucional en abstracto y resultar aplicable en otros casos. Sólo será inconstitucional si ninguna interpretación o posible hipótesis de aplicación de la disposición admite su sujeción a la Carta Fundamental”*⁷⁸.

Por ello, *“si bien la sentencia previa de inaplicabilidad es condición del ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, ésta es examinada y resuelta en su propio mérito y, adicionalmente, exige la calificación de supuestos vinculados al interés público; de manera que, como lo corrobora la historia del proyecto de reforma constitucional reseñada en lo pertinente anteriormente, el Tribunal Constitucional ejercita su atribución facultativamente y no se encuentra obligado a efectuar una declaración de inconstitucionalidad”*⁷⁹.

7. Es una medida de “ultima ratio”.

Finalmente, se ha indicado por el Tribunal Constitucional, que *“es indiscutible que dicha declaración constituye el último recurso para asegurar la supremacía constitucional, desde que implica no sólo la anulación o derogación de un acto emanado del órgano legislativo -expresión éste irrecusable de la soberanía popular-, sino que conlleva un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de la norma jurí-*

⁷⁶ Rol N^o 558-06, consid. 17^o.

⁷⁷ Rol N^o 1254-08, consid. 19^o. En el mismo sentido, rol 1345/2009, consid. 2^o.

⁷⁸ Rol N^o 1254-08, consid. 28^o.

⁷⁹ Roles N^{os} 558-06 y 590-06 (acumuladas), de cinco de junio de 2007 consid. 17^o.

*dica naturalmente destinada a regular inmediatamente las conductas, cuyo reemplazo es incierto*⁸⁰.

En otras palabras, resulta evidente que “*la declaración de inconstitucionalidad constituye el último recurso –la “última ratio”– para asegurar la supremacía constitucional, desde que implica el dejar sin efecto, con carácter derogatorio, un acto emanado del órgano legislativo –expresión de la soberanía popular–, lo que puede eventualmente conllevar un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de un determinado precepto legal que se expulsa del ordenamiento jurídico por ser manifiestamente contrario a la Carta Fundamental*”⁸¹.

Como lo señala el veto presidencial, haciéndose cargo del cuestionamiento del poder del Tribunal Constitucional calificado por algunos como contramayoritario, “*es perfectamente conciliable con la democracia puesto que, a diferencia de los demás órganos del Estado, la tarea del Tribunal Constitucional no es hacer el bien sino evitar que se haga el mal, entendido éste como la actuación de los demás poderes al margen de lo previsto en la Constitución. Es un órgano defensivo del Estado Democrático frente a su posible desnaturalización. Por lo mismo, en su tarea de declarar la inconstitucionalidad ha de actuar con la debida prudencia y ejercicio de última ratio que dicha fórmula exige*”⁸².

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal ha señalado que para declarar la inconstitucionalidad de un determinado precepto deben tomarse en consideración las consecuencias que pueda tener tal declaración en el orden constitucional. Por lo mismo se ha dictaminado que “*el ordenamiento constitucional es un sistema normativo, que regula poderes públicos, reconoce y ampara derechos subjetivos y fundamenta, en fin, la cohesión y equilibrio político y social. La exclusión de una norma legal es consecuencia de la ruptura de ese ordenamiento, para restablecerlo en plenitud. Dicha finalidad no se logra si la expulsión del precepto legal puede acarrear efectos aún más nocivos que los que produce su pervivencia. Una decisión de tal envergadura requiere, pues, la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es la determinación de las consecuencias de la desaparición del precepto legal. Si deviene una situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma*”⁸³.

⁸⁰ Ibid., considerando 8°.

⁸¹ Rol N° 1254-08, consid. 21°.

⁸² Veto Presidencial, en Oficio de 16 de agosto de 2005. Un excelente análisis de la evolución de la doctrina en CARMONA SANTANDER, Carlos, *Autorestricción del Tribunal Constitucional chileno*, en *Revista Derecho y Humanidades*, 19 (2012), p. 75-128

⁸³ Roles N°s 558-06 y 590-06 (acumuladas), de 5 de junio de 2007, consid. 19°.

VIII. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. El artículo 94 de la *Constitución Política de la República*, inciso tercero, señala que el precepto legal, cuya inconstitucionalidad ha sido declarada, “*se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo*”.

La materia fue ampliamente discutida, según consta de la historia fidedigna del establecimiento de la disposición

Así, en primer trámite constitucional, en el Senado, se consagraba que la norma legal que fuera declarada inconstitucional “se entenderá derogada desde dicha publicación”.

En la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el Senador señor Espina propuso una disposición según la cual “*la declaración de inconstitucionalidad no operará con efecto retroactivo respecto de todas aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada*”⁸⁴.

Sobre el punto el Subsecretario del Interior de la época, señor Jorge Correa Sutil, opinó que aquella disposición, “*si bien intenta reafirmar la validez de aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada antes de una declaración de inconstitucionalidad, no impide que se susciten dudas en relación a actos, negocios, contratos y otros instrumentos suscritos con anterioridad a dicha declaración*”⁸⁵.

Por su parte, el senador Larraín consideró innecesaria esta indicación pues “*las proposiciones que ella contiene son igualmente aplicables en virtud de los principios generales de derecho en esta materia, que son de común e indubitada aplicación en nuestro medio*”. Al referirse a los efectos generales de la inconstitucionalidad, el mismo senador hizo presente la necesidad de un quórum mayor “*por cuanto se trata de derogar una ley*”⁸⁶.

Del mismo modo, los senadores Moreno y Silva Cimma “*coincidieron en cuanto a que tales disposiciones serían innecesarias*”. Así las cosas, se dejó expresa constancia en relación a que “*los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y, en caso alguno, en forma retroactiva*”⁸⁷.

Otro parlamentario puntualizó que “para evitar el efecto retroactivo de la nulidad debe establecerse que la sentencia sólo producirá efectos para el futuro, después de publicada en el Diario Oficial. Con ello, las sentencias

⁸⁴ “Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Reglamento y Justicia del Senado”, de 16 de noviembre de 2001.

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ *Ibíd.*

judiciales ejecutoriadas no serán afectadas y todo lo pendiente se resolverá con absoluta prescindencia de la norma declarada inconstitucional”⁸⁸.

2. En el segundo trámite, en la Cámara de Diputados también se discutió acerca del alcance de la inconstitucionalidad.

En sesión de 23 de marzo de 2005, la diputada señora Guzmán destacó la relevancia de la inconstitucionalidad, como una “*forma más consistente para asegurar la igualdad ante la ley*”⁸⁹.

Por su parte, el diputado señor Bustos señaló la conveniencia de “*establecer un recurso de inconstitucionalidad en que la disposición quede erga omnes como tal y, por lo tanto, inválida jurídicamente*”⁹⁰.

El texto aprobado en segundo trámite establecía que el precepto legal declarado inconstitucional quedaría sin efecto “de pleno derecho”.

3. Con posterioridad, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se hizo presente ciertas dudas que se suscitaba en lo concerniente al momento a partir del cual el precepto declarado inconstitucional quedaba sin efecto, estimando que “*la redacción de esta norma no debería admitir la posibilidad que las resoluciones que el Tribunal Constitucional adopte en estos casos produzcan efectos retroactivos*”, solicitando al Ejecutivo recoger estas observaciones en veto que el presidente de la República podía formular. En tal sentido, en el informe de la aludida comisión, en tercer trámite, se enfatizó que “*la redacción de esta norma no debería admitir la posibilidad de que las resoluciones que el Tribunal Constitucional adopte en estos casos produzcan efectos retroactivos*”⁹¹.

4. Así las cosas, el efecto de las sentencias del Tribunal Constitucional fue materia de un veto presidencial, precisándose –en sus motivaciones– que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal “*sólo tiene carácter derogatorio y, por ende, su declaración de inconstitucionalidad no tiene efecto retroactivo*”. De modo tal que la disposición señala que el precepto declarado inconstitucional “*se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo*”.

En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se verificó que este veto correspondía a “*ajustes que se*

⁸⁸ “Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado”, 18 de marzo de 2003.

⁸⁹ Sesión de la Cámara de Diputados de 23 de marzo de 2005.

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ “Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado”.

han efectuado a diversos numerales del artículo 82". Esta materia fue aprobada en la Sala sin discusión y por unanimidad.

La Cámara de Diputados, a su turno, también lo aprobó, destacándose por los diputados Guzmán y Bustos la relevancia de la acción de inconstitucionalidad.

5. Sobre el punto la doctrina especializada ha señalado que la decisión del constituyente en cuanto al efecto derogatorio y no retroactivo (*ex nunc*) "es compleja y no exenta de críticas", habida consideración que ello "tiene enormes implicancias y se relaciona con juicios sentenciados conforme a preceptos legales declarados inconstitucionales; con procesos en marcha, y derechos, situaciones o posiciones adquiridas en dicho período conforme a un precepto legal inconstitucional", incluso en materias tan relevantes como la penal; sin embargo, concluye, "la *Constitución* es categórica: prohíbe aplicar efectos retroactivos a una sentencia de inconstitucionalidad"⁹².

Otro autor ha puntualizado, con motivo de la prohibición de efecto retroactivo de la sentencia de inconstitucionalidad, que la regla constitucional "parece excesivamente rígida, ya que en algunos casos excepcionales se puede requerir que la sentencia pueda generar efectos *ex tunc*. Un caso concreto donde parece razonable la aplicación de criterios *ex tunc* es cuando se impugna la inconstitucionalidad de un precepto legal por vicios de procedimiento o forma, declarada la inaplicabilidad en concreto y solicitada la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, parece difícil sostener que una norma que no pudo nacer constitucionalmente pueda considerarse válida e integrante del ordenamiento jurídico hasta el momento de la expulsión por fallo del tribunal constitucional, parece que en tal caso se justifica los efectos *ex tunc*, dejando a salvo los derechos adquiridos y la cosa juzgada"⁹³.

IX. EFECTOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD EN LAS GESTIONES PENDIENTES

Existen dos precedentes interesantes de analizar en esta materia.

1 En efecto, la Corte Suprema, después de la primera declaración de inconstitucionalidad correspondiente al artículo 116 del *Código Tributario*,

⁹² GÓMEZ BERNALES, Gastón, *La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional*, en *Reforma Constitucional* (2005), p. 683.

⁹³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de las leyes en la reforma constitucional de 2005. De las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias*, en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (editor), *La Constitución Reformada de 2005*, cit. (n. 11), pp. 444 y 445.

presentó más de un centenar de solicitudes de inaplicabilidad en relación a procedimientos que se encontraban en casación⁹⁴.

Frente a dicha petición, el Tribunal Constitucional resolvió que, en atención al efecto derogatorio producido por la sentencia de inconstitucionalidad y, al no encontrarse vigente el referido precepto legal, no resultaba procedente el requerimiento, por lo que la aplicación del mismo en la gestión seguida ante la Corte Suprema no resultaba decisiva⁹⁵.

En todo caso, la Corte Suprema decidió anular todo lo obrado en las respectivas gestiones, teniendo en consideración la ratio decidendi del pronunciamiento formulado por el Tribunal Constitucional⁹⁶.

⁹⁴ En sus fundamentos se señala: “4º) *Que, como puede advertirse, nuestro constituyente optó, dentro de las alternativas que contempla el derecho comparado y la doctrina, por dar carácter derogatorio a la declaración general de inconstitucionalidad de un precepto legal que realiza el Tribunal Constitucional, en lugar de asignarle un efecto anulatorio;* 5º) *Que debe concluirse, por tanto, que la ineficacia del artículo 116 del Código Tributario que declaró el referido órgano por estar en pugna con la Carta Fundamental sólo cubre el lapso que sigue a la publicación, y no afecta al tiempo previo a ésta [...].* 8º) *Que, sentado lo anterior, es forzoso concluir que en razón del llamado efecto inter temporal de la ley es posible afirmar que el artículo 116 del Código Tributario rige todavía respecto del período que va desde que entró en vigencia hasta su derogación, la que para este juicio no surte ningún efecto;* 9º) *Que, como resultado de estos razonamientos, aparece claro que respecto de las actuaciones de un Juez tributario nombrado según el artículo 116 del Código Tributario que se efectúen después del 29 de marzo de este año, dicho precepto es inconstitucional y no puede aplicársele por estar derogado; en cambio, en cuanto a idénticas actuaciones practicadas antes de esa fecha, la misma norma es constitucional y debería aplicarse;* 10º) *Que tal diferenciación no aparece revestida de razonabilidad y, más aún, deviene en una situación injusta que supone aplicar distintos estatutos legales a casos similares, lo que hace imperiosa su corrección por los medios que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los sentenciadores”* (auto motivado de 3 de septiembre de 2007, en causa rol N° 831-2007).

⁹⁵ Se expresa por el Tribunal Constitucional esencialmente: “Décimosexto. *Que esta Magistratura, en ejercicio de la competencia específica que le asigna el requerimiento, debe precisar que en la época en que se efectuó la delegación el artículo 116 del Código Tributario sí tenía plena eficacia de ley y careciendo de ella ahora, no le corresponde a este Tribunal Constitucional declarar su inaplicabilidad retroactiva;* Decimoséptimo. *Que en mérito de lo considerado precedentemente este Tribunal decidirá que carece de facultades para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal que no tiene existencia constitucional y que, además y a mayor abundamiento, como su principal consecuencia, ya no puede tener efecto alguno en la decisión del fondo de la materia en litis”* (rol N° 831, de 24 de enero de 2008). El fallo comentado contiene una prevención del ministro Navarro, quien hizo presente que la Corte Suprema podía resolver el conflicto, teniéndose presente que se trataba de una norma que no debía ser aplicada en el caso concreto al haberse derogado. Además, existe una disidencia del ministro señor Jorge Correa Sutil, quien fue partidario de pronunciarse sobre el fondo.

⁹⁶ Así, en sentencia de 12 de agosto de 2008, rol N° 1885-2007, se expresa: “Décimo séptimo: [...] *La sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional al*

2. Tratándose de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter, a pesar de haber declarado inconstitucional, en esta oportunidad, el Tribunal Constitucional decidió acoger las nuevas presentaciones⁹⁷. En tal sentido, se hace referencia a las particularidades del efecto de la declaración de inconstitucionalidad⁹⁸. Del mismo modo, a la seguridad jurídica⁹⁹.

poseer los efectos de una ley derogatoria produce entonces efectos en todas las causas que se encuentran pendientes, toda vez que la norma del artículo 116 del Código Tributario es una norma de carácter procesal caracterizada por su aplicación permanente en el juicio. Por tanto, los efectos de una ley derogatoria prevalecen sobre la disposición procesal anterior desde el momento en que comienza a regir, como se desprende del artículo 24 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes; [...] Décimo octavo: Que, por otra parte, la decisión acerca de los efectos en el tiempo de una ley, en este caso, de una sentencia, es de competencia de los jueces del fondo; y es cierto que la derogación de la norma en referencia no puede regir en cuanto a las causas afinadas, porque en ellas hay sentencia firme, con efecto de cosa juzgada, y por ello importaría la afectación de derechos adquiridos. Sin embargo, distinta es la situación respecto de las causas pendientes, en las que no hay sentencia firme y, por ende, no hay una situación consolidada protegida por la cosa juzgada ni derechos adquiridos con relación a ella. En este último caso no se da efecto retroactivo al fallo del Tribunal Constitucional cuando se lo aplica a dichas causas pendientes, porque no se afecta ningún derecho adquirido sino sólo meras expectativas; [...]; Vigésimo segundo: Que de acuerdo a todo lo expuesto y por haber sido derogada la norma, no puede tener aplicación en el presente juicio; y los efectos de dicha derogación tienen que ser los mismos que los de la declaración de inaplicabilidad anterior, por cuanto, y repitiendo el concepto, la norma legal derogada producía efectos permanentes y la decisión acerca de la validez o nulidad del proceso depende precisamente de la aplicación o no de la norma o de su existencia. Al haber ésta desaparecido, no puede ser aplicada al juicio tributario respecto del cual ella era el sustento, produciéndose el decaimiento de sus efectos procesales y la correspondiente nulidad, por lo que procede así declararlo”.

⁹⁷ Véase especialmente, N° rol 1552-10, 28 de octubre de 2010

⁹⁸ Se entiende que la disposición ha perdido vigencia. De este modo: “no se trata, entonces, de una derogación propiamente tal, la que siempre se producirá en mérito de la dictación de otra ley, en tanto declaración de la voluntad soberana que proviene de los órganos legislativos. No puede, por consiguiente, igualarse jurídicamente la legitimidad que brinda una ley posteriormente derogada con la legitimidad de que está dotada aquella situación cubierta por el efecto irretroactivo de la norma declarada inconstitucional. Además, no parece posible que un precepto invalidado por esta Magistratura —puesto que la declaración de inconstitucionalidad lo priva de efectos desde la publicación de la sentencia respectiva en el Diario Oficial— pueda seguir rigiendo hacia el futuro bajo la premisa de haberse encontrado vigente al momento de perfeccionarse la antedicha relación contractual”

⁹⁹ Se indica que: “No cabe duda que la legitimación de los efectos anteriores a la exclusión del precepto del sistema normativo, se funda en el propósito del Constituyente de custodiar la seguridad jurídica y brindar protección a la apariencia generada al amparo de dicho precepto. Quienes, obrando de buena fe, han configurado una situación intersubjetiva que supone la concurrencia de derechos y obligaciones, en la convicción de que obraban al amparo de la ley, quedan a salvo de reproche jurídico, mas no en virtud de la norma posteriormente invalidada, sino del escenario jurídico en que se desenvolvía esta relación.

Finalmente, cabe tener presente que en la última decisión de inconstitucionalidad se consignó que *“de lo expresado anteriormente, debe concluirse que el artículo 94 de la Constitución, al referirse a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, y señalar que la norma declarada inconstitucional se entenderá derogada, alude a una especie de derogación sui generis, que debe distinguirse de la derogación efectuada por el legislador, toda vez que no responde a razones de mérito sino a la verificación de un vicio constitucional de orden público; por lo mismo, un efecto ultractivo de las normas derogadas es limitado y sólo opera para el futuro”*¹⁰⁰.

De lo dicho se desprende que el propósito del constituyente fue evitar que la decisión de inconstitucionalidad pudiera tener efecto retroactivo, de forma tal de no alterar situaciones jurídicas consolidadas o amparadas por sentencia o resolución que produzca efectos de cosa juzgada. Se trata de una materia compleja, habiéndose discutido en la doctrina¹⁰¹.

X. CONCLUSIONES

1. Hasta antes del 2005 no existía norma alguna que facultara a los tribunales de justicia a declarar inconstitucional y con efectos generales un determinado precepto legal. La Carta de 1925 sólo facultó a la Corte Suprema para declarar en un caso concreto la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Dicha atribución se mantuvo durante 80 años. Tratándose del control preventivo de constitucionalidad de la ley, la reforma de 1970 ya había otorgado una atribución al Tribunal Constitucional, la que fue reforzada en el texto de 1980.

No obstante lo anterior, la Constitución nada dice respecto del efecto ultractivo a que se alude en el considerando anterior”. Por lo tanto, forzoso resulta concluir que: “si una ley, por contravenir la Carta Fundamental, es excluida del ordenamiento jurídico, quedando, en consecuencia, invalidada, no puede subsistir tampoco en razón de una estipulación contractual, puesto que ella estaría afectada hacia el futuro del mismo vicio que motivó la declaración de inconstitucionalidad”.

¹⁰⁰ Sentencia rol N° 1.710-10, de 6 de agosto de 2010, consid. 27°.

¹⁰¹ Por lo mismo, el Tribunal Constitucional afirma: *“Que doctrinariamente se ha controvertido la naturaleza de la declaración de inconstitucionalidad, de efectos generales y derogatorios o anulatorios de la norma legal. Así, Calamandrei le atribuye una función no jurisdiccional, que examina a la ley en términos generales, como problema legislativo y no judicial. Otros autores la entienden como atribución propiamente jurisdiccional. Finalmente, desde una posición ecléctica, algunos le asignan una función auxiliar de control”* (sentencia roles N°s 558-06 y 590-06 (acumuladas), de 5 de junio de 2007, consid. 18°). Véase SAENGER G., Fernando, *Acción de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Facultades del nuevo Tribunal Constitucional. Algunos casos jurisprudenciales*, en *Estudios Constitucionales*, 5 (Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2007) 1, pp. 305-348.

2. Con la reforma constitucional de 2005 se otorga por primera vez en nuestra historia esta facultad, en términos tales que el Tribunal Constitucional puede declararlo siempre que previamente haya sido declarado inaplicable para un caso concreto.

3. Para que sea procedente la acción de inconstitucionalidad es necesario la existencia de un precepto legal, previamente declarado inaplicable, invocándose las mismas causales, en un procedimiento que puede iniciarse de oficio o por acción pública.

4. El artículo 94 de la *Constitución Política de la República* señala que el precepto declarado inconstitucional se entiende derogado desde la publicación en el *Diario Oficial* de la sentencia que acoja el reclamo, sin que ello produzca efecto retroactivo. El propósito fue no alterar situaciones jurídicas consolidadas o amparadas por sentencia o resolución que produzca efectos de cosa juzgada. Al producirse la declaración de inconstitucionalidad y derogarse, por tanto, el precepto legal, el Tribunal Constitucional entiende que la norma ha desaparecido del ordenamiento jurídico.

5. A la fecha, se han dictado cuatro sentencias de inconstitucionalidad referentes a delegación de jurisdicción tributaria por vía infralegal (artículo 116 del *Código Tributario*), exigencia de consignación previa en materia sanitaria (artículo 171 del *Código Sanitario*), gratuidad del turno de los abogados (artículo 595 del *Código Orgánico de Tribunales*) y facultades de la Superintendencia de Salud respecto de la tabla de factores en el contrato de salud (artículo 38 ter de la Ley N° 18.993).

6. El Tribunal ha establecido entre otras doctrinas en esta materia que se trata de un recurso excepcional o de última ratio, sólo si ninguna interpretación de la norma se ajusta a la *Constitución Política de la República*, lo que además se ve confirmado por el alto quórum exigido (4/5).

7. Finalmente, debe insistirse que se trata de una facultad del Tribunal y no de un deber, tal como se desprende de los tres casos en que no se logró su declaración de inconstitucionalidad, referidos a los artículos 416 del *Código Procesal Penal*, 474 del *Código del Trabajo* y 2331 del *Código Civil*.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Jurisprudencia constitucional 2006-208* (Santiago, 2008).
- ANDRADE, Carlos, *Elementos de Derecho constitucional chileno* (1971).
- ARANCIBIA MATAR, Jaime, *Actas del Consejo de Estado en Chile 1976-1990* (Santiago, Universidad de los Andes - Centro de Estudios Bicentenario, 2008).
- ARELLANO GÓMEZ, Pilar, *Historia fidedigna de la Ley Orgánica del Tribunal Consti-*

- tucional* (Memoria para optar al grado de Magíster de Derecho de la U. Católica, 2009).
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel - GONZALEZ GARCIA, Julio, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006).
- BERTELSEN REPETTO, Raúl, *Control constitucional de la ley* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969). CUMPLIDO CERECEDA, Francisco, *Teoría de la Constitución* (Santiago, Editorial Universitaria, 1958).
- BULNES ALDUNATE, Luz, *Constitución Política de la República de Chile. Concordancias, anotaciones y fuentes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981).
- BULNES Aldunate, Luz, *Los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad en la reforma constitucional*, en *Actualidad Jurídica*, 13 (2006).
- CAPELLETTI, Mauro, *La justicia constitucional* (México, Porrúa, 2007).
- CARMONA SANTANDER, Carlos, *Auto restricción del Tribunal Constitucional chileno*, en *Revista Derecho y Humanidades*, 19 (2012).
- CARRASCO ALBANO, Manuel, *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833* (2ª edición, Santiago, 1874).
- CARVAJAL R., Horacio, *La Corte Suprema* (Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Imprenta El Esfuerzo, 1940).
- FAVOREAU, Louis, *Los tribunales constitucionales* (Barcelona, Ariel, 1994).
- GÓMEZ BERNALES, Gastón, *La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional*, en *Reforma Constitucional* (2005).
- GROPPI, Tania, *Las grandes decisiones de la Corte Constitucional italiana* (México, 2008); SCHWABE, Jurgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán* (México, Ed. Konrad Adenauer, 2009).
- GUERRA, José Guillermo, *La Constitución de 1925* (Santiago, 1929).
- HUNEEUS, Jorge, *La Constitución ante el Congreso* (Santiago, 1880), II.
- LASTARRIA, José Victorino, *Derecho público constitucional teórico o filosófico* (Santiago, 1906).
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (editor), *20 años de la Constitución Chilena* (Santiago, ConoSur, 2001).
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *Acción de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Notas sobre su evolución histórica en Chile* (México, 2010).
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *El control de constitucionalidad de las leyes en Chile. 1811-2011*, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, 43 (2011).
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *El control de constitucionalidad de las leyes en Chile 1811-2011*, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, 43 (2011).
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *La Corte Suprema de Justicia y don Manuel Montt*, en BRAVO LIRA, Bernardino - VICENCIO EYZAGUIRRE, Felipe (editores), *Manuel Montt educador legislador, gobernante y magistrado. Estudios en conmemoración del bicentenario de su nacimiento (1809-2009)* (Santiago, Fundación Manuel Montt, 2009), I.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La Constitución reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia, 2005).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de las leyes en la reforma constitucional de 2005. De las competencias del Tribunal Cons-*

- titucional y los efectos de sus sentencias*, en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (editor), *La Constitución Reformada de 2005* (Santiago, Librotecnia, 2005).
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Reformas constitucionales 2005. Antecedentes, debates, informes* (Santiago Editorial Jurídica de Chile, 2005).
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, *Trascendencia de la reforma constitucional en la fisonomía y las atribuciones del Tribunal Constitucional*, en *Estudios Constitucionales*, 1 (Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2005).
- SAENGER G., Fernando, *Acción de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Facultades del nuevo Tribunal Constitucional. Algunos casos jurisprudenciales*, en *Estudios Constitucionales*, 5 (Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2007) 1.
- Senado de la República de Chile, Reformas Constitucionales 2005. Historia y tramitación.*
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), X.
- VALENCIA AVARIA, Luis, *Anales de la República* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986).
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario, *Manual de Derecho constitucional* (Santiago, 1994).
- VV. AA., *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984).
- ZAPATA LARRAÍN, Patricio, *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008).
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *Elementos de jurisdicción constitucional* (Santiago, Editorial de la Universidad Central, 2002).
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *Elementos de jurisdicción constitucional* (Santiago, 2002), II.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *Reforma Constitucional* (Santiago, LexisNexis, 2005).