



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Zúñiga Urbina, Francisco  
Controles de la potestad legal y reglamentaria  
Ius et Praxis, vol. 7, núm. 2, julio-agosto, 2001, pp. 105-178  
Universidad de Talca  
Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19770207>

- 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

Ius et Praxis Año 7 No 2: 105 - 178, 2001

## ARTÍCULOS DE DOCTRINA

### Controles de la Potestad Legal y Reglamentaria

Francisco Zúñiga Urbina (\*)

(\*) Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central.

#### I. PROLEGÓMENOS: POTESTAD LEGISLATIVA Y REGLAMENTARIA

En la cultura iuspublicista de occidente y de tradición románico-germánica, sus pilares con la doctrina del derecho público francés y germano de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, en que emerge el concepto toral de potestad, en la fragua o alambique de la III República y del Imperio guillermino, asentadas en un dualismo de principio: principio monárquico y principio liberal, que hoy resulta anacrónico. Por ello dos grandes juristas de época como Hans Kelsen y León Duguit conscientes de la concepción ideológico-autocrática y de un débil liberalismo, que subyace a las doctrinas del Estado que le son contemporáneas, y a partir de la crítica a la teoría del Estado tradicional, intentan reconstruir el derecho público desde el principio democrático y el servicio público<sup>1</sup>.

Un jurista de época como Raymond Carré de Malberg en su Teoría General del Estado hace una síntesis de la doctrina francesa y alemana tomando como referencia tres conceptos básicos: Estado-Nación, Estado-persona jurídica y Estado-potestad. Estos conceptos básicos tienen su raíz en el principio dogma de la soberanía, que si bien en la doctrina contemporánea designa una cualidad del poder en el Estado, explica también el concepto basal de potestad o "poderes"<sup>2</sup>. A partir del concepto de potestad se concluye que el Estado no puede estar obligado, ligado o limitado más que en virtud de su propia voluntad (soberanía), base de la doctrina de la "auto-limitación" (Selbsverpflichtung, Selbstbindung o Selbstbeschränkung).

En este cuadro las funciones estatales o del poder estatal son diferentes manifestaciones de la actividad dominadora o diversos modos de ejercicio de la potestad estatal, ya que la potestad es una en el Estado, aunque se despliegue a través de diversos órganos del poder. De esta suerte, Legislación, Administración y Jurisdicción son tres grandes clases de actividad, que incluso pueden reducirse a Legislación y Ejecución. En el contexto referido el principio dogma de la separación de poderes opera como un verdadero programa político de organización del Estado conducente a la distribución horizontal y vertical de poder para el logro de la limitación y equilibrio del poder (Jellinek), y no sólo como una exigencia de división social del trabajo en una organización compleja.

El esquema de organización del Estado, funciones y órganos, en suma el "sistema de potestades" tiene su origen en la Constitución. No es este el lugar para debatir acerca de concepciones formales o materiales relativas a las funciones estatales sino simplemente identificar a partir del esquema trinitario (Legislación, Administración y Jurisdicción) la potestad legislativa y la potestad reglamentaria y sus frutos en cuanto a actos estatales: leyes y reglamentos o si se quiere actos legislativos y actos ejecutivos<sup>3</sup>. En este contexto, Legislación (legis latio) es creación de leyes, es decir, la producción de normas que en la pirámide jurídica corresponden al gradiente de ley y Administración es ejecución de leyes. En un Estado de Derecho la Legislación es creación de normas generales por órganos específicos: cuerpos legislativos, lo que importa el reconocimiento de la "prioridad" del Parlamento, en el marco de la doctrina política de la separación de poderes, por lo menos en los regímenes parlamentarios (Kelsen)<sup>4</sup>. Ciertamente, entre Legislación y Administración, desde un punto de vista funcional pueden producirse notables semejanzas en sus actos estatales típicos como son leyes y reglamentos. En el fondo la "prioridad" del Parlamento para producir

Legislación designa en el marco del principio dogma de separación de poderes una prerrogativa de este órgano de representación política para la creación de normas generales, lo que conecta con el principio democrático y las fuentes de legitimidad del poder en el Estado.

Por consiguiente, todo estudio acerca de la potestad legislativa y la potestad reglamentaria y sus legitimidades, tiene como punto de partida el régimen político y tipo de Gobierno concreto del Estado (López Guerra, de Otto)<sup>5</sup>, dejando a salvo la vieja doctrina, no exenta de excesos, de los actos políticos o de Gobierno. También, el estudio acerca de la potestad legislativa y la potestad reglamentaria tiene como punto de partida la quiebra teórico-práctica de la viejo principio dogma de la separación de poderes (Kelsen, Cappelletti)<sup>6</sup> producida merced la jurisdicción constitucional, precisamente para salvar al Estado de Derecho.

En nuestro ordenamiento constitucional la potestad legislativa está radicada en el Congreso Nacional, y en el Presidente de la República, siendo la ley una categoría compleja que recoge elementos formales y materiales, por lo que hablamos con Kelsen de "forma de ley". La potestad reglamentaria está radicada en el Presidente de la República, sin perjuicio de la potestad subreglamentaria de órganos de la Administración del Estado y de la potestad reglamentaria de otros órganos supremos como las cámaras, Corte Suprema, Banco Central, entre otros. Luego reservamos el término "potestad reglamentaria" para designar "la atribución especial que tiene el Presidente de la República para dictar unilateralmente normas jurídicas y generales o especiales (reglamentos, decretos o instrucciones) destinadas al Gobierno y Administración del Estado, cuando ellas no hayan sido entregadas por la Constitución al dominio del legislador, o bien a fin de reglamentar la aplicación o ejecución de las leyes" (Verdugo, Pfeffer)<sup>7</sup>.

De esta suerte, la potestad legislativa y la potestad reglamentaria tienen ámbitos tasados o reservados en virtud de un reparto constitucional de potestades normativas, en que la Constitución de 1980 sigue muy de cerca la racionalización del Parlamento realizada por la Constitución de Quinta República francesa. Al efecto, la Constitución establece una cláusula de dominio legal máximo en el artículo 60, formulada como una enumeración cerrada y taxativa de materias de dominio de la ley o *numerus clausus*,

como la forma de evitar el riesgo de "elefantiasis" legislativa (Sesión N°355, pág 2278 CENC); y como contrapartida consagra la potestad reglamentaria de ejecución para el cumplimiento de la ley y la potestad reglamentaria autónoma, operando teóricamente la cláusula de dominio legal máximo como regla especial y el dominio reglamentario autónomo como regla general. También, la Constitución congeló el rango legal de preceptos legales preconstitucionales que hubieren quedado fuera del dominio legal (disposición transitoria 6). Incluso más, el Tribunal Constitucional, al igual que el Consejo Constitucional francés, son los "perros guardianes" del Congreso Nacional y del reparto de potestades normativas. Con todo, la realidad del proceso político y del reparto de potestades normativa ha sido otra porque el propio Tribunal Constitucional en su jurisprudencia se aleja de la racionalización del Parlamento reponiendo la prioridad de la Legislación, primero a través de recepción de la doctrina de las reservas de ley absoluta que luego abandona, y finalmente, a través del encuadramiento del "reglamento autónomo" en el N°12 del art. 82 C.P.R., encuadramiento que da cuenta cabalmente de que este tipo de reglamento es un "espejismo" constitucional.

En suma, el reparto de potestades normativas en la Constitución lo mismo que los controles dispuestos sobre estas potestades operan en un diseño presidido por el viejo principio dogma de la separación de poderes, con las debidas matizaciones y quiebras a las que se somete, pero que en su sentido como programa político de organización del Estado de Derecho sigue siendo la herramienta para la distribución del poder en funciones y órganos. De este modo, el control concebido como poder o función es resultado del despliegue mismo de las funciones del poder estatal.

Asimismo, los controles de la potestad legal y reglamentaria: control de constitucionalidad, control judicial, control de legalidad y control político-parlamentario, numerosos y aparentemente superpuestos en algunas áreas de control específicas, se insertan en un régimen político y tipo de Gobierno concreto, es decir, en extremos de facticidad en que la ciencia del derecho constitucional no penetra, y que hace de la ciencia que cultivamos, fuertemente tributaria del método formal, una ciencia menesterosa y a sus cultivadores mendicantes, en cuanto a las potencialidades descriptivas de una realidad normativa fuertemente condicionada por el proceso político real. Lo anterior sitúa a los cultivadores del derecho constitucional en el «cielo de los conceptos» (R. V. Ihering),<sup>8</sup> en la que la no contaminación con la facticidad da fortaleza a la ciencia, pero constituye la fuente de sus miserias. En los términos de la conocida sentencia de Hegel la filosofía y la ciencia, el "pensamiento del mundo, aparece en el tiempo sólo después de que la realidad ha consumado su proceso de formación y se haya ya lista y terminada", además siempre llegan tarde a la realidad; ya que "el búho de Minerva sólo alza su vuelo en el ocaso".<sup>9</sup>

## II. NOTAS ACERCA DE UNA TEORÍA DEL CONTROL

El control puede ser analizado como fenómeno politológico y jurídico, poder o función que no tiene una definición única aunque se sostiene por autores como M. Aragón, que el sentido constitucionalmente unívoco del control, nos permite un tratamiento teórico unitario. Para Aragón el control forma parte de un concepto político (Schmitt) y jurídico de Constitución, de suerte que sólo una Constitución dotada de control de supremacía es norma normarum o conjunto de normas iusfundamentales<sup>10</sup>.

En este contexto parafraseando a E-W Böckenförde una teoría del control debe ser una teoría "constitucionalmente adecuada"; es decir; formulada en el marco del Estado de Derecho o si se prefiere Estado Constitucional.

En la obra clásica *El Espíritu de las Leyes* el barón de Montesquieu en el capítulo sobre la Constitución inglesa esboza el principio-dogma de la separación de poderes (Schmitt), en la que se imbrica el control sea como división horizontal o vertical del poder (Loewenstein)<sup>11</sup>.

En cuanto a la noción de control ésta es vieja en la teoría del Estado y en la teoría de la Constitución, siendo el molde clásico el esquema físico-mecánico de Montesquieu acerca de la separación o división de poderes y sus equilibrios. La palabra control proviene del término latino medieval *contra rotulum*, pasando al francés "contra -rôle" (*contrôle*), que significa "contra libro", es decir, "libro-registro", que permite contrastar la veracidad de los asuntos realizados en otros. "En inglés significa "mando", "gobierno", "dirección", pero también "freno" y "comprobación"; en francés "registro", "inspección", "verificación", pero también "vigilancia", "dominio", y "revisión"; en alemán (*Kontrolle*), "comprobación", "registro", "vigilancia", pero también "intervención", "dominio", "revisión"; en italiano (*controllo*) "revisión", "inspección", "verificación", pero también "vigilancia", "freno" y "mando" (Aragón, pág. 87). En lengua española el término control significa: "inspección", "fiscalización", "intervención", "dominio", "mando", "preponderancia".

En nuestro ordenamiento jurídico estatal el control es un concepto polivalente en apariencia, dado que se asocia al control político-parlamentario, al control judicial, al control judicial-electoral, la control de constitucionalidad, control de legalidad y a toda suerte de controles políticos, frutos de una arquitectura del Estado asentada en el principio dogma de la separación de poderes. Luego nuestro problema es encontrar caracteres básicos del concepto control que presentan una noción unívoca y "constitucionalmente adecuada".

Con independencia de las formas de control reseñadas subyace una idea-fin común: el principio de limitación del poder. Sin compartir plenamente la caracterización de malignidad o demonización del poder político, que concluye que un poder no restringido o limitado se excede (Loewenstein), podemos aceptar que un poder incontrolado o absoluto está en las antípodas del Estado de Derecho. Precisamente la limitación del poder es la idea fuerza del constitucionalismo antiguo y moderno (Ch. McIlwain); sea bajo fórmulas como "gobierno de la ley", "gobierno mixto", "monarquía moderada" o "Estado de Derecho"; todas fórmulas que en la relación detentadores y destinatarios del poder buscan un equilibrio entre poder y libertad (A. Hauriou)<sup>12</sup>, con la peculiaridad que tal formulación modernista: el Estado de Derecho se produce en el contexto de fractura entre Estado y sociedad civil, que permite diseñar al primero como sistema de potestades y al segundo como sistema de necesidades y derechos (Hegel).

En nuestro medio el poder-función de control es repuesto en el análisis teórico a partir del diseño de Loewenstein que hizo fortuna en América, que sustituye la vieja triada del Barón de Montesquieu por una triada más politológica que institucional, a saber: la decisión política conformadora o fundamental (*policy determination*); la ejecución de la decisión (*policy execution*) y el control político (*policy control*). En este enfoque resulta cierto que el constitucionalismo como movimiento teórico-práctico (ideología inclusive)

tiene como finalidad histórica encontrar los procedimientos o técnicas para "moderar y limitar el poder político; primero el del gobierno y después el de todos y cada uno de los detentadores del poder" (Loewenstein, pág. 68). Lo expuesto permite conectar la democracia constitucional con componentes minoritarios (v.gr. Justicia Constitucional) que operan como "cheks and balances" (frenos y contrapesos) o como poder que contiene al poder ("le pouvoir arrête le pouvoir"), que aleja a la democracia contemporánea de sus fórmulas rousseauianas o jacobinas (G. Sartori, J.R. Vanossi).<sup>13</sup>

El poder-función del control del poder no se agota en un principio de distribución del poder estatal (funciones) en diversos órganos supremos del Estado, sino que requiere además de diversas técnicas algunas de ellas autónomas, es decir, de empleo discrecional por órganos constitucionales o detentadores del poder. Loewenstein reduce el control y sus técnicas a los efectos, y en último término a la responsabilidad de los detentadores del poder: "En el Estado constitucional la función de control es doble: por una parte consiste en el hecho de que un acto estatal sólo tiene lugar cuando los diversos detentadores del poder están dispuestos a una común actuación. Aquí se da el control por la distribución del poder. Pero el control también puede consistir en que un detentador del poder impida la realización de un acto estatal, o que ponga en juego su existencia como ocurre en el caso de un voto de no confianza del parlamento por el gobierno. Aquí se da el control autónomo del poder. Distribución y control del poder no son en toda circunstancias idénticos. El punto crítico de la función de control político yace en la posibilidad de exigir responsabilidad política. Existe responsabilidad política cuando un determinado detentador del poder tiene que dar cuenta a otro detentador del poder sobre el cumplimiento de la función que le ha sido asignada"<sup>14</sup>.

Concluye Loewenstein distinguiendo los controles en intraórganos e interórganos. Los controles intraórganos operan dentro de la organización de un solo detentador del poder y los controles interórganos operan entre diversos detentadores del poder que cooperan la gestión estatal. Se sobrepone a esta taxonomía dual otra que guarda relación con la forma jurídica de Estado y forma jurídico política: controles horizontales y verticales. Los controles horizontales operan en un mismo nivel organizativo de los detentadores del poder y los controles verticales operan en relación con todos los detentadores del poder y todas las fuerzas sociopolíticas de la sociedad estatal, que pueden funcionar sobre una base territorial, pluralista y hasta individual.

En el esquema de Loewenstein podemos clasificar los controles del modo siguiente:

· **CONTROLES INTRAÓRGANOS:**

1. Organización colegiada en el Poder Ejecutivo.
2. Controles intraórganos en el Parlamento:
  - 2.1. Autonomía funcional del Parlamento
  - 2.2. Protección de minorías a través de mayorías cualificadas.
  - 2.3. Sistema Bicameral.
3. Controles intraórganos en la función judicial:

3.1. Organización.

3.2. Selección y Nombramiento.

3.3. Calificaciones.

#### · CONTROLES INTERÓRGANOS

1. Parlamento-Gobierno.

2. Gobierno-Parlamento.

3. Tribunales-Gobierno y Parlamento.

4. Electorado-Gobierno y Parlamento.

#### · CONTROLES VERTICALES

1. Federalismo.

2. Garantías Constitucionales.

3. Pluralismo.

Con todas las reservas del caso podríamos aceptar la regla de oro de fondo mecánico y no dialéctico, de J. R. Vanossi: "a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un vigoramiento de los controles; o sea, que cada vez que se dilata la órbita de la competencia del poder, se deben ajustar congruentemente los resortes y mecanismos del respectivo régimen de control"<sup>15</sup>. En esta regla de oro, el resultado es que la función de control y sus técnicas son usualmente la antesala de la responsabilidad.

De este modo, para que el control sea antesala y presupuesto de la responsabilidad, deben guardarse tres recaudos: a) independencia del controlante respecto del controlado; b) un ámbito suficiente de lo controlado, y c) libertades inherentes a la función de control, como libertad de información, derecho de crítica y debida publicidad de los actos estatales. (Vanossi).

Lo expuesto se desenvuelve en el marco de una teoría clásica de poderes del Estado, y de una moderna teoría del control, que asocia éste a sus fines y a la garantía de la Constitución.

Sin embargo, es menester esbozar una teoría "constitucionalmente adecuada" del control, que contenga precisiones conceptuales y matizaciones a la ligazón entre control y responsabilidad que un sector de la doctrina realiza, y para ello son necesarias precisiones lingüística y conceptuales, a saber:

a) De la acepción en lengua gala el control ("contrôler") significa "comprobar", "inspeccionar", "verificar", "revisar", que tiene su correlato en lengua anglosajona en el término "to check"; dado que "to control" significa, además, de "verificar", "regular",

"ejercer autoridad", "dirigir", "mandar" u "ordenar", "reprimir", "restringir", "dominar". En lengua española el término control, combina los significados del galicismo y del anglicismo: "comprobación", "registro", "inspección" y "supremacía".

b) La unidad de fin de control: limitación del poder estatal permite sostener que el control es elemento inseparable del concepto de Constitución; pero es menester reconocer la multiplicidad de formas o técnicas de control y de ámbitos de control.

En este sentido los intentos de la doctrina italiana a través de S. Galeotti o de M. S. Gianinni no resultan completamente satisfactorios, por sus tautologías o reducciones. Así el propio Galeotti en Italia y F. Santaolalla L. en España asocian el concepto de control a responsabilidad de los detentadores del poder, es decir, al "efecto conminatorio" o de sanción de la autoridad de control.

En cambio con la autoridad de G. Zanobini, Chimenti en Italia, C. Grewe y H. Ruíz Fabri en Francia, y Joaquín García Morillo y José Ramón Montero Gibert en España; limitan la función de control a la actividad de contraste o comprobación, eliminando el "efecto conminatorio". Así García Morillo y Montero Gibert a propósito del control parlamentario, señalan que el segundo momento del control el "efecto conminatorio", es un mecanismo de garantía jurídica o política de la actividad de control y por lo tanto no consecuencia o efecto necesario de la mentada actividad. Para Grewe y Ruíz Fabri se trata de la "racionalización del control" expresada en la confianza presumida, cuestión de confianza, censura constructiva y en la declinación del control como sanción, importando más la información e inspección con publicidad de la acción gubernamental que las responsabilidades<sup>16</sup>.

En el contexto reseñado me parece fértil el esquema teórico propuesto por M., Aragón en España, que reconoce la unidad de fin de la función del control, su pluralidad conceptual (pluralidad de técnicas y objetivos), y el distingo entre control, limitación y garantía.

De esta forma, si bien limitación del poder y control son conceptos fuertemente implicados, son también, conceptos distintos. En cuanto a la pluralidad de controles estos pueden ser: controles sociales (de opinión pública o de grupos de presión o interés) no institucionalizados, que Jellinek denominó "garantías sociales"; y controles institucionalizados, sean controles jurídicos o controles políticos.<sup>17</sup> El control político es un control de carácter subjetivo y de ejercicio voluntario o discrecional del órgano o autoridad controlante que se encuentra en posición de supremacía o jerarquía. En cambio, el control jurídico es de carácter objetivado, es decir, basado en razones jurídicas y su ejercicio, necesario, no por el órgano que sea superior, sino por el órgano "independiente e imparcial", dotado de singular competencia técnica para resolver cuestiones de Derecho (Aragón). El profesor M. Aragón señala esclarecidamente: "pero en el control jurídico, precisamente por ser un control objetivado, la limitación no resulta, como en el control político de un choque de voluntades, sino de una norma abstracta, y el órgano de control no es un órgano limitante, sino actualizador de una limitación preestablecida, ajeno, en principio, a toda relación de supremacía o jerarquía con el órgano limitado"(pág. 97). En razón de ello el control judicial es el control jurídico por antonomasia y siempre es un control interórgano, dado que desde una posición de independencia y supremacía guarda el principio de jerarquía normativa sea a través de tribunales ordinarios o de un Tribunal Constitucional.



En consecuencia, la limitación del poder deviene en el efecto de la función de control y de sus múltiples técnicas.

Finalmente, es menester distinguir entre control y garantía, que Jellinek confunde en su magnífica Teoría General del Estado, en un sentido específico las garantías constitucionales son medios o instrumentos para asegurar el cumplimiento de deberes con fuente en normas jurídicas, y más específicamente, aún las garantías constitucionales son medios de aseguramiento de la supremacía de la Constitución, como fuente de derecho objetivo y subjetivo. En consecuencia, el control es una garantía, pero no la única garantía jurídica, política o social de la organización estatal. "Unas veces - dice Aragón- el control opera como única garantía, otras, hace efectivas garantías preexistentes y otras pone en marcha garantías subsiguientes que a su vez se hacen efectivas a través de un también subsiguiente control. Y ello porque el término garantía es más amplio que el de control aunque a veces puede confundirse con él "()". En resumen, las limitaciones del poder descansan en garantías que exceden el ámbito de las estrictas "garantías constitucionales; y a su vez, la efectividad de esas garantías sólo se asegura mediante los instrumentos de control" (págs. 99-100).

### III. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

#### 1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

En materia de competencias (funciones y atribuciones) del Tribunal Constitucional se ha sostenido que su misión es "velar el principio de la supremacía constitucional" (Silva Bascuñán, Verdugo), para lo cual está dotado de las atribuciones del art. 82 de Constitución Política de la República. Ciertamente el término "supremacía constitucional", requiere de una precisión conceptual, es decir, no basta referirse a la supremacía formal - material, al carácter de "superley" de la Constitución, la mayor o menor rigidez y la existencia de un Poder Constituyente derivado. La supremacía de la Constitución es un principio de constitucionalidad que unido a los principios de valor normativo y de eficacia directa de las normas constitucionales, permite entender la Constitución como primera fuente del sistema de normas y cuerpo de normas. En razón de ello, Kelsen en su monografía de 1928, destaca como misión de la Jurisdicción Constitucional, velar por la constitucionalidad de la "ley" (actos normativos) para garantizar la regularidad de las funciones estatales, concebidas como funciones normativas (creación y aplicación de normas en el sistema) del ordenamiento jurídico.

Con las matizaciones indicadas en el primer apartado, el Tribunal Constitucional en Chile con una competencia exorbitada, responde en líneas generales al sistema europeo, con alguna semejanza con el Consejo Constitucional francés. Sin embargo, nuestra Jurisdicción Constitucional es un sistema "heterodoxo", es decir, es un sistema de tipo europeo, pero que reconoce atribuciones como órgano de Justicia Constitucional a Tribunales Superiores de Justicia, y en muy menor medida a Contraloría General de la República. En razón de ello discrepo de los autores que en nuestro medio sostienen que estamos en presencia de un sistema mixto, puesto que el sistema europeo o modelo concentrado de Jurisdicción Constitucional, es el componente predominante de nuestro sistema de Jurisdicción Constitucional, con la peculiaridad de una dualidad de Judicatura.

La competencia del Tribunal Constitucional admite clasificaciones, pudiendo optarse por la sistemática empleada por la ley orgánica constitucional del Tribunal (Verdugo, Pfeffer); que nos refiere a los tipos de procedimientos: control obligatorio de constitucionalidad, conflictos de constitucionalidad; inhabilidades, incompatibilidades de los Ministros de Estado y Parlamentarios, atentados contra el ordenamiento institucional e informes (Título II; art. 34-73, Ley N° 17.997).

En nuestro medio, el jurista Lautaro Ríos propone una tipología diversa para ordenar las competencias del Tribunal Constitucional; a saber: competencia de control preventivo de constitucionalidad de la ley, competencia de conflictos, competencia sancionatoria, competencia miscelánea, competencias excluidas.<sup>18</sup> Por otra parte sólo algunos tipos de competencia del Tribunal Constitucional pueden ser reconducidas al concepto de proceso constitucional (González Pérez).

En este punto proponemos como tipología para una adecuada comprensión de las competencias del Tribunal Constitucional, la siguiente:

Competencia de Control de Constitucionalidad de la Ley.

Competencia de Conflictos de Constitucionalidad

Competencia Contencioso - Sancionatoria.

Competencia Miscelánea: - Tipo Contenciosa

- Tipo Consultiva.

Ciertamente, el estudio de las competencias del Tribunal debe ligarse, al proceso constitucional como iter teleológico y formal de despliegue de la función estatal: Jurisdicción Constitucional. Tal proceso es un centro capital del moderno Derecho Procesal Constitucional. También el proceso constitucional se erige en garantía de la supremacía de la Constitución, tanto del Derecho objetivo como del derecho subjetivo público que contiene.

El proceso constitucional es un proceso especial diverso del proceso civil y del proceso penal, sin perjuicio de otorgar vigencia supletoria a las normas del proceso común o civil, y que tiene por finalidad la "paz comunal" (González Pérez). El proceso constitucional en nuestro ordenamiento reviste dos formas: el proceso de inconstitucionalidad y el proceso de amparo o tutela de derechos fundamentales. En el proceso de inconstitucionalidad se impugnan normas por su contradictoriedad con la Constitución. En el proceso de amparo se impugnan actos que vulneran situaciones jurídicas subjetivas cubiertas por técnicas tutelares: derechos fundamentales.

El ingrediente que confiere complejidad al estudio de nuestro sistema de Jurisdicción Constitucional es la dualidad de Judicatura, no el derecho material (normas judiciales materiales), sino lo abigarrado de los instrumentos de tutela (normas de carácter judicial formal), de suerte que la dualidad separa el proceso constitucional: proceso de constitucionalidad (Tribunal Constitucional y Corte Suprema) y proceso de amparo (Tribunales Superiores de Justicia).

En otro lugar abordaremos la ligazón del proceso constitucional y de amparo de derechos, con las acciones constitucionales, como un todo que integra el Derecho Procesal Constitucional.

Realizada esta precisión conceptual el estudio de las reglas generales de procedimiento y de los procedimientos en particular ante el Tribunal Constitucional, nos permite identificar el proceso constitucional, específicamente el proceso de constitucionalidad (control abstracto de normas), y procedimientos que se asimilan en su naturaleza el proceso común.

Consistente con lo expuesto, el Tribunal Constitucional sostiene la autonomía del proceso constitucional y de la acción de constitucionalidad, como ocurre cuando se realiza la asimilación del requerimiento a la demanda del proceso común. (S.T.C. Rol N° 207, Cons. 16 y 17), o cuando se desvincula al Tribunal en el proceso a las alegaciones de derecho de los órganos legitimados para deducir al acción (S.T.C. Rol N° 174, Cons. 5).

En cuanto al procedimiento ante el Tribunal Constitucional, siguiendo la sistemática de la ley orgánica constitucional, su estudio se desagrega en: principios generales de procedimiento, y procedimientos específicos en atención al tipo de competencia del órgano.

En este contexto, los principios generales de procedimiento a que se sujetan las competencias del Tribunal Constitucional, son:

a) Principio de Pasividad (art. 3, Ley N° 17.997). Es decir, el Tribunal Constitucional ejerce su jurisdicción a requerimiento de "órganos constitucionales interesados o de las personas que intenten la acción pública", esto significa que por regla la legitimación procesal activa es restringida y excepcionalmente habrá acción pública.

Sin embargo, una regla de oro de substanciación procesal, que pone de relieve que el proceso constitucional es no contradictorio, está recogida en el art. 30, inciso 1 de la Ley N° 17.997. Este proceso no contradictorio carente de partes y emplazamiento, que es la regla en el proceso constitucional, hace recaer el peso del iter procedimental una vez incoado en el Tribunal. Así en los casos de control abstracto de normas, requerido el Tribunal se traba o radica su competencia, quedando inhibidos los órganos titulares de la acción de constitucionalidad de sustraer el asunto de la competencia del Tribunal Constitucional.

El Tribunal sustancia el asunto sometido a su competencia y lo falla con independencia de las alegaciones de derecho de los órganos titulares de la acción. (S.T.C. Rol N° 40, Cons. 5; S.T.C. Rol N° 79, Cons. 14; S.T.C. Rol N°81 de 1989, Cons. 14). Con todo, de manera aislada el Tribunal asume un control de constitucionalidad de oficio fundado en el principio de supremacía (S.T.C. Rol N°176, Cons. 24 y 25, S.T.C. Rol N°197, Cons.21 y 22).

b) Principio de Publicidad (art. 4, Ley N° 17.997). El principio de publicidad es una regla de oro de los actos de los órganos del Estado en una democracia constitucional, aunque no existe un precepto general que disponga la publicación de sus sentencias en el Diario Oficial u otro medio. Además, el Tribunal por mayoría de votos podrá decretar el carácter de reservadas a determinadas actuaciones o diligencias.

c) Principio de Inexcusabilidad (art. 3, inciso final, Ley N° 17.997). El principio de inexcusabilidad supone la concurrencia de dos condiciones: que la intervención del Tribunal será reclamada en forma legal y en asuntos sometidos a su competencia, de suerte que, al Tribunal como el supremo guardián de la Constitución, le corresponderá mantener su integridad.

d) Principio de Escrituración (art. 27). Con oralidad excepcional cuando se dispongan alegatos.

e) Principio de Acumulabilidad (art. 28). El Tribunal puede ordenar la acumulación de asuntos o causas con otros conexos que justifiquen la unidad de tramitación y decisión (V. gr. S.T.C. Rol N° 217 y 218).

f) Principio de Imperio (art. 30 inciso final). El Tribunal podrá requerir de cualquier órgano, poder o autoridad; organización, movimiento o partido, según corresponda, los antecedentes que estimen convenientes, y éstos estarán obligados a proporcionarlos oportunamente.

g) Principio de Temporalidad (art. 33, 29 Ley N° 17.997). El Tribunal resuelve sus asuntos conforme una regla de orden de antigüedad, salvo cuando motivos justificados exijan alterar dicho orden. Los plazos de días para las actuaciones, son de días corridos, pudiendo ampliar el órgano los plazos mediante resolución fundada antes del vencimiento de los plazos. Las notificaciones por carta certificada y comunicaciones se cuenta su fecha, del día siguiente a su expedición. (art. 1, Auto Acordado sobre Procedimiento, de 1982).

En cuanto a las competencias del Tribunal Constitucional, éstas se ordenan según la tipología enunciada, a saber:

a) Competencia de Control de Constitucionalidad de la Ley.-

El art. 82 N° 1 instituye un control obligatorio y preventivo de constitucionalidad; obligatorio para dos categorías de ley: leyes orgánicas constitucionales y leyes interpretativas de la Constitución, tipos de ley que tienen especial importancia dada la amplitud de las reservas legales especiales que hace el propio constituyente, y preventivo en la medida que el control opera antes de la promulgación, fase final del iter legis. Sabido es que en nuestro sistema de Jurisdicción Constitucional, en particular en el control de constitucionalidad de la ley, el control facultativo y represivo está encomendado a la Corte Suprema en sede de inaplicabilidad (art. 80 Constitución Política de la República).

Con acierto Verdugo y Pfeffer destacan que "al Tribunal Constitucional no le corresponde la definición de todas las discrepancias que surjan durante la tramitación de dichos proyectos, sino tan solo aquéllos que versen sobre su constitucionalidad. Asimismo, no se pronunciará respecto de los preceptos que no revisten el carácter de ley orgánica constitucional o interpretativa de la Constitución"<sup>19</sup>. Nuestro Tribunal tiene en este ámbito el rol de "perro guardián" que se le asignó al Consejo Constitucional francés, una verdadera "tercera cámara"; concordante con la "racionalización" del Congreso Nacional obra del constituyente autoritario de 1980.

La coexistencia de controles de constitucionalidad de la ley: preventivo y obligatorio (Tribunal Constitucional), represivo y facultativo (Corte Suprema), con una fuerte componente de control político ha inducido a los autores a hablar de un sistema mixto (Bertelsen, Gómez); que en la actualidad mantiene el mismo diseño de 1970, cuando la Gran Reforma instituyó el Tribunal Constitucional.

Tal caracterización la hemos criticado con anterioridad, dado que nuestro sistema de Jurisdicción Constitucional, con un déficit de racionalización, se aproxima más bien al sistema europeo o concentrado pero con dualidad de Judicatura: el Tribunal Constitucional y Tribunales Superiores de Justicia (en especial Corte Suprema). Se advierte agudamente por G. Gómez que el control preventivo y obligatorio del art. 82 No. 1 de la Constitución asemeja a nuestro Tribunal al Consejo Constitucional francés; "asociada a la rigidez de la ley orgánica, a los distintos tipos de normas legales y a la configuración de una potestad autónoma versus una norma de clausura legislativa que fijaba el dominio legal máximo, está destinada a frenar a la institución que se cree más peligrosa para la Constitución, las Cámaras del Congreso"<sup>20</sup>. Destaca G. Gómez que el control del Tribunal Constitucional no es pleno, al no cubrir toda la gama de leyes, redundando en un control político.

Esta tesis debe ser matizada, dado que la competencia del Tribunal en "conflictos de constitucionalidad" incorpora actos legislativos, tratados, decretos con fuerza de ley, entre otros actos normativos de fuerza legislativa; de suerte, que si el control preventivo fuere obligatorio para todos los tipos de ley y de tratados, el control represivo deviene en superfluo y asistemático.

Además, un control de constitucionalidad completo pone en cuestión la necesaria "libertad de legislador" y la presunción de legitimidad de la ley, transformando al Tribunal Constitucional en una "tercera Cámara", un superpoder carente de legitimidad democrática. Por lo demás, en los "conflictos de constitucionalidad" resulta natural que el Tribunal sea órgano pasivo y la legitimación procesal sea restringida; pero garantizando a las minorías del Parlamento su acceso al Tribunal Constitucional, acceso esencial (según lo recomienda Kelsen) para asegurar la "física mecánica" de pesos y contrapesos de la democracia constitucional.

Por otra parte, el control de constitucionalidad de la ley atribuido al Tribunal Constitucional es un control abstracto de normas, caracterización inicial recogida por Silva Bascuñán para el Tribunal de 1970. Tal control abstracto de normas prescinde de situaciones concretas referidas a derechos públicos subjetivos, lo que es congruente con la garantía jurisdiccional de la supremacía de la Constitución. Resulta correcto afirmar que la garantía de la Constitución en este esquema es un resguardo frente a las demasías o excesos del legislador o del Jefe de Estado expresada en actos normativos que vulneren la supremacía constitucional (Silva Bascuñán)<sup>21</sup>.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída en este control preventivo y obligatorio, es de gran utilidad la monografía de Zapata Larraín,<sup>22</sup> que se refiere a dos materias capitales de nuestro Derecho Constitucional: ámbito de la ley orgánica constitucional y control de constitucionalidad de la legislación orgánica.

En cuanto al procedimiento la Cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquel en que quede totalmente tramitado por el Congreso (art. 82 inciso tercero Constitución Política de la República), plazo que se cuenta desde que queda totalmente tramitado el proyecto por el Congreso,

con certificación secretarial en Cámara de Origen (art. 34, Ley N° 17.977). Si en la fase de discusión del iter legis se hubiere planteado cuestión de constitucionalidad deberán también remitirse las actas de sesiones, de sala o de comisión o el oficio del Presidente de la República donde conste la cuestión de constitucionalidad. Recibida la comunicación el Tribunal Constitucional ordenará traer autos en relación, quedando el asunto en tabla y oída relación se resolverá la cuestión de constitucionalidad (art. 35 inciso primero y segundo).

Acerca del "momento de control" se pueden plantear problemas de interpretación del art. 34, inciso 2 de la Ley N° 17.997, específicamente con la expresión "totalmente tramitado en el Congreso" el proyecto de ley para establecer el plazo de cinco días para remitirlo al Tribunal. Ante el problema existen dos soluciones hermenéuticas; el proyecto está totalmente tramitado una vez que el Presidente de la República lo ha sancionado de manera expresa, tácita o forzada, o ha vetado el proyecto y este veto ha sido despachado por las Cámaras, o bien el proyecto está totalmente tramitado cuando el Congreso Nacional lo ha despachado y remitido al Presidente de la República a través de la Cámara de origen. Una solución hermenéutica u otra tiene efectos políticos en el control de constitucionalidad<sup>23</sup>.

En esta sede de control preventivo y obligatorio de constitucionalidad, se pueden plantear "cuestiones de constitucionalidad", las que se producen en dos hipótesis: durante la discusión del proyecto o hasta que el Tribunal se pronuncie. De plantearse cuestiones de constitucionalidad en la discusión del proyecto, se deben remitir al Tribunal las actas de las sesiones, de sala o de comisión, donde conste la cuestión, lo que es una herramienta para la adecuada interpretación del art. 83 inciso final de la Constitución, ya que se puede establecer el vicio objeto de la sentencia, para excluir un reproche de constitucionalidad vía inaplicabilidad por la Corte Suprema. De plantearse las cuestiones de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, debe haber constancia de haberse planteado la cuestión, previamente, durante la discusión del proyecto.

En este punto comparto la tesis de G. Gómez en orden a revisar esta práctica, ya que el control abstracto de las leyes orgánicas no se compadece con los conflictos constitucionales. "El art. 82 N° 2, - indica Gómez - que fija la competencia del Tribunal Constitucional en materia de conflictos de constitucionalidad, no menciona a la LOC entre los supuestos sobre los que se puede requerir" (...). "El legislador orgánico en su oportunidad, no pudo crear un supuesto o vía de acceso al Tribunal que no estuviese previsto en el art. 82. Lo contrario significa pensar que el constituyente pretendió que los proyectos de leyes orgánicas e interpretativas pueden ser revisados dos veces por el Tribunal Constitucional, una vez como conflicto y otra vez por medio del control obligatorio"<sup>24</sup>.

Recibida en el Tribunal Constitucional la comunicación de la Cámara de origen del proyecto de ley el Presidente ordenará traer autos en relación y el asunto quedará en estado de tabla y oída la relación, el Tribunal resolverá sobre la constitucionalidad del proyecto (art. 35 inciso 1 y 2 Ley N° 17.997). El Tribunal no tiene plazo para la substanciación de este "proceso" de control de normas.

En relación a la sentencia del Tribunal Constitucional deben hacerse una distinción, a saber:

i) Resuelto por el Tribunal que el proyecto es constitucional, y habiéndose planteado cuestión de constitucionalidad en la fase de discusión del iter legis, así se declarará en la sentencia y su Presidente lo comunicará a la Cámara de origen. En caso de leyes interpretativas, la resolución deberá ser fundada (art. 35 inciso tercero y cuarto).

ii) Resuelto por el Tribunal que el proyecto es constitucional, y habiéndose planteado cuestión de constitucionalidad en la fase de discusión del iter legis, deberá emitirse la declaración fundada respecto de preceptos impugnados vía cuestión de constitucionalidad (art. 35 inciso quinto).

La sentencia del Tribunal Constitucional que declara uno o más preceptos inconstitucionales deberá hacerlo mediante resolución fundada, cuyo texto íntegro se remitirá a Cámara de origen (art. 35 inciso final); y en este caso, se remitirá el proyecto para su promulgación por el Presidente de la República, con la exclusión de preceptos inconstitucionales (art. 36). La sentencia del Tribunal Constitucional goza de autoridad de cosa juzgada.

#### b) Competencia de Conflictos de Constitucionalidad.

En la competencia de conflictos de constitucionalidad se trata de una variante del control de normas, de tipo facultativo en que se examina la regularidad de potestades normativas vinculadas a la supremacía constitucional, por lo tanto los demás conflictos constitucionales no quedan comprendidos en esta competencia. En razón de ello es una competencia de conflictos "restringida" (Ríos), pues excluye las mal denominadas "contiendas de competencia" encomendadas a la Corte Suprema (art. 79 inciso segundo) y al Senado (art. 49 N° 2) según el caso. Observa Ríos: "Nada se dice de los conflictos que puedan surgir entre el Presidente y el Congreso o alguna de sus ramas, como no sea cuando ellos se refieren a la constitucionalidad de la ley, de un decreto con fuerza de ley (ley delegada) o de un decreto supremo. Tampoco se provee un cauce de solución a los conflictos entre las Municipalidades y los entes administrativos centralizados y autónomos"<sup>25</sup>.

La cobertura de la competencia de conflictos engloba el art. 82 N° 2, 3, 4, 5, 6 y 12 de la Constitución Política de la República, y tales "cuestiones de constitucionalidad" (equívocos términos empleados por nuestro legislador), se ordenan en los acápites siguientes:

i) Regularidad del procedimiento legislativo (art. 8 N° 2 y 5;)

ii) Cuestiones de constitucionalidad que susciten actos normativos que emanen del Presidente de la República (art. 82 N° 3, N° 6 y 12).

iii) Cuestiones de constitucionalidad relativas a convocatoria a un plebiscito (art. 82 N° 4)

Por regla general, esta competencia de conflictos de constitucionalidad opera como control facultativo, con legitimación activa restringida a órganos constitucionales, y como control preventivo (art. 82 N° 2) o control represivo (art. 82 N° 3,4,5 y 12), es un control de normas abstracto, sin proceso contradictorio, con declaración de inconstitucionalidad de forma y de materia, y con sentencias de efecto personal erga omnes, autoridad de cosa juzgada y efecto temporal ex tunc y ex nunc, según el caso.

i) Regularidad del Procedimiento Legislativo (art. 82 N° 2 y 5).-

La competencia del N° 2 del artículo 82 de la Carta es un control de normas preventivo y facultativo, pero con legitimación activa restringida. Es de la esencia que las cuestiones de constitucionalidad se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley, de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso, entendiéndose que el requerimiento podrá plantearse con anterioridad a la promulgación.

En nuestro medio Zapata realiza un parangón entre los conflictos de constitucionalidad y el recurso previo<sup>26</sup> y como es sabido en Derecho Comparado se ha puesto de relieve la contradicción existente entre el monopolio legislativo y el control de constitucionalidad de la ley preventivo, más aún si recae no sobre proyectos de ley concluidos, sino proyectos en trámite, reforzando el carácter colegislador o de "tercera Cámara" del Tribunal Constitucional. Lo anterior por una parte debilita el carácter o naturaleza jurisdiccional de las competencias del Tribunal, y politiza sus atribuciones otorgando a este órgano un verdadero veto. Con acierto el ilustre procesalista y administrativista Jesús González Pérez en relación al recurso previo de inconstitucionalidad español sostuvo que con su introducción en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 2 y 79) se hace "...desnaturalizando los principios procesales y creando una figura de control previo anómalo";<sup>27</sup> de suerte que tal recurso rompe con la racionalidad de un Tribunal que no está llamado a decidir "a priori" acerca de la inconstitucionalidad de un proyecto de ley, y permite a las minorías parlamentarias suspender la tramitación o promulgación de una ley, de un proyecto de reforma o de un tratado, en el caso de nuestro ordenamiento".

Los defectos técnicos y políticos motivaron la supresión del recurso previo español en 1984<sup>28</sup>. El recurso previo español, así como nuestra criolla "cuestión de constitucionalidad", exceden la definición kelseniana del Tribunal Constitucional como legislador negativo, deviene el Tribunal en un legislador positivo, o más concretamente un "auténtico colegislador" (Alba Navarro), emisor de "sentencias - delegación" que habría de desarrollar el Parlamento negando así no la añeja soberanía del Parlamento, sino simplemente su centralidad política y su carácter de órgano complejo legislativo<sup>29</sup>. (Para efectos de comparación, el caso del Consejo Constitucional francés tiene un matiz diferente, ya que este órgano de control de constitucionalidad (leyes orgánicas y ordinarias, tratados, reglamentos camerales) es básicamente un órgano de control preventivo y excepcionalmente de control represivo en el caso de deslegalización<sup>30</sup>. En el caso de nuestro país existe control represivo y facultativo de la Corte Suprema, aunque insatisfactorio, opera plenamente.

Un segundo elemento en la "cuestión de constitucionalidad" es que se "susciten durante la tramitación" de proyectos de ley o de reforma y de tratados. La doctrina jurisprudencial exige cuestionamiento previo, es decir, una objeción expresa de constitucionalidad por los órganos del iter legis. Así verbigratia el Tribunal



Constitucional en sentencia rol N° 147, de 1992, declaró inadmisble un requerimiento dirigido contra un proyecto de ley por falta de "cuestionamiento previo"; disponiendo: "... este Tribunal, en ocasión anterior ha estimado que debe concurrir para que exista una cuestión de constitucionalidad la de haberse producido al menos una discrepancia sobre la preceptiva constitucional y el texto impugnado en los órganos colegisladores. Tal discrepancia puede surgir entre el Presidente de la República y el Poder Legislativo o en el seno de éste último".

La doctrina jurisprudencial que define esta condición procesal: "cuestionamiento previo" la sitúa en el iter legis, como una objeción de constitucionalidad del proyecto en trámite, objeción específica o precisa y pública<sup>31</sup>. (V.gr. S.T.C. Rol N° 23, Cons. 4; S.T.C. Rol N° 147, Cons. 2; S.T.C. Rol N° 207; Cons. 15; S.T.C. Rol N° 226; Cons. 2). De esta suerte, la ausencia de requisitos de la cuestión de constitucionalidad tiene la consecuencia procesal de la inadmisibilidad del requerimiento (S.T.C. Rol N° 215).

Conforme al N° 2 del artículo 82 Constitución Política de la República el Tribunal Constitucional debe resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten "durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados remitidos a la aprobación del Congreso". Existe legitimación restringida, el Tribunal Constitucional conoce a requerimiento del Presidente de la República, cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, todo durante la tramitación del proyecto de ley, de reforma o de tratado. El requerimiento del Presidente de la República, de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros se sujeta a las formas prescritas en el art. 38 de la Ley N° 17.997, debiendo contener el requerimiento una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo, señalando de forma precisa la cuestión de constitucionalidad y en su caso vicio o vicios de inconstitucionalidad, con indicación de normas transgredidas (art. 39 y S.T.C. Rol 23, Cons. 5).

El requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto, pero la parte impugnada no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo de diez días o el plazo prorrogado hasta por diez días por motivos graves y calificados contados desde la recepción del requerimiento, con la excepción de Ley de Presupuestos o proyecto de ley de declaración de guerra (art. 82 inciso quinto, sexto Constitución Política de la República y art. 40, Ley N° 17.997).

El requerimiento que no cumpla con las menciones a que se refiere el art. 39, podrá no ser admitido a tramitación por el Tribunal, resolución que se comunicará a requirente, y los interesados dentro del plazo de tres días podrán subsanar defectos o completar los antecedentes omitidos, y de no hacerse el requerimiento se tendrá por no presentado para todos los efectos legales, comunicándose al Presidente de la República para promulgación de la parte del proyecto que fue materia de impugnación (art. 41). El requerimiento admitido a trámite deberá ponerse en conocimiento de órganos constitucionales interesados, quienes dispondrán de cinco días para hacer llegar al Tribunal las observaciones y antecedentes que estimen necesarios y transcurrido el plazo, el órgano jurisdicтор procederá con o sin respuesta (art. 42).

El Tribunal Constitucional ordenará traer los autos en relación y el asunto quedará en estado de tabla, oída relación y con acuerdo, se designa Ministro redactor (art. 43). La sentencia del Tribunal Constitucional podrá estar fundada en declaración de

inconstitucionalidad, en infracción de precepto constitucional, "haya sido o no invocado en el requerimiento" (art. 44) y la sentencia se comunicará a requirente y en su caso, a Presidente de la República, Senado, Cámara de Diputados, Contraloría General de la República y Corte Suprema (art. 45).

También tenemos competencia de conflicto relativa a regularidad de procedimiento legislativo en el N° 5 de art. 82 de la Constitución Política de la República, quedando el Tribunal Constitucional llamado a resolver los reclamos en caso que el Presidente de la República "no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional". Para incoar el procedimiento la legitimación es restringida, pudiendo promover la cuestión cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, dentro de los 30 días siguientes a la publicación o notificación de texto impugnado o dentro de los 60 días siguientes a la fecha en que el Presidente de la República debió efectuar la promulgación de la ley. Admitido a trámite el requerimiento (art. 42) deberá ponerse en conocimiento del Contralor General de la República, aplicándose las normas o reglas de procedimiento de art. 38 a 45 inclusives de Ley N° 17.997 (art. 48). La sentencia del Tribunal Constitucional que acoja el requerimiento promulgará la ley que no lo haya sido o rectificará la promulgación incorrecta (art. 82 inciso 11 Constitución Política de la República), y tal sentencia se remitirá a la Contraloría General de la República para su registro y cumplido el trámite ésta ordenará publicación en el Diario Oficial, la que deberá efectuarse dentro de los cinco días siguientes (art. 48 inciso 3, Ley N° 17.997).

Con acierto Ríos subraya que la particularidad de esta competencia consiste en que ella no sólo es resolutive, como la de todo tribunal, sino que también es substitutiva - en la ejecución del fallo - de la potestad presidencial cuyo mal uso u omisión es objeto de reproche. El Tribunal Constitucional, si acoge la reclamación, no ordena al Presidente de la República que proceda a la promulgación correcta, sino que está facultado él mismo, para promulgar, en su fallo, la ley que no lo fue oportunamente o para rectificar el texto incorrecto.

También en el N° 5 del artículo 82 Constitución Política de la República, los conflictos de constitucionalidad pueden comprender decretos inconstitucionales del Presidente de la República de suerte que, esta "cuestión" debería estar comprendida en los números 3, 6 o 12 del citado artículo. Por lo demás esta competencia del Tribunal adquiere creciente importancia a la luz de la jurisprudencia de éste, que engloba bajo este número cualquier decreto objeto de reproche de constitucionalidad, con la ventaja procesal de tener una legitimación activa menos restringida que el número 12, en concreto son titulares de la acción de constitucionalidad cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio; pudiendo deducirse el requerimiento dentro del plazo de 30 días contados desde la publicación o notificación del texto impugnado.

De esta manera, la cobertura de actos normativos sometidos a control del Tribunal Constitucional es completa: actos legislativos, tratados, decretales y decretos con fuerza de ley. Se trata en este caso de un control de constitucionalidad de actos de administración (decretos) de carácter represivo y facultativo, superponiendo al Tribunal sobre la Contraloría General de la República, superposición de controles jurídicos de alcance distinto, pero que han generado conflictos entre estos órganos supremos del Estado dado que ambos órganos ejercen un control de legalidad y constitucionalidad (principio de juridicidad)

El Tribunal Constitucional en sentencia rol N° 116, de 1990, reconoce que el control de legalidad de los decretos que ejerce confiere a dichos actos una "presunción de legalidad y constitucionalidad, y como tal no es definitiva ya que puede ser revisada por otras instancias legales". La doctrina jurisprudencial del Tribunal nos parece acertada dado que la cobertura completa de actos normativos, incluidos los actos de la administración, asegura realmente la supremacía constitucional, la regularidad de las funciones estatales (Kelsen). La superposición de controles jurídicos es sólo parcial, dado que el parámetro de control del Tribunal es la Constitución y de la Contraloría la ley. (V.gr. S.T.C. Rol No. 153, Cons. 18; S.T.C. Rol N° 245 (246), Cons. 14 y siguientes).

ii) Cuestiones de constitucionalidad que susciten actos normativos que emanen del Presidente de la República (art. 82 N° 3, 6 y 12).

Este tipo de competencia de conflictos configura un control facultativo de constitucionalidad de actos normativos que emanan del Presidente de la República, que tengan fuerza de ley (art. 82 N° 3), de decretal (art. 82 N° 6 y 12), y que opera como control represivo o preventivo, según sea el caso. La declaración de inconstitucionalidad comprende forma y materia, y la sentencia del Tribunal Constitucional tiene efecto personal erga omnes, autoridad de cosa juzgada y efecto temporal ex tunc o ex nunc, según corresponda.

En la hipótesis del art. 82 N° 3 de la Constitución Política de la República queda fuera la ley habilitante o delegatoria, que deberá ser impugnada vía art. 82 N° 2 Constitución Política de la República. En el N° 3 de art. 82 de la Constitución Política de la República se le asigna al Tribunal Constitucional la atribución de resolver «las cuestiones» de constitucionalidad que se susciten sobre un decreto con fuerza de ley. En esta competencia la legitimación es restringida al Presidente de la República dentro del plazo de 10 días cuando Contraloría General de la República rechace por inconstitucional un D.F.L, y a cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio cuando el organismo contralor hubiere tomado razón de un D.F.L que se impugne por inconstitucional dentro del plazo de 30 días contados de la publicación del decreto (art. 82 inciso 7).

Una cuestión de fondo es estimar que queda comprendida en las "cuestiones sobre constitucionalidad" el juicio fundado en la Constitución como parámetro de control, quedando excluido el juicio de legalidad del D.F.L que concierne a su ley habilitante, lo que es de competencia de Contraloría General de la República (art. 88 inciso 2 Constitución Política de la República).

En cuanto a la caracterización del tipo de control, en nuestro medio Verdugo y Pfeffer distinguen entre las hipótesis básicas para sostener en un caso el carácter preventivo y en el otro el carácter represivo. De este planteamiento discrepamos, puesto que en la hipótesis de rechazo por Contraloría General de la República del D.F.L con motivo del trámite de la toma de razón, el decreto está perfecto, puesto que el control de legalidad es un acto trámite que mira a la eficacia del acto normativo.

En relación al procedimiento de la cuestión sobre constitucionalidad del D.F.L., se aplican las reglas de artículos 38 a 45 inclusive (art. 46), con mención de algunas reglas especiales, a saber: el requerimiento del Presidente de la República deberá ser deducido

dentro del plazo de diez días y se contará dicho plazo desde la recepción del oficio de representación del Contralor en el Ministerio origen del decreto; el Tribunal Constitucional deberá resolver dentro del plazo de 30 días, si este fuere defectuoso o incompleto, el plazo se contará desde que se subsanen defectos o completen antecedentes, plazo que podrá ser prorrogado hasta por 15 días si existiesen motivos graves y calificados, todo por resolución fundada (art. 46 inciso 2 y 3).

En cuanto a la sentencia del Tribunal Constitucional habrá que distinguir por hipótesis básicas: en el caso del decreto con fuerza de ley representado por el organismo contralor, la sentencia que desestima la acción del Presidente de la República y convalida el reproche de constitucionalidad, el decreto no llegará a tener eficacia jurídica y, por el contrario, la sentencia que acoja el requerimiento del Jefe de Estado será comunicada al Contralor General de la República para que proceda, de inmediato a tomar razón del D.F.L. respectivo (art. 46 inciso 4); y, en el caso del D.F.L. tomado razón por el organismo contralor e impugnado vía requerimiento por cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, la sentencia que desestima la acción de inconstitucionalidad, consolida el D.F.L. como acto normativo legítimo, y, por el contrario, la sentencia que acoja el requerimiento de todo o parte del D.F.L., se publicará en el Diario Oficial dentro de los tres días contados desde la fecha de dictación de la sentencia y la norma respectiva quedará sin efecto de pleno derecho (art. 46 inciso final). En este caso por norma expresa la sentencia tiene efecto temporal *ex nunc* o *pro futuro*.

En la hipótesis de requerimiento por cualquiera de las cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, claramente se trata de un control represivo. "La razón - dice Gómez - que justifica este control a posteriori de una norma vigente, reside en que el decreto con fuerza de ley es una muestra de confianza de las Cámaras en el Presidente, y este control resguarda, en último análisis, las atribuciones legislativas del Parlamento. La justificación para que una minoría ejerza el control está en que tal facultad obligatoria, puede haber sido ejercida al margen de la Constitución y pasando a llevar a la minoría, lo que aconseja que esté facultada para impugnar el decreto"<sup>32</sup>. Con todo, la superposición de controles jurídicos por los mismos vicios (Gómez) nos parece una hipótesis rarísima e improbable.

En el N° 6 del art. 82 de la Constitución Política de la República al Tribunal Constitucional le corresponde la atribución de resolver sobre la "constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 88". En esta hipótesis de representación de inconstitucionalidad de un decreto o resolución por la Contraloría General de la República; el Presidente de la República, de no conformarse con dicha representación (no pudiendo insistir), podrá remitir al Tribunal Constitucional los antecedentes dentro del plazo de diez días, a fin que se resuelva el conflicto.

Esta competencia de conflictos, arranca de la definición misma del organismo contralor (órgano autónomo e independiente) y de su función toral de control de legalidad, que a través de uno de sus tipos de control: el trámite de toma de razón hace un juicio de legalidad y de constitucionalidad de decretos y resoluciones. En caso de representación por ilegalidad del acto de Administración, el Presidente de la República goza de la

atribución exorbitante del decreto de insistencia, atribución que no podrá doblegar el reproche de inconstitucionalidad.

En cuanto al procedimiento, se aplicarán en lo pertinente las reglas de los art. 38 a 45 inclusive y las reglas especiales que se indican: el plazo de diez días se contará desde que se reciban en el Ministerio de origen del decreto o resolución el oficio de representación del Contralor General de la República. La sentencia del Tribunal Constitucional que rechace el requerimiento del Presidente de la República consolida la representación del organismo contralor y el acto de administración declarado inconstitucional no llegará a tener eficacia jurídica, y por el contrario la sentencia que acoja el requerimiento del Presidente de la República será comunicada al Contralor General de la República para que proceda, de inmediato, a tomar razón del decreto o resolución impugnada (art. 49, inciso final). En este caso la Ley Orgánica Constitucional indica que la sentencia del Tribunal Constitucional tendrá en efecto temporal ex nunc o pro futuro.

En el N° 12 del art. 82 de la Constitución Política de la República se le asigna al Tribunal Constitucional la atribución de resolver sobre la "constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60". Esta competencia de conflictos está referida a las cláusulas de dominio legal máximo y de potestad reglamentaria de ejecución y autónoma, modelo de reparto de funciones normativas tomada de la Constitución de la V República francesa de 1958, en que el Tribunal Constitucional al igual que el Consejo Constitucional es un "perro guardián" de este esquema de reparto de poder que teóricamente fortalece las atribuciones del Presidente de la República.

En cuanto a la legitimación activa, esta es restringida a cualquiera de las Cámaras, las que podrán incoar al Tribunal con el quórum de mayoría absoluta de miembros presentes (art. 7 Ley N° 18.918), acción que deberá ser deducida dentro del plazo de treinta días siguientes a publicación o notificación del texto impugnado (art. 82 inciso final Constitución Política de la República). En relación al procedimiento el artículo 50 se remite a reglas de procedimiento de artículo 38 a 45 inclusive, en lo que fueren pertinente, y a reglas especiales, a saber: el Tribunal deberá resolver dentro del plazo de treinta días contados de la recepción de requerimiento o desde que se subsanen deficiencias o completen antecedentes, pudiendo prorrogarse dicho plazo hasta por quince días si existiesen motivos graves y calificados, mediante resolución fundada (art. 50 inciso 2).

La sentencia del Tribunal Constitucional que rechace el requerimiento de cualquiera de las Cámaras consolidará el decreto reglamentario impugnado, y la sentencia que acoja el requerimiento deberá publicarse en el Diario Oficial dentro de los tres días contados desde la fecha de su dictación (art. 50 inciso final). Esta competencia de conflictos del Tribunal en la práctica es sustituida por el art. 82 N° 5 de la Constitución Política de la República, que permite impugnar el género: "decretos inconstitucionales", con la ventaja de tener una legitimación procesal menos restringida, vía procesal anómala convalidada por la doctrina jurisprudencial. (S.T.C. Rol N° 116, Cons. 1 a 10; S.T.C. Rol N° 124, Cons. 22).

iii) Cuestiones de Constitucionalidad relativas a convocatoria a plebiscito (art. 82 N° 4 Constitución Política de la República).

Conforme al N° 4 del art. 82 de la Constitución Política de la República es atribución del Tribunal Constitucional resolver las "cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad en relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones".

En este caso la competencia de conflictos del Tribunal Constitucional está referida a discrepancias que surjan en el procedimiento de reforma constitucional entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional, como órganos del "poder constituyente derivado". La hipótesis básica está referida a la atribución constituyente del Presidente de la República de vetar total o parcialmente proyectos de reforma constitucional, vetos que fueren rechazados e insistidos para provocar la sanción forzada, eventos en el que el Jefe de Estado podrá convocar a plebiscito a la ciudadanía (cuerpo electoral). La convocatoria a plebiscito deberá efectuarse dentro del plazo de treinta días siguientes a la insistencia de las Cámaras, y se ordenará por decreto supremo (art. 119), el que contendrá el proyecto aprobado por el Congreso Pleno y vetado totalmente, o las cuestiones del proyecto en las cuales el Congreso haya insistido, caso en que las cuestiones en desacuerdo se votarán separadamente en el plebiscito.

El Tribunal Calificador de Elecciones tiene atribuciones en relación a la votación plebiscitaria: escrutinio general (art. 84 Constitución Política de la República) y especificación de texto de proyecto aprobado por ciudadanía, el que deberá ser promulgado como reforma constitucional dentro de los cinco días siguientes a dicha comunicación (art. 119, inciso 3).

En esta competencia de conflictos, la legitimación activa está restringida a cualquiera de las Cámaras, con quórum ordinario de acuerdo para deducir la acción, la que deberá interponerse vía requerimiento dentro de 10 días contados de la fecha de publicación del decreto que fije la votación plebiscitaria (art. 82 inciso 8 de la Constitución Política de la República). En materia de procedimiento se aplican las reglas generales de art. 38 a 45 inclusive de la Ley N° 17.997, y las reglas especiales, que se indican: el requerimiento deberá indicar si la cuestión se refiere a la procedencia del plebiscito, a su oportunidad o a los términos de la misma, precisando los aspectos específicos de la impugnación y su fundamento, debiendo resolver dentro del plazo de treinta días contados de la recepción del requerimiento, o si éste fuere defectuoso o incompleto, desde que fuera subsanado o completado por los requirentes; plazo que se podría prorrogar hasta por quince días, en casos graves o calificados, por resolución fundada.

La sentencia del Tribunal Constitucional que disponga la procedencia del plebiscito, deberá fijar en la misma resolución, el texto definitivo de la consulta, manteniendo la forma dispuesta en el decreto de convocatoria o modificándola en su caso (art. 82 inciso 9 de la Constitución y art. 47 inciso 4 Ley N° 17.997). Si al término de dictarse la sentencia faltaren menos de 30 días para realización de plebiscito, el Tribunal fijará nueva fecha entre los 30 y 60 siguientes al fallo (art. 82 inciso 10 Constitución Política de la República). La sentencia del Tribunal Constitucional, deberá publicarse en el Diario Oficial dentro de tres días contados desde la fecha de su dictación (art. 47 inciso final, Ley N° 17.997).

c) Competencia Contencioso - Sancionatoria.

El artículo 82 N° 7 Constitución Política de la República le asigna al Tribunal

Constitucional la atribución de "declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los incisos sexto, séptimo y octavo del N° 15 del artículo 19 de esta Constitución. Sin embargo, si la persona afectada fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio".

Esta competencia contencioso - sancionatoria se funda en las nociones de defensa de la democracia (democracia militante) que consagraron los artículos 18 y 21 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. La reforma constitucional de 1989 (Ley N° 18.825), derogó el art. 8 , y adicionó los incisos sexto a octavo en el N° 15 de artículo 19, modificando la cláusula y consagrando un axial principio de pluralismo político<sup>33</sup>. De esta manera, la actual cláusula de protección de los "principios básicos del régimen democrático y constitucional", debe entenderse referida a los principios del Estado de Derecho, expresión jurídica de la democracia constitucional.

En la competencia contencioso - sancionatoria del art. 82 N° 7 existe una legitimación activa abierta: acción popular o acción pública para requerir al Tribunal Constitucional, y las personas naturales o jurídicas que deduzcan la acción deberán afianzar las resultas del contencioso a satisfacción del Tribunal (art. 63 y 53 Ley N° 17.997); pero tratándose de un sujeto pasivo como el Presidente de la República o Presidente electo, el requerimiento sólo podrá ser formulado por la Cámara de Diputados o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio (art. 82 inciso 14).

En el contencioso-sancionatorio existe en propiedad un procedimiento contencioso o contradictorio, con partes, prueba, y demás elementos de este tipo de procesos, con una naturaleza declarativa y punitiva. Por tanto, las notas características de este contencioso-sancionatorio son:

- i) El requerimiento deberá contener las menciones prescritas en art. 64, Ley N° 17.997.
- ii) Del requerimiento admitido a trámite deberá darse traslado al afectado o imputado para que conteste dentro del plazo de diez días, contados de su notificación y si no lo admitiere a trámite deberá declararlo mediante resolución fundada (art. 65 y 66).
- iii) Evacuada la contestación o sin ella, en tiempo y forma, el Tribunal dispondrá diligencias propuestas en requerimiento y contestación, si las estima pertinentes (art. 67).
- iv) El Tribunal Constitucional abrirá un término de prueba, con un plazo de 15 días, el que podrá ser renovado, por resolución fundada (art. 68). El Tribunal Constitucional está facultado para apreciar los hechos en conciencia (art. 82 inciso 2 Constitución Política de la República).

v) Vencido el término probatorio, el Tribunal Constitucional previa certificación del Secretario, dentro del plazo de 5 días sobre puntos dudosos podrá ordenar practicar diligencias al efecto (art. 69).

vi) Practicadas las diligencias si fuere el caso o vencido probatorio, el Tribunal Constitucional deberá dictar sentencia dentro del plazo de treinta días, desde que el proceso se encuentre en "estado de sentencia".

La sentencia del Tribunal Constitucional, referida a partidos, movimientos u otras formas de organización, declara si son o no contrarios "al ordenamiento institucional", y para los partidos, ello constituye una causal de disolución, debiendo luego de la publicación en extracto en Diario Oficial, el Director del Servicio Electoral proceder de inmediato a la cancelación del Registro de Partidos que lleva el ente público y sus bienes pasarán al Fisco (art. 43-45 Ley N° 18.603 orgánica constitucional de Partidos Políticos). La sentencia del Tribunal Constitucional que concierne a personas naturales, que hayan tenido participación en los hechos que motivan la declaración de inconstitucionalidad, requerirá que en el proceso hechos personas sean emplazadas y notificadas de la sentencia definitiva (art. 70), y tratándose de personas jurídicas la notificación se hará a su representante legal de forma personal (art. 72).

La sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional, para personas naturales importa aplicar de pleno derecho un "bloque sanciones", indicados en incisos séptimo y octavo de N° 15 de art. 19 y en N° 3 de artículo 16 de la Constitución Política de la República. El Tribunal Constitucional actúa en este contencioso sancionatorio a la "usanza de ciertos jurados que sólo deciden la culpabilidad" (guilty or not guilty); pero sin intervenir indicando penas determinadas. Al respecto el profesor Lautaro Ríos señala "no existe ninguna graduación estimativa de las sanciones indicadas en el art. 19 N° 15, de acuerdo a la mayor o menor responsabilidad que se establezca. No juegan aquí las circunstancias atenuantes, agravantes, ni eximentes. O el acusado es hallado infractor - aunque sea por un voto de diferencia y carga con todos las sanciones que determina la Constitución, o es hallado inocente y se libera de todo castigo"<sup>34</sup>. La sentencia tiene efectos personales relativos o inter partes, autoridad de cosa juzgada y efectos temporales ex nunc o pro futuro.

Finalmente, la sentencia del Tribunal Constitucional en los casos en que el imputado fuere el Presidente de la República o Presidente electo, la declaración de inconstitucionalidad, requerirá de un verdadero "pase" del Senado aprobado por la mayoría de sus miembros en ejercicio, atribución de "pase" de naturaleza política, que no guarda armonía con el quórum de culpabilidad exigido en juicio político (art. 49 N° 1, Constitución Política de la República).

#### d) Competencia Miscelánea.

Con la denominación de "competencia miscelánea" (Ríos) se designan dos tipos de atribuciones del Tribunal Constitucional (contenciosa y consultiva) que no corresponde de ordinario a las materias que quedan comprendidas temáticamente en la Jurisdicción Constitucional; y que sólo un concepto formal (Rubio Llorente) nos permitirá incluir en este estudio.



i) Competencia Miscelánea de Tipo Contenciosa.- El N° 10 de art. 82 de la Constitución Política de la República le asigna al Tribunal Constitucional la atribución de resolver "las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones". Esta competencia de tipo contenciosa permea la configuración del procedimiento: partes, litis, prueba, apreciación en conciencia de los hechos, sentencia declarativa, conducente a establecer una inhabilidad constitucional o legal, es decir, requisitos de designación, incompatibilidades y causales de cesación (inhabilidades preexistentes y sobrevinientes).

En este contencioso existe legitimación activa amplia: acción pública (art. 82 inciso 13 Constitución Política de la República). La naturaleza de un contencioso concreto como este encomendado al Tribunal Constitucional sólo se explica por la "necesidad de encontrar" un órgano de extrema jerarquía capaz de resolver problemas en los cuales pueda haber discrepancia de apreciación entre los poderes públicos "(Verdugo - Pfeffer).

En cuanto al procedimiento, éste se regula en Párrafo 3, Título II de Ley N° 17.997 y en Auto Acordado sobre Procedimiento de 1982, procedimiento común con inhabilidades parlamentarias, siendo sus reglas más importantes las siguientes:

Habría acción pública para deducir el requerimiento por inhabilidad de Ministro de Estado.

El requerimiento deberá contener las menciones y formas que prescriben el artículo 53 de la Ley N° 17.997, de manera análoga a toda demanda, acto procesal que contiene la pretensión procesal.

El requerimiento que no cumple con menciones y formas de N° 1 a 4 de art. 53, podría no ser admitido a trámite por resolución fundada que se notificará a recurrente, quien dentro de tres días podrá subsanar los defectos, bajo sanción de tenerse por no presentada (art. 54).

Admitido a tramitación el requerimiento se notificará al Ministro, quien dispondrá de diez días para su contestación, la que deberá cumplir con requisitos de N° 3, 4 y 5 de art. 53 (art. 55).

Contestado requerimiento o sin tal contestación en tiempo y forma el Tribunal Constitucional decide si recibe la causa a prueba, (art. 56). Si estima recibir la causa a prueba dictará la resolución indicando los hechos en que debe recaer (art. 57).

El término de prueba es de quince días, la lista de testigos, debería presentarse dentro de los tres primeros días y deberán en dicho plazo rendirse todas las pruebas cuando haya de rendirse prueba ante el Tribunal. Las diligencias podrán practicarse ante el Ministro por el Tribunal comisionado al efecto (art. 57 inciso 2 y 3).

Evacuada contestación, o la prueba rendida en su caso, el Presidente ordena traer autos en relación y queda el asunto en tabla, y oída la relación y producido acuerdo, se designa Ministro redactor (art. 58).

Las notificaciones se harán por carta certificada al domicilio que el requirente fije en su primera presentación. Con todo, se notificarán personalmente al afectado la resolución que acoge a trámite el requerimiento, notificación practicada por ministro de fe que designe el Tribunal Constitucional (art. 60).

Aplicación supletoria de las normas de Títulos II, V y VII de Libro I, Código de Procedimiento Civil, en lo que no sean contrarias a la ley orgánica constitucional del rubro (art. 61).

El Tribunal Constitucional impondrá costas procesales y personales al requirente en sentencia definitiva, pudiendo eximirlo de costas cuando aparezca que ha tenido motivos plausibles para formular el requerimiento, sobre lo cual deberá hacer expresa declaración en su resolución. Las costas se fijan discrecionalmente (art. 62) y su ejecución se hará conforme a procedimiento de Título I, Libro III del Código de Procedimiento Civil y conocerá el tribunal ordinario de justicia que corresponda según reglas generales.

La sentencia del Tribunal Constitucional se notificará personalmente (art. 60 y 59).

En cuanto a la sentencia del Tribunal Constitucional, tratándose este contencioso de una acción - procedimiento producirá efectos constitutivos o ex nunc, inter partes y goza la sentencia de autoridad de cosa juzgada, y de efecto totales, puesto que se notifica a partes en la causa y se comunica a órganos constitucionales interesados para fines que hubiere lugar (art. 59).

En el N° 11 del artículo 82 de la Constitución Política de la República se asigna al Tribunal Constitucional la atribución de "pronunciarse sobre inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios". Esta competencia miscelánea de tipo contenciosa permea en su naturaleza jurisdiccional contradictoria a todo el procedimiento: partes, litis, emplazamiento notificaciones, prueba, sentencia.

Estamos en presencia de un contencioso concreto y contradictorio, pero con legitimación activa restringida pudiendo ejercer la acción vía requerimiento el Presidente de la República o no menos de diez parlamentarios en ejercicio (art. 82 inciso quince). Esta competencia contenciosa está referida a las prohibiciones parlamentarias (inhabilidades relativas y absolutas, preexistentes y sobrevivientes, incompatibilidades, incapacidades y causales de cesación contemplados en el art. 54 a 57 inclusive de la Constitución, prohibiciones que son de derecho estricto, y que encomendadas al Tribunal Constitucional, designan el esfuerzo del constituyente en orden a racionalizar esta materia, disminuyendo el peligro de extrema politicidad en la materia o de corporativismo acendrado, si su conocimiento estuviese entregado a las propias Cámaras.<sup>35</sup> El procedimiento de prohibiciones parlamentarias es casi idéntico al de inhabilidades de Ministros de Estado (Título II, Párrafo 3., Ley N° 17.997), con la regla especial en materia de legitimación activa (art. 52 inciso primero Ley N° 17.997).

ii) Competencia Miscelánea de Tipo Consultiva.- El N° 9 del artículo 82 de la Constitución Política de la República le asigna al Tribunal Constitucional la atribución de "informar al Senado en los casos a que refiere el artículo 49 N° 7 de esta Constitución". La hipótesis es la consulta del Senado en los casos que le sea sometida a

esta Cámara la declaración de inhabilidad del Presidente de la República o de Presidente electo cuando un impedimento físico o mental lo inhabilite para el ejercicio de sus funciones, y también la declaración sobre fundamentación de motivos de renuncia del Presidente de la República, a efecto de admitirla o desecharla.

Esta competencia de tipo consultiva, es obligatoria en las dos hipótesis de art. 49 N° 7 Constitución Política de la República, pero el informe emitido no es vinculante para la Cámara Alta. El procedimiento de informes del Tribunal Constitucional al Senado se rige por Título II, Párrafo 5 Ley N° 17.997. El Tribunal Constitucional conoce a requerimiento de la Cámara de Diputados o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, lo que guarda armonía con la naturaleza de la atribución del Senado del artículo 49 N° 7 de la Constitución Política de la República de justicia política; todo con sujeción a las formas del art. 38 de la Ley N° 17.997.

El requerimiento deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo, y se indicará con precisión la causal de inhabilidad que se aduce o los motivos que originan la dimisión. Deberá acompañarse copia íntegra de actas de sesiones en que se hubiere tratado el problema de todos los instrumentos, escritos y demás antecedentes que se hubieren presentado o invocado durante la discusión del asunto. El Tribunal deberá informar dentro del plazo improrrogable de 15 días, contados desde que se reciba la petición de informe. (art. 73, Ley N° 17.997). El Tribunal Constitucional apreciará los hechos en conciencia, pero no se trata de un contencioso.

Un excursus final en materia de competencias del Tribunal Constitucional, obliga a una referencia breve a las "competencias excluidas" (Ríos) en particular si se compara el órgano con sus homólogos dentro del sistema europeo o concentrado: a) las cuestiones electorales encomendadas al Tribunal Calificador de Elecciones y Tribunales Electorales Regionales, racionalización que arranca del constituyente del 1925; b) la justicia política (artículo 48 N° 2 y 49 N° 1 Constitución Política de la República) que permite hacer efectiva la responsabilidad constitucional de ciertos funcionarios y magistraturas; c) la justiciabilidad de los Autos Acordados de la Corte Suprema y del Tribunal Calificador de Elecciones, así como los reglamentos Camarales<sup>36</sup>.

En rigor la justicia electoral y la justicia política es discutible que correspondan a competencias propias de la Jurisdicción Constitucional, aunque en Derecho Comparado se incorporen a la órbita de atribuciones de los Tribunales Constitucionales (Tribunal Constitucional Federal germano, Tribunal Constitucional austríaco y Corte Constitucional italiana) según se ha expuesto. Además, desde el punto de vista del

Derecho Constitucional la formación de jurisdicciones plurales en lo orgánico, en concreto una Jurisdicción Electoral, responde a una racionalización de conflictos que durante el siglo XIX son cuestiones políticas y tratándose de la justicia política, queda configurada en el instituto de la acusación en juicio político de raíz anglosajona (impeachment), instituto que posee un elemental grado de racionalización, por lo que su componente político predomina respecto de su componente jurídico, por lo que no cabe incluirla como un tipo de competencia que de suyo corresponda a la Jurisdicción Constitucional<sup>37</sup>.

En cuanto a los Autos Acordados de Tribunales Supremos de Casación (Corte Suprema) y de Justicia Electoral (Tribunal Calificador de Elecciones), y reglamentos internos de

las Cámaras, de un punto de vista de lege ferenda es recomendable su incorporación al control jurisdiccional de constitucionalidad preventivo o represivo por el Tribunal Constitucional, tema que es objeto de actual consenso en la reforma constitucional en trámite en el Senado.

## 2. CORTE SUPREMA CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

La Corte Suprema es un órgano constitucional, colegial integrado por 21 ministros, letrado cualificado y multifuncional, a saber: órgano de casación en la tradición francesa; es el órgano administrativo superior en los órdenes directivo, correccional y económico de los tribunales de la Nación, y también es órgano de Jurisdicción Constitucional.

Con acierto el ilustre procesalista nacional H. Pereira destaca que la Corte Suprema como órgano supraordinado jerárquicamente a los demás tribunales de justicia, le incumbe "representar al Poder Judicial, velar por la observancia de las leyes, respetar y hacer respetar los derechos constitucionales de las personas, declarar la inaplicabilidad de los preceptos legales inconstitucionales y ejercer la superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los tribunales de la nación, salvo los expresamente exceptuados por la Constitución Política"<sup>38</sup>.

La existencia de la Corte Suprema se remonta a la Constitución de 1818 bajo la denominación de "Supremo Tribunal Judiciario". (art. 1, Capítulo II) y con la actual denominación a partir de la Constitución Liberal de 1828 (art. 93).

La Corte Suprema como "tribunal de casación" vela por la legalidad, tanto en el procedimiento cuanto en el fallo de los asuntos temporales de competencia de los tribunales de la nación; configuración que arranca con nitidez desde la instauración del recurso extraordinario de nulidad (Ley de 1 de marzo de 1837) y del recurso de casación (art. 107 de Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875)<sup>39</sup>. Por ello sabiamente el legislador de 1875 excluyó a los miembros de la Corte Suprema de la responsabilidad por delitos ministeriales como falta de observancia de las leyes que reglan el procedimiento y denegación o torcida administración de justicia (art. 76 Constitución de 1980 y art. 324, inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales). También la casación sirve de vehículo de "unificación jurisprudencial del derecho" y de vigencia del derecho de igualdad ante la ley (Pereira).

La Corte Suprema a partir de 1925 es configurada sólidamente como un órgano de Jurisdicción Constitucional, es decir, de garantía jurisdiccional de la supremacía (regularidad de funciones estatales) de la Constitución. Ciertamente, según hemos visto los Tribunales de Justicia (Corte Suprema) en el siglo XIX, sea a través del recurso de protección o del habeas corpus, habían ejercido una potestad tutelar de derechos constitucionales, que se denominó potestad conservadora, concepto que arranca directamente de la Comisión Conservadora instituida por la Carta de 1833 (art. 48 y 49) y que ejercía un control político de constitucionalidad de las leyes y un control político de eficacia de derechos o "garantías individuales". (Ballesteros)

La Corte Suprema es un órgano jurisdiccional supremo del Estado, de carácter colegiado y letrado cualificado; constituido por veintiún miembros, uno de los cuales es su Presidente, elegido por el plenario del órgano, y durará tres años en funciones, no

podiendo ser reelegido, y los demás miembros denominados Ministros gozarán de la precedencia que les confiere el orden de su antigüedad (art. 93 Código Orgánico de Tribunales, en adelante C.O.T.) El Tribunal tiene un secretario, prosecretario, fiscal y ocho relatores (art. 93 C.O.T.), más apoyo administrativo.

Conforme a art. 75 inciso segundo de la Constitución y art. 93 de C.O.T. los miembros de la Corte Suprema y un Fiscal, serán nombrados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado, de una propuesta plurinominal que formule la propia Corte.

De conformidad con la reforma constitucional de 1997, promulgada por ley N° 19.541, se modificó el dispositivo de nombramiento e integración de la Corte Suprema.

La Constitución fija el número de miembros de la Corte Suprema en 21 ministros, lo que significa aumentar el número de ministros fijado en 17 por la ley orgánica constitucional del rubro, disponiéndose que 5 de los miembros del Tribunal deberán ser abogados extraños a la Administración de Justicia, los que deberán tener a lo menos quince años de título, haberse destacado en la actividad profesional o universitaria y cumplir los demás requisitos estatutarios. La reforma en relación a la integración de la Corte Suprema la desburocratiza, incorporando abogados de experiencia profesional o universitaria; y además, refuerza la independencia externa del Tribunal al suprimir la figura iuris de los "abogados integrantes".

Finalmente, el nombramiento de los ministros de la Corte Suprema corresponde al Presidente de la República, previa nominación a partir de una quina elaborada por la misma Corte, nominación que requerirá acuerdo del Senado, adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio adoptada en sesión especialmente convocada al efecto. Las vacantes de miembros de la carrera judicial, darán origen a propuestas plurinominales o quina elaboradas por la Corte Suprema en las que figurarán miembros del Poder Judicial ocupando un lugar por derecho el ministro más antiguo de Corte de Apelaciones que figure en lista de méritos, y los otros cuatro lugares se llenarán en atención a los merecimientos de los candidatos. Las vacantes de miembros ajenos a la carrera judicial, se proveerán previa propuesta plurinominal elaborada por la Corte Suprema, que requerirá de concurso público de antecedentes. Para elaborar la quina la Corte Suprema en pleno convocado al efecto, en una misma y única votación, donde cada ministro tiene derecho a votar por tres personas, resultando elegidos las cinco primeras mayorías.

La Corte Suprema estructura su competencia en dos modalidades de funcionamiento: Pleno y Salas (art. 96 y sgtes. C.O.T., modificado por Ley N° 19.374, de 1995). La Corte Suprema funcionará ordinariamente dividida en tres Salas o extraordinariamente en cuatro Salas. La Corte Suprema mediante Autos Acordados establecerá la forma de distribución de sus Ministros en Salas, por un período de dos años. Cada Sala queda presidida por el Ministro más antiguo, cuando no esté presente el Presidente de la Corte Suprema y, además, se fijarán las materias que correspondan a cada Sala: materias civiles, penales, constitucionales, contencioso administrativas, laborales, de menores, tributarias u otras (art. 95 y 99 C.O.T.).

La Corte Suprema en Pleno tendrá la competencia que fija el art. 96 del C.O.T.: conocer del recurso de inaplicabilidad y de contiendas de competencia, apelaciones en causa de desafuero de parlamentarios, juicios de amovilidad fallados por Corte de Apelaciones o Presidente de Corte Suprema seguidos contra jueces letrados o Ministros de Corte;

ejercer facultades administrativas, económicas y disciplinarias, informar al Presidente de la República en asuntos relativos a la Administración de Justicia, informar las modificaciones a la ley orgánica constitucional relativa a organización y atribuciones de los tribunales, y conocer de los asuntos que las leyes especiales le encomienden expresamente. (art. 74, inciso segundo; art. 79 inciso final y art. 80 C.P.R. y art. 96 C.O.T.).

La Corte Suprema en Salas tendrá la competencia que fija el art. 98 del C.O.T., y la distribución de materias que fija el Auto de Acordado del rubro; a saber, en general: recursos de casación en el fondo, recursos de casación forma interpuesto contra sentencias de Cortes de Apelaciones o Tribunal Arbitral de segunda instancia constituido por árbitros de derecho, apelaciones y de sentencias dictadas por Cortes de Apelaciones en recursos de amparo y de protección, recurso de revisión, de queja (pero la medida disciplinaria corresponderá al Pleno), recursos de queja en juicios de cuenta, y demás negocios que corresponda conocer a Corte Suprema y que no sean encomendados expresamente al conocimiento del Pleno.

En cuanto al funcionamiento ordinario y extraordinario de la Corte Suprema, este se encuentra regulado en art. 95 y 99 del Código Orgánico de Tribunales (modificados por Ley N° 19.374, de 1995), facultándose al Tribunal para distribuir sus Ministros entre diversas Salas, asignándole las materias que corresponderá a cada Sala, y fijando forma y periodicidad en que las Salas especializadas decidirán las materias indicadas en inciso primero del art. 781 y en incisos primero y segundo del artículo 782 del C.P.C. La distribución de Ministros en Salas de funcionamiento ordinario y materias que corresponden a éstas, se ha fijado por la Corte Suprema mediante Auto Acordado del rubro vigente del 01 de abril de 1998. El funcionamiento ordinario de la Corte Suprema se divide en tres Salas especiales (Primera Sala o Sala Civil, Segunda Sala o Sala Penal, Tercera Sala o Sala de asuntos constitucionales y contencioso administrativo), para lo cual la distribución de los Ministros se hará por votación sucesiva, y en funcionamiento extraordinario se integrará una Cuarta Sala o Sala Mixta, mediante sorteo de dos Ministros de la Primera Sala, uno de la Segunda Sala y otro de la Tercera Sala o Sala de asuntos constitucionales y contencioso administrativo.

Para nuestro estudio importa la Tercera Sala, que en cuanto órgano especializado de la Corte Suprema, recoge una tendencia en América latina de países que han instituido Salas especializadas con competencia en asuntos constitucionales, inclusive estatuyendo dichas Salas en la Cartas Fundamentales (Constitución de El Salvador, art. 174; Constitución de Paraguay art. 260; sin perjuicio del paradigmático caso de Costa Rica). Esta especialización es relativa ya que las apelaciones de sentencias recaídas en recurso de protección se distribuye en las tres salas de funcionamiento ordinario e incluso en la cuarta de funcionamiento extraordinario.

En materia de procedimiento las Salas especializadas decidirán con sujeción al orden de ingreso y respetando las preferencias establecidas por la ley, por lo menos una vez al mes, las materias indicadas en inciso primero de art. 781 (casación forma) y en incisos primero y segundo de art. 782 del C.P.C., respecto de los recursos de casación que hayan ingresado hasta 15 días antes de la fecha en que se deba resolver la materia; esto es, tales recursos serán examinados en cuenta en su admisibilidad.

La Corte Suprema como órgano de Jurisdicción Constitucional, es órgano de única o de última instancia en las materias sometidas a su competencia. Ciertamente la naturaleza

de la sentencia de la Corte Suprema en materias que integran su competencia de órgano de Jurisdicción Constitucional, dependerá del tipo de proceso, procedimiento y la peculiar autoridad de cosa juzgada.

En cuanto a los efectos de la sentencia de la Corte Suprema, cabe señalar que sus efectos personales son relativos o inter partes (art. 3 Código Civil), sus efectos temporales ex nunc o pro futuro, ex tunc o pro praeterito y revestida de autoridad de cosa juzgada (art. 97 C.O.T.) dependiendo de la naturaleza o entidad de la acción y proceso.

En relación a la cosa juzgada, una sentencia judicial está firme o ejecutoriada por el agotamiento de recursos legales previstos para su impugnación, sea por haberse interpuesto, sea por haber transcurrido los plazos para su interposición sin deducirse recurso (preclusión de impugnación), caso en el cual el ordenamiento jurídico le atribuye autoridad o fuerza de cosa juzgada, de manera que el acto jurisdiccional-sentencia permanece procesalmente inmutable (cosa juzgada formal) y la orden o mandato que representa es irrevocable no sólo por el Tribunal que la pronunció, sino por cualquiera otro tribunal o autoridad (cosa juzgada material).

La cosa juzgada dota a la sentencia de "inimpugnabilidad" en el mismo proceso, y por lo tanto, es una fase desarrollada de la preclusión (cosa juzgada formal)<sup>40</sup>. También la cosa juzgada tiene un efecto fuera del proceso, "al exterior", es la "vinculación" que produce en otro proceso (en palabras de Fairén Guillén) la parte dispositiva de la primera sentencia: es la exclusión - teórica - de la posibilidad de volver a tratar y a decidir sobre el mismo asunto con firmeza ("efecto negativo de la cosa juzgada") y en su caso, si el segundo proceso igual se produjere, condicionado por el primero de modo inexcusable, la segunda sentencia deberá ser acorde con la primera ("efecto positivo"); a esta "vinculación" se la denomina cosa juzgada material.

El procesalista uruguayo E. J. Couture ha sostenido que "la cosa juzgada es el atributo de la jurisdicción", aserto polémico, pero que de manera consistente se imbrica en su concepto de cosa juzgada: "la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla"<sup>41</sup>. En la definición de cosa juzgada de Couture, la autoridad es "una calidad, una inherencia" propia de la sentencia que emana de un órgano jurisdiccional y la eficacia se traducen en la "inimpugnabilidad", "la inmutabilidad" y "la coercibilidad" de la sentencia, modos de la eficacia que comprenden las nociones formal y sustancial del concepto. Sabido es que la cosa juzgada tiene límites subjetivos (personas y partes) y límites objetivos (que se ordenan a partir de la relación entre parte dispositiva del fallo o decisum, el objeto y la causa petendi). También resulta de interés en este punto la tesis de H. Pereira en orden a que la cosa juzgada como atributo de la Jurisdicción (acto - proceso) tienen fundamento constitucional en el artículo 73 Constitución Política de la República que prohíbe al Presidente de la República y al Congreso ejercer funciones judiciales o avocarse, revisar o revivir procesos fenecidos<sup>42</sup>, lo que impone una sólida valla a la legislación y a la Administración.

En este punto el procesalista nacional Hugo Pereira A., añade "Puesto que la sentencia firme puede invocarse frente a toda autoridad pública, la fuerza de cosa juzgada del fallo es propia de Derecho Constitucional y así lo ha admitido la jurisprudencia de la Corte Suprema que señala en artículo el art. 80 inciso 1, de la Constitución Política de

1925 (actual art. 73, inciso 1, de la Constitución de 1980) como texto positivo que la recepciona, por lo cual cualquier precepto legal que la desconozca o lesiona puede ser declarado inaplicable por inconstitucionalidad"<sup>43</sup>. Para el profesor Pereira la Corte Suprema se erige un custodio de la cosa juzgada, y el recurso de revisión no lesiona la cosa juzgada, sino "provee a su dignidad y respetabilidad", ya que corrige sentencias que han sido ganadas dolosamente o surgen hechos nuevos incompatibles con la existencia de la sentencia.

En este esquema del estudio la autoridad o fuerza de cosa juzgada de la sentencia de la Corte Suprema en su tipo concreto, está ligada a la naturaleza del procedimiento - proceso. En relación a las sentencias que dicte la Corte Suprema al fallar recursos de casación de fondo y de forma, de queja, de protección, de amparo y de revisión no son receptibles de recurso alguno, salvo el de aclaración, rectificación o enmienda que establece el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil. Toda reposición o reconsideración es inadmisible y será rechazada de plano por el Presidente de la Corte, salvo reposición en casos de artículos 778, 781 y 782 del C.P.C. (art. 97 C.O.T.).

Antes de concluir este apartado es menester retornar a un tema antes abordado a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional para, de alguna manera, conferirle unidad a la sentencia, de suerte que el concepto sentencia constitucional no sea un concepto vacío o inútil científicamente.

Hemos sostenido que nuestro sistema de Jurisdicción Constitucional es concentrado, pero con dualidad de Judicatura: coexisten dos controles, uno básicamente preventivo asignado al Tribunal Constitucional y el otro represivo asignado a la Corte Suprema esquema en que el artículo 83, inciso final de la Constitución Política de la República serviría de regla de exclusión para evitar la superposición de competencias con productos o sentencias contradictorias, que pusieran en jaque los conceptos de cosa juzgada, vinculación de ley y fuerza de ley. Sobre este particular hemos recogido observaciones críticas que compartimos con autores como Verdugo, Pfeffer y Gómez.

Sin embargo, se han planteado problemas prácticos, en sede de inaplicabilidad y de control de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional en sentencia rol N° 124 de 1992, pronunciándose sobre la constitucionalidad del D.S. N° 143, de 1991, del Ministerio de Justicia que disolvía la Sociedad Benefactora Educacional Dignidad, estimó que la supresión de la atribución de cancelar personalidad jurídica a personas de derecho privado del art. 32 Constitución Política de la República (en comparación con el art. 72 N° 11 de la Carta de 1925) no importaba privar de una atribución de rango legal del Jefe de Estado. Al contrario, la Corte Suprema en sentencia Rol N° 16.868 recaída en recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de artículos 559, inciso segundo y 561 del Código Civil; sostuvo que la supresión de la facultad en Art. 32 de la Constitución vigente, entrañaba la supresión de la atribución de rango legal (Arts. 18 y 19).

La coexistencia de productos hermenéutico - constitucionales contradictorios es un botón de muestra de una de las disfuncionalidades no sólo del mentado art. 83 inciso final, sino de un sistema concentrado con dualidad de Judicatura. Para el novel profesor E. Aldunate el elemento definitorio de la cosa juzgada constitucional es la existencia de un producto hermenéutico constitucional, de la "existencia de una, y sólo una norma constitucional secundaria ..."<sup>44</sup>. Agrega E. Aldunate que en el campo del control de



constitucional de la ley y actos normativos la cosa juzgada no puede importar inmutabilidad dado que nada impide a otros órganos supremos ejercer sus atribuciones constitucionales, por lo que habla de "provisionalidad de la cosa juzgada constitucional". Finalmente, E. Aldunate destaca que la cosa juzgada constitucional, tampoco puede significar la fijación de un sentido único y definitivo para un determinado texto constitucional; pues ello rompería con el sentido de una hermenéutica constitucional que concibe la norma, como una prescripción abierta a soluciones diversas.

### 3. ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD COMO CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En nuestro ordenamiento jurídico se ha sostenido que la caracterización de la Corte Suprema como órgano de Jurisdicción Constitucional, nos lleva una "dualidad de Judicatura Constitucional" o Judicatura mixta (Ríos). Nuestra posición es que el sistema de Jurisdicción Constitucional en Chile es complejo por la concurrencia de diversos órganos (Tribunal Constitucional, Corte Suprema y Cortes de Apelaciones y Senado), diversidad de procedimientos constitucionales, heterogeneidad de declaraciones de constitucionalidad, de sentencias constitucionales, pero tal complejidad no obsta a que en líneas generales el sistema de Jurisdicción Constitucional se aproxime, con heterodoxia y matices, al sistema europeo o modelo concentrado. La Corte Suprema como órgano de Jurisdicción Constitucional nos refiere al control represivo de constitucionalidad de preceptos legales, específicamente a la acción de inaplicabilidad. En la doctrina nacional Bertelsen define la "pretensión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como la manifestación de voluntad que una parte de un proceso actual hace a la Corte Suprema, a fin de que ésta conozca acerca de la fundamentación en derecho de la petición en que solicite la no aplicación a dicho proceso de un precepto legal que estima es inconstitucional y, para que en caso de aceptarse tal fundamentación, declare la inaplicabilidad solicitada"<sup>45</sup>.

El control de constitucionalidad de la ley que corresponde a la Corte Suprema y que se ejerce por vía de acción de inaplicabilidad, es un control facultativo, represivo y que opera bajo declaración de inconstitucionalidad material o de fondo, con efectos inter partes, autoridad de cosa juzgada y efectos temporales teóricamente declarativos. Una parte de la doctrina como Verdugo y Pfeffer definen, la inaplicabilidad como excepción, dado que quien la interpone por esa vía trata de defenderse de la aplicación de un precepto legal que estima inconstitucionalidad<sup>46</sup>. Ciertamente acción y excepción quedan cubiertos bajo la categoría de pretensión procesal (J. Guasp) o de derecho subjetivo público imbricado en la tutela judicial. Resta, luego, en este punto situar la acción de inaplicabilidad en el marco teórico del control de constitucionalidad, dando cuenta del parámetro que emplea la Corte Suprema, el objeto enjuiciado, procedimiento, declaración de inconstitucionalidad y sentencia.

En cuanto al parámetro o sujeto de control este es la Constitución estatal, en un sentido formal y material. En toda la jurisprudencia de la Corte Suprema, desde 1925, en sede de inaplicabilidad el Tribunal autolimitó sus atribuciones al conocer sólo de la inconstitucionalidad de fondo o materia. La doctrina (G. Amunátegui y M. Bernaschina) se oponen a esta doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema.

El objeto de control son «preceptos legales». El concepto "preceptos legales" según se ha analizado con anterioridad engloba un plexo de normas de rango - fuerza de ley, a saber: la ley en un sentido formal (art. 1 Código Civil), decretos leyes, decretos con fuerza ley, tratados, decretos que fijen textos refundidos de cuerpos legales, con exclusión de decretos, reglamentos (de ejecución y autónomos), instrucciones y actos administrativos en general.

Nuestro planteamiento, con argumento de autoridad en el procesalista Hugo Pereira, es sostener que este tipo de control de constitucionalidad de la ley es tributario del sistema europeo, puesto que constituye un tipo de control concentrado en un órgano del Estado (Corte Suprema) que integra el «Poder Judicial», opuesto a un tipo de control difuso en que todos los jueces tienen facultades de desaplicar la ley en un proceso común como es el caso de la doctrina de la revisión judicial en América del Norte. "Pero en caso chileno - recuerda el maestro Pereira - la concentración no opera en un órgano público especial, sino en el máximo tribunal ordinario y, además, con efectos limitados al caso particular en que la inaplicabilidad se declara y no con efectos derogatorios generales, erga omnes, porque ello implicaría «constituir al tribunal en Poder Legislativo»<sup>47</sup>. Avala esta tesis la historia fidedigna del art. 86 de la Constitución de 1925, y en especial las opiniones de Comisionados Barros Borgoño, Alessandri Palma y Silva Cortés, miembros de la Subcomisión de Reforma.

El tribunal competente y el procedimiento tiene ciertas innovaciones que cabe, de modo preliminar, recoger del artículo 80 de la Constitución vigente comparado con art. 86 de la Carta de 1925; a saber:

"1 La Corte Suprema quedó facultada para la declaración de inaplicabilidad por tres vías: de oficio, en las materias de que está conociendo, a solicitud de parte interesada, en las materias de que esté conociendo, y por medio de la acción declarativa deducida por parte interesada".

"2 Se substituyó la expresión "casos particulares" empleada por el texto de la Carta de 1925 por la palabra "materia", para extender las atribuciones de la Corte Suprema a cualquier asunto de que esté conociendo, sea o no jurisdiccional y como son, por ejemplo, todo lo relativo a la generación misma del Poder Judicial, en la formación de ternas y en el ejercicio de las atribuciones disciplinarias y económicas";

"3 La acción declarativa de inaplicabilidad (el "recurso" como se le denomina impropriamente) puede referirse a "cualquier gestión" y no solamente "juicio" (como expresaba la Constitución de 1925)" ;

"4 La nueva disposición facultó a la Corte Suprema para ordenar la suspensión del procedimiento en la gestión respecto de la cual se demanda la inaplicabilidad de un precepto legal"<sup>48</sup>.

El tribunal competente para conocer de la inaplicabilidad es la Corte Suprema, que conoce como tribunal pleno (art. 96 N° 1 C.O.T. y art. 80 de la Constitución Política de la República) con base en la hipótesis de que exista una gestión que se siga "ante otro tribunal", término "gestión" que de manera explícita engloba asuntos contenciosos y no contenciosos, aunque ya la jurisprudencia bajo la Carta de 1925 realizó una interpretación ampliada del término "juicio" que empleaba el art. 86 inciso segundo de

la Carta de 1925. En materia de legitimación activa debe existir interés directo en la cuestión de control de constitucionalidad (inaplicación) de un precepto legal en una gestión seguida ante "otro tribunal". La forma de interponer el recurso, exige que deba presentarse por escrito, justificando la existencia del proceso o "gestión", su estado de tramitación, eventual aplicación de la norma impugnada y el interés o rol del recurrente.

La tramitación del recurso de inaplicabilidad está regulada en un Auto Acordado de la Corte Suprema del rubro de 1932, y sus reglas elementales son: traslado común de seis días - aumentados con el término del emplazamiento que corresponda según la tabla existente para el efecto - a las demás partes o interesados; transcurrido el plazo, con o sin contestación de interesados, se pasan los antecedentes al Fiscal para que dictamine, y evacuado este trámite la causa es puesta en tabla para su vista y fallo por el pleno del tribunal.

También la Corte Suprema en las "materias de que conozca" (v.g. casación, apelación de acción de protección y de amparo, queja, entre otras) puede advertir la cuestión de constitucionalidad; para lo cual deberá dictar resolución abocándose al conocimiento de la inaplicabilidad eventual, ordenando comprobar las piezas necesarias, notificándose la resolución a las partes para que éstas formulen observaciones y proporcionen antecedentes, transcurrido el plazo pasan los autos a dictamen de Fiscal, y con éste, la causa se coloca en tabla para su vista y fallo por el Pleno.

La Corte Suprema en sede de acción de inaplicabilidad o de inaplicabilidad de oficio podrá ordenar la suspensión del procedimiento, esto es, de la tramitación de la gestión o proceso en que incide la aplicación de la ley impugnada, a fin de impedir que el fallo del tribunal sea extemporáneo como ocurría con frecuencia con el recurso de inaplicabilidad de la Carta de 1925 (art. 86 inciso segundo).

En la acción de inaplicabilidad resulta complejo caracterizar la declaración de inconstitucionalidad. En términos preliminares la doctrina está conteste en afirmar que la contradictoriedad del precepto legal con la Constitución debe ser "completa y perfecta" (Bulnes, Verdugo - Pfeffer), de manera que no puedan coexistir válidamente como normas<sup>49</sup>. Verdugo y Pfeffer recuerdan: "Se ha dicho que el proceso de inaplicabilidad es de carácter abstracto y doctrinario, de suerte que la Corte Suprema que conoce de él, no puede entrar al estudio de los hechos en razón de que la inconstitucionalidad, es una cuestión de derecho, sólo le corresponde decidir por el simple análisis comparativo de la ley impugnada y del precepto constitucional que se dice contrariado. Ahora bien, debe tratarse, además, de un precepto legal concreto que pueda ser aplicado efectivamente en la gestión pendiente de que se trate"<sup>50</sup>. (Ver R.D.J. t 52, S.C.S. de 15-XII-1955, II, 1, 39 y ss).

En un fallo reciente la Corte Suprema señaló que en sede de inaplicabilidad la facultad del tribunal para declarar la inconstitucionalidad se restringe a preceptos precisos y determinados de una ley y vedándola cuando se pretende que se extienda a todo un cuerpo legal. Es menester en este punto transcribir fundamentos jurídicos de un fallo: "3 Que, como ya se ha resuelto por esta Corte Suprema, la facultad indicada en el considerando anterior no habilita a este Tribunal para declarar inaplicable una ley globalmente considerada. Tanto la Carta Fundamental como el Código Civil y otros textos legales hacen diferencia entre "precepto legal" y "ley", bastando recordar para demostrarlo al tenor de los artículos 13, 22, 23, 52 y 53 de dicho Código y los artículos 6, 63 y 1 transitorio de la Constitución Política; 4 Que fluye de lo ya manifestado que el

recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad restringe la facultad de esta Corte para declararla, permitiéndola sólo respecto de disposiciones precisas y determinadas de una ley y vedándola cuando se pretenda que se extienda a todo un cuerpo legal; 5 Que entendiendo esta limitación racionalmente, fuerza es concluir que el recurso debe contener con precisión, las razones de hecho y de derecho por las cuales se ataca determinado proceso específico que se estima contrario a la Constitución, puntualizando la forma y medida que adopta la presunta inconstitucionalidad" (R. Inaplicabilidad "Rojo Rurange, G.", de 14 de julio de 1992, G.J.)

La declaración de inaplicabilidad como modalidad específica de declaración de inconstitucionalidad en el control jurisdiccional, da origen a dos cuestiones de capital importancia: a) Inconstitucionalidad y derogación; y b) Inconstitucionalidad formal y material.

En relación a la inconstitucionalidad y derogación, el centro de gravedad es la validez - vigencia de preceptos legales; que en otros ordenamientos da origen a la doctrina de la "inconstitucionalidad sobrevenida" para normas legales preconstitucionales que son contrarias a Constitución vigente. En cuanto a preceptos o normas legales preconstitucionales se ha estimado erradamente que se trata de casos de derogación, fundados en un principio de jerarquía normativa (principio de *lex superior derogat lex inferior*).

Bajo el imperio de la Constitución de 1925 los fallos eran contradictorios; convalidándose a partir de 1978 la doctrina que distingue entre inaplicabilidad y derogación, correspondiendo a "jueces sentenciadores" o del fondo la derogación, y a la Corte Suprema en sede de inaplicabilidad la inconstitucionalidad de preceptos legales dictados bajo la vigencia de la Constitución. En suma la jurisprudencia de la Corte Suprema, anterior a 1978 no distingue entre derogación tácita e inaplicabilidad (Precht), pero desde 1978 la mayoría de la Corte Suprema no acepta entrar a considerar como objeto del recurso de inaplicabilidad la derogación tácita encomendándola a jueces del fondo o instancia o si se amagan derechos por las Cortes vía recurso de protección<sup>51</sup>.

Sin embargo, una jurisprudencia reciente (1990) de la Corte Suprema ha acogido recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales preconstitucionales. Con todo, ya que a partir de 1985 una minoría de la Corte Suprema vuelve a la doctrina anterior a 1978 que no distingue entre derogación tácita e inconstitucionalidad de preceptos legales, de suerte que en sede de inaplicabilidad se puede conocer de ambas hipótesis, sin perjuicio de atribuciones de los jueces. Precht destaca en este campo la decisión de Ministro R. Retamal en S.C.S. de 31 de diciembre de 1985 (G.J. N° 66, 1985 R. Inaplicabilidad "José de la Cruz Guerra" en relación a D.L. N° 2.695, de 1979, Idem: Recurso de Inaplicabilidad "Eitel Enrique Finger Floto"). A partir de 1986 la doctrina minoritaria es sostenida por Ministros Retamal, Erbetta, Meersohn, Jordán y Zurita (S.C.S. Gaceta Jurídica N° 67, p. 70-73). A partir de 1990 se consolida la nueva doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema (Recursos de Inaplicabilidad: "Campos Canales, Natividad", S.C.S. de 8 de Junio de 1990; "Rute Cubate", S.C.S. de 1991, en R.D.J., t 87 (1990), p. 86-92 y R.D.J., t 88, p. 159-164).

Un especial interés en la materia tienen dos fallos de la Corte Suprema, que de manera extractada transcribimos, a saber:

i) "Que, en efecto, si los jueces de la instancia pueden decidir que la ley general que es la Constitución, ha derogado una ley especial común, también puede esta Corte declarar la inconstitucionalidad de esta última, si lo es, con sujeción a la que dispone el art. 80 de la Carta Política, que no hace distinción alguna entre leyes anteriores y posteriores a ella" ( S. Corte Suprema, Recurso de Inaplicabilidad: "Cardone la Rosa", Rol N° 16.947, de 24 de abril de 1992).

ii) "Que no obstante lo informado a fs. 46 esta Corte estima que no corresponde hacer diferencias entre ley vigente con anterioridad o posterioridad a la Carta Fundamental, en atención a que el artículo 80 no hace diferencia entre una u otra, y aún permite que pueda pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de un sistema incompatible con la aplicación de una norma común, siempre dentro del límite establecido por el artículo 80 del texto constitucional. Por lo demás, se debe tener en consideración que el Decreto Ley N° 2.695 fue formulado durante la vigencia de la Constitución de 1925, cuyas disposiciones sobre aseguramiento del derecho de propiedad tenían el mismo ámbito y se inspiraban en igual principio de aquellos que en su oportunidad se consagraron en el Acta Constitucional N° 3, de 11 de septiembre de 1976, los que a su vez fueron recogidos en la Constitución aprobada en año 1980" (S.C.S., Recurso de Inaplicabilidad "Puga González, Juan Alfaro", Rol N° 16.672, 10 de abril, 1992, R.D.J. t 89, 1992, p. 35 y ss.).

No podemos cerrar este apartado sobre inconstitucionalidad y derogación sin hacer algunas acotaciones teórico-conceptuales. Entendida la derogación como la cesación de vigencia de las normas producida en virtud de una norma posterior o norma de derogación, es conceptualmente distinta de la inconstitucionalidad y de la inconstitucionalidad sobrevenida.<sup>52</sup> La derogación nos sitúa ante las llamadas "antinomias" o incompatibilidad de contenido de normas para un supuesto fáctico idéntico, y para su resolución se establecen los criterios: el cronológico, el jerárquico y el de especialidad, pudiendo darse conflicto entre criterios, prevaleciendo el criterio jerárquico frente al cronológico, y con matices el criterio de especialidad frente al criterio cronológico<sup>53</sup>. La derogación puede ser "expresa" o "tácita", conceptos que arrancan de la voluntad del legislador en relación a los supuestos fácticos de las normas, y la inconstitucionalidad concierne básicamente al conjunto de dispositivos de resguardo de la supremacía de la Constitución, como vértice del ordenamiento jurídico, primera fuente y primera norma. Asimismo, la derogación atañe a normas de igual o inferior rango jerárquico, excluida la Constitución, concepto que arranca del racionalismo jurídico y la Codificación que pretendió borrar los vestigios del abigarrado mundo de fuentes del derecho del antiguo régimen; consagrándose el concepto de fuerza de ley (activa y pasiva).

Luego, la distinción entre derogación e inconstitucionalidad (inaplicabilidad) es técnicamente correcta; por lo que la contradictoriedad de preceptos legales preconstitucionales con la Constitución es un caso de inconstitucionalidad sobrevenida, y no de derogación, dado que ello es inconcebible lógicamente entre ley y Constitución. En este contexto nunca tiene más fuerza el acierto de que una "ley válida inconstitucional" es una contradictio in adjecto, puesto que la ley sólo puede ser válida

fundándose en la Constitución<sup>54</sup>. A contrario sensu, la derogación opera en el contexto de normas válidas.

Acerca de la segunda cuestión capital: inconstitucionalidad formal y material, cabe hacer de modo preliminar un recuento histórico sinóptico. En nuestra doctrina se han acuñado los términos constitucionalidad "de forma y de fondo", el primero se cumple cuando la ley es dictada por los órganos competentes según reglas de procedimiento estatuidas en la Constitución y el segundo se cumple cuando el contenido de la ley se ajusta a principios, valores y derechos estatuidos en la Constitución. La Corte Suprema consolidó la doctrina jurisprudencial en orden a que sólo cabe la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de fondo: "el recurso de inconstitucionalidad que consagra la Constitución Política resguarda la constitucionalidad de fondo de las leyes, no la de forma, pues la última mira a la formación de la ley en términos que si ésta no se genera no es ley; no es la existencia de cuerpos legales lo que el recurso ampara, sino su constitucionalidad para evitar que las percepciones debidamente generadas y promulgadas como ley, contraerán los principios normativos, los derechos que concede y las garantías que otorga la Carta Fundamental" (S.C.S., de 6-XII-1950, Idem S.C.S. de 11-IV-1933).

Ilustres juristas de la época Mario Bermaschina, Gabriel Amunátegui y Fernando Alessandri, admiten la inconstitucionalidad fondo y forma en el recurso de inaplicabilidad. Sin embargo, la doctrina no es uniforme, puesto que Silva Bascuñán parece aceptar sólo la inaplicabilidad como inconstitucionalidad de fondo. En la jurisprudencia ha habido disidencias de la posición mayoritaria y reiterada de la Corte Suprema, destacando las decisiones de los Ministros Méndez Braña e Eyzaguirre. (S.C.C., 5 de 24 de marzo de 1965, R. D. y G. T., tomo LXII, segunda parte, secc. primera, págs. 166 y ss.)

El tema de la inconstitucionalidad forma y materia se ha planteado nuevamente en la Corte Suprema a raíz de la conocida sentencia acerca de la superposición de pertenencias e inaplicación de art. 93 del Código de Minería, pareciendo que emerge una fase de transición. En este punto es menester hacer una referencia sumaria a la Sentencia de la Corte Suprema, que como se ha dicho iniciaría una transición, destinada a abrir la declaración de inconstitucionalidad en sede de inaplicabilidad, a las inconstitucionalidades de forma: en el recurso de inaplicabilidad se solicita la inconstitucionalidad de inciso 3 de art. 96 del Código de Minería por vulnerar los artículos 6, 7, 19 N° 24, inciso 1, 2, 3, 7, 8 y 9; N° 26; 60 N° 1, 63 inciso 1, 81 N° 1 y 83 de la Constitución Política de la República.

El precepto impugnado (ley común) establece una causal de extinción de concesiones mineras: prescripción de la acción de nulidad de concesiones; materia propia de ley orgánica constitucional, que, no obstante no fue objeto de control preventivo de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional. La recurrida expresa que conforme al inciso tercero de art. 96 del Código de Minería la "pertenencia afectada por la superposición debe extinguirse, si el juez declara prescrita la acción de nulidad de la pertenencia superpuesta, que favorecería al titular de aquélla que ha soportado la superposición". En materia de superposición de pertenencias, el legislador se aleja del esquema iusprivatista sobre prescripción adquisitiva, fijando una sanción de nulidad absoluta para pertenencia que se superponga a otra; extendiendo el plazo de 2 a 4 años

para ejercer la acción de nulidad; de suerte que una vez prescrita la acción la pertenencia originalmente iniciada quedará saneada.

La inconstitucionalidad aludida es de naturaleza formal, campo en que la Corte Suprema ha sostenido que el recurso de inaplicabilidad es improcedente (Considerando 9); aunque se reconoce en el recurso un reproche de constitucionalidad de fondo (Considerando 7). La Corte declara: "Que, de cuanto se ha considerado, aparece que el reproche de inconstitucionalidad que el recurso formula al art. 96 inciso tercero del Código de Minería, que dice relación con el incumplimiento de la exigencia admitida por el Tribunal Constitucional, en razón del carácter de ley orgánica constitucional que tendría tal disposición, es de orden estrictamente formal, pues ciertamente dice relación con la formación misma de la ley N° 18.248, actual Código de Minería de 1983. En consecuencia, de ser efectivo tal reproche, porque esa disposición debió tramitarse como ley orgánica, habría que concluir que este recurso es inadmisibile por cuanto éste no resguarda la constitucionalidad de forma de la ley sino que sólo la sustantiva o de fondo, como uniforme y reiteradamente se ha resuelto por esta Corte Suprema". (Considerando 16). "...En efecto, la actual Carta Fundamental entrega el control preventivo de la constitucionalidad de forma de la ley al Tribunal Constitucional". En cuanto al fondo, la Corte Suprema indica "... aparece nítidamente la posibilidad de la concesión minera caduque, se extinga o se pierda" sin necesidad de mediar expropiación (Considerando 26).

En consecuencia, se rechaza el recurso de inaplicabilidad. Los Ministros disidentes (Sr. Aburto, Sr. Faúndez, Sr. Beraud y Sr. Araya) estuvieron por acoger el recurso de inaplicabilidad, señalando que al no distinguir el art. 80 de la Constitución Política, el control jurisdiccional de la Corte Suprema se refiere a la inconstitucionalidad de forma y de fondo (Considerando 7, 10 y 11). Los Ministros Bañados y Libedinsky hacen prevención de no aceptar fundamentos 9, 16 17 y 19 en cuanto sostienen la inadmisibilidad del recurso por motivos de forma, y fueron de opinión de que el art. 80 de la Constitución Política comprende la inconstitucionalidad de forma y de fondo. Más aún, estiman que fundamentos de la doctrina tradicional que reduce la inaplicabilidad a inconstitucionalidad de fondo en razón de un principio de separación de poderes, corresponde a un concepto que está periclitado.

En relación a la sentencia constitucional de la Corte Suprema en sede de inaplicabilidad (de oficio, petición de parte o recurso) la decisión puede ser de "constitucionalidad o de inconstitucionalidad de la norma legal impugnada" (Ríos). La sentencia desestimatoria de la inaplicabilidad hace posible que el juez a quo del proceso o gestión aplique la norma o precepto legal. La sentencia estimatoria de la inaplicabilidad hace que el precepto legal impugnado de inconstitucionalidad no se aplique al caso particular y el juez del proceso o gestión deberá abstenerse de darle aplicación; declaración de inconstitucional de efecto relativo, propio de las sentencias judiciales conforme al art. 3 del Código Civil.

En suma la inaplicabilidad es un instituto que se enmarca en el control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley, de carácter facultativo, represivo, y en que la declaración de inconstitucionalidad de fondo o material, tiene efectos personales relativos o inter partes, efectos temporales, y autoridad de cosa juzgada tanto la sentencia estimatoria como desestimatoria. Sin embargo, la inaplicabilidad es una acción declarativa, doctrinaria, un control abstracto de constitucionalidad material de normas legales; de

suerte que, la sentencia de inaplicabilidad no resuelve el caso particular a que se refiere, "y se limita, únicamente, a declarar si la ley objetada de inconstitucionalidad debe o no ser considerada vigente para tal efecto. Lo que en otras palabras significa que por medio de la inaplicabilidad se pretende obtener la modificación del estatuto legal de que puede disponer el juez para la decisión del pleito" (R.D.J, segunda parte, secc. primera, pág. 479). Más aún, la sentencia de la Corte Suprema en inaplicabilidad no dispone el derecho aplicable (ley), e incluso rechaza la interpretación conforme a la Constitución del precepto legal impugnado, se limita a establecer su inconstitucionalidad.

Finalmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema en relación al recurso de inaplicabilidad estima que "atendida la naturaleza especialísima del recurso, que tiene como fin declarar en determinados casos la contraposición o pugna entre la ley común y las disposiciones constitucionales, no tiene cabida en él la excepción de cosa juzgada" (R.D. y J. Tomo LII, segunda parte, secc. 1, pág. 376). Es decir, por la naturaleza doctrinaria, abstracta de la inaplicabilidad, no concurre la triple identidad necesaria para la excepción de cosa juzgada.

Dada la naturaleza abstracta y doctrinaria de la acción de inaplicabilidad, la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha abstenido reiteradamente de emitir un pronunciamiento que afecte el fondo de la cuestión o caso particular que se trate ante juez a quo. Al respecto cabe citar reciente jurisprudencia: "5 Que de cuanto se dejó expuesto en el fundamento 2 de este fallo, aparece nítidamente que el presente recurso no apunta precisamente a la inaplicabilidad, sino que a la revisión de la aplicación que tales disposiciones tuvieron con anterioridad y a la consiguiente anulación de las situaciones o efectos jurídicos que se originaron y consolidaron en virtud de tal anterior aplicación, pretensión que es ajena a la naturaleza y finalidad del recurso estructurado por el artículo 80 de la Constitución" (S.C.S., Recurso de Inaplicabilidad: "Duhart Arriagada, Juan Carlos, Rol N° 16.622, de 28 de enero de 1992, R.D.J. t. 89, 1992, págs. 15 y ss). La referida naturaleza abstracta y doctrinaria de la acción de inaplicabilidad (proceso declaratorio de constitucionalidad) importa límites sustantivos a la fuerza de cosa juzgada, y la imposibilidad de la excepción de cosa juzgada.

Con todo, no podemos cerrar este apartado sin emitir un juicio acerca de la declaración de inconstitucionalidad comprendida en la acción de inaplicabilidad. La autolimitación de la Corte Suprema de sus atribuciones en esta sede amparado en una añeja concepción de separación de poderes o autocontrol político de constitucionalidad del Congreso Nacional, no soporta el más mínimo análisis. Por otra parte, la dualidad de Judicatura Constitucional (Tribunal Constitucional y Tribunales Superiores de Justicia) muestra en la inaplicabilidad una de sus disfuncionalidades más graves que alcanzan incluso a la cosa juzgada. Además, la inconstitucionalidad material y formal son manifestaciones primarias de inconstitucionalidad por lo que resulta incomprensible la autolimitación de la Corte Suprema. En consecuencia, dado que la Constitución regula órganos y procedimientos de producción de normas, y consagra valores, principios, derechos, deberes y garantías, el parámetro del juicio de constitucionalidad concierne a la materia y a la forma, por lo que un sistema coherente de Jurisdicción Constitucional, con dualidad de Judicatura como el nuestro, debe someter a control jurisdiccional los preceptos legales, abriendo la declaración de inconstitucionalidad, y completando así la eficacia del sistema.



#### IV. CONTROL JUDICIAL

En este apartado cabe hacer un breve excursus acerca del recurso o acción de protección como una garantía procesal que instaura un proceso de amparo de derechos ante la jurisdicción ordinaria y que opera a un sucedáneo anómalo del contencioso administrativo, y por tanto como un control judicial de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

En nuestro ordenamiento jurídico el control judicial es pleno, que peca de cierto activismo judicial, y que encuentra en el recurso de protección, y en menor medida en el recurso de amparo económico, los sucedáneos anómalos del contencioso administrativo. Todas las determinaciones que tome la administración son revisables en sede judicial y en todos sus aspectos (control de la competencia, de la investidura regular, del cumplimiento de las formas procedimentales, fundamentos de los hechos invocados, su calificación y apreciación, la proporcionalidad y la razonabilidad de la medida, etc.), ya que la misma Constitución ha tenido que consagrar una única excepción muy limitada (art. 41 N°3, durante los estados de excepción constitucional los tribunales no pueden entrar a calificar los motivos de hecho invocados por la autoridad para adoptar alguna de las medidas que permiten dichos estados de excepción). En la actualidad hay un sistema de control judicial en que cabe distinguir tres situaciones: a) Asuntos en que los tribunales ordinarios son competentes por texto expreso. Ej.: la reclamación por el acto expropiatorio; b) Asuntos en que son competentes tribunales especiales por mandato expreso de ley. Ej.: el Tribunal de cuentas; y c) Asuntos en que son competentes los tribunales ordinarios por mandato constitucional producto de la reforma de 1989. Aquí cabe la acción reparatoria a que se refiere el art. 38 de la Constitución y la anulatoria que se configura por los arts. 7 y 19 N°3.

Este control judicial de la potestad reglamentaria, integra nuestro sistema de jurisdicción constitucional, específicamente como control jurisdiccional de eficacia de derechos fundamentales, sumado a los recursos o garantías procesales de amparo, libertad provisional, amparo económico y el mencionado recurso de protección, lo que no excluye además, la existencia de otras acciones de rango constitucional que de manera directa o indirecta tutelan derechos frente al Estado Administrador, Estado Empresario, Estado Juez y Estado Legislador.<sup>55</sup> Esto nos permite incluir como remedios tutelares de derechos un conjunto de acciones especiales o extraordinarias de naturaleza cautelar en que se ejerce la potestad conservadora de tribunales ordinarios de justicia, a saber: acción de nulidad de Derecho Público, (art. 6, 7, 19 N° 3 y art. 38 inc. segundo de la Constitución Política de la República), contencioso administrativo de expropiación (art. 19 N° 24, incisos tercero y siguientes Constitución Política de la República y D.L. N° 2186, de 1978, que aprueba Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiación), recurso especial de reclamación en materia de nacionalidad (art. 12 Constitución Política de la República); recurso de amparo económico (art. 19 N° 21 y artículo único Ley N° 18.971); acción indemnizatoria por error judicial (art. 19 N° 7, letra i); y acción de inaplicabilidad (art. 80 Constitución Política de la República).

En otro lugar ya hemos estudiado al control jurisdiccional de eficacia de derechos fundamentales bajo el imperio de las Constituciones del siglo XIX hasta 1925, y la importante existencia de un recurso de protección de tutela de derechos individuales (1823-1875) y también se estudió el control jurisdiccional de la libertad personal y seguridad individual, que se instrumenta mediante el recurso de amparo o habeas

corpus. En consecuencia, la inserción de la acción constitucional de protección en este estudio monográfico reconoce una línea de continuidad garantista notable en nuestra historia que entronca con nuestra rica tradición constitucional liberal.

En hilo de continuidad con el Acta Constitucional N° 3 (art. 2, D.L. N° 1.552, de 1976) se consagró el recurso de protección, texto que pasa al art. 20 de la Constitución Política de la República de 1980. Los anteproyectos fueron elaborados en la Universidad de Chile por una Comisión presidida por Jorge Guzmán D. y un anteproyecto de profesores Jaime Navarrete B. y Eduardo Soto K., siendo éste último anteproyecto (Navarrete - Soto) el utilizado en la CENC. Contra el lugar común en orden a lo "original" o "novedoso" de este recurso, sostenemos que su existencia se remonta a la Carta Moralista 1823 y pervive como acción de tutela de derechos individuales hasta 1875.

En cuanto al recurso de protección, en nuestro medio el procesalista Hugo Pereira sostiene: "su naturaleza es análoga a la del Habeas Corpus, en cuanto es una demanda de protección de los derechos constitucionales que instaura un proceso autónomo de naturaleza pública, por forma y contenido; tiene carácter de urgencia para el pronto restablecimiento del orden jurídico perturbado o amenazado; se dirige a impugnar actos u omisiones arbitrarios o ilegales que lesionen los derechos fundamentales expresamente previstos en la norma constitucional, sea que emanen de autoridades o de simples particulares, deja a salvo los demás derechos que el perjudicado pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales competentes; los tribunales llamados a conocer de esta acción deben adoptar las medidas conducentes para la protección del afectado, y el titular de ella pueden ser personas naturales o jurídicas o grupos de personas que carezcan de entidad jurídica, atendidos los vocablos "el que" con que se inicia el precepto transcrito (art. 20)56.

Un "factor de competencia" es la arbitrariedad o ilegalidad de una acción u omisión con agente indeterminado y un segundo factor es la urgencia de la tutela de derechos. Paillás, indica que los actos arbitrarios o ilegales se producen de dos maneras: a) vías de hecho y b) desconocimiento de un derecho indubitado o no seriamente controvertido. En la vía de hecho, el restablecimiento del derecho corrige una situación fáctica que conculca o vulnera el derecho tutelado, mandando poner fin a una "medida de compulsión", una "orden de no hacer", sin pronunciarse sobre el fondo del derecho. En el desconocimiento de un derecho indubitado, lo que exige que el tribunal pondere la "prueba" rendida para calificar al derecho (apreciación en conciencia), es decir, por la fuerza de persuasión racional de los medios (art. 426 inciso segundo Constitución Política de la República y art. 1.700, 1.702, 1.709 y 1.713 Código Civil)57.

En cuanto a los presupuestos del recurso de protección, Verdugo y Pfeffer los sistematizan en: "1) acción u omisión ilegal o arbitraria; 2) que como consecuencia de ello se derive la privación, perturbación o amenaza del legítimo ejercicio de un derecho, y 3) que ese derecho se encuentre comprendido entre los que en su enumeración taxativa señala el artículo 20 de la Constitución58.

Los conceptos de ilegalidad y arbitrariedad para la jurisprudencia son modalidades de antijuridicidad, que operan en el campo de las potestades - actos reglados y discrecionales respectivamente; pudiendo ser agente o sujeto activo de la acción u omisión cualquier persona u órgano del Estado, con exclusión de las sentencias de los tribunales de justicia, actos legislativos y actos políticos, exclusiones formuladas como

regla general que admiten importantes excepciones en nuestra jurisprudencia<sup>59</sup>. (La Corte Suprema en sentencia de 05 de julio de 1996 señala "() Ilegalidad y antijuridicidad son nociones distintas, lo ilegal es contrario al texto, al precepto legal; antijurídico es lo contrario a derecho, al ordenamiento jurídico globalmente considerado. El recurso de protección está destinado a "reestablecer el imperio del derecho y la seguridad del ofendido", dentro del ámbito señalado por la propia Constitución, esto es frente a actos u omisiones "arbitrarios o ilegales" que afecten a los precisos derechos constitucionales que taxativamente enumera y no a otros; ello ha de entenderse en el marco establecido por el artículo 7 de la Carta Fundamental, que impone la obligación tanto a los órganos del Estado como a las personas, de que desarrollen sus actuaciones "dentro de la competencia y en la forma que prescriba la ley", lo que debe extenderse también en la forma de proteger los derechos y reclamar su respeto. El recurso de protección controla sólo la legalidad no la juridicidad, ésta última debe determinarse en el procedimiento pertinente, toda vez que la acción inherente al recurso de protección es de naturaleza esencialmente cautelar, sumaria y no contradictoria" (Rol N° 34024).

Ciertamente, el presupuesto de privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de un derecho, son modalidades de grado diferenciado de conculcación o "menoscabo" de derechos fundamentales que son ejercidas en el marco del ordenamiento jurídico, puesto que la ley puede establecer limitaciones a dichos derechos y la autoridad administrativa puede imponer restricción o suspensión de dichos derechos en estados de excepción constitucional.

El último presupuesto exige que los derechos fundamentales conculcados estén incluidos en el catálogo del art. 20 de la Constitución Política de la República, que excluye los "derechos sociales" (J. Guzmán en CENC), pero que nuestra jurisprudencia ha interpretado en términos amplios; en especial por la vía de propietarizar derechos subjetivos conforme al art. 19, N° 24, de la Constitución Política de la República.

La titularidad de la acción (legitimación procesal) corresponde a cualquier persona natural o jurídica, e incluso grupo de personas ("el que...") que sufra un menoscabo en el legítimo ejercicio de un derecho tutelado; es decir, debe existir un interés directo, sin perjuicio de que recurra el afectado por sí o por cualquiera a su nombre, entendiéndose que debe tratarse de persona hábil para comparecer en juicio y contar con la aquiescencia del que sufre el agravio (S.C.S. R.D.J., t. 85, de 7 de junio de 1988, secc. 5, p. 225; S.C.S., R.D.J., t. 79., secc. 5, p. 224). El recurso de protección no es una acción popular, sino una acción de tutela de derechos específicos (S.C.S. R.D.J., t. 84, Secc. 5, p. 162; S.C.S., R.G.J, N° 110, p. 110; S.C.S., R.D.J., R.t. 86, Secc. 5, p. 121).

Acerca del tribunal competente y el procedimiento, cabe de manera sumaria señalar:

Conforme al art. 20 Constitución Política de la República el tribunal competente es la Corte de Apelaciones respectiva. El Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema de 1977 dictado por este Tribunal previa habilitación de Acta Constitucional N° 3 (art. 2 inciso final) estableció el mecanismo de doble instancia, que el Auto Acordado de 24 de junio de 1992 y sus modificaciones mantienen.

El Auto Acordado del rubro establece un plazo fatal de 15 días para interponer el recurso de protección ante la Corte de Apelaciones respectiva, en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasiona el agravio, contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión, según la naturaleza de éstos, desde que se hayan tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos.

El recurso de protección se puede deducir por cualquier vía (escrito, papel simple, télex, telégrafo) por el afectado o por cualquiera a su nombre, capaz de comparecer en juicio, aún faltando mandato especial.

Del recurso acogido a trámite en cuanta por la Corte de Apelaciones, se ordenará informe al recurrido por la vía estimada más rápida y efectiva, fijándole un plazo breve y perentorio; sin perjuicio que el recurrido solicite una ampliación del plazo para informar. Con informe o en silencio del recurrido, la Corte ordena autos en relación, agregando extraordinariamente la causa en la tabla del día subsiguiente, previo sorteo, si hubiera más de una Sala.

La Corte de Apelaciones podrá decretar orden de no innovar (ONI) y diligencias para un mejor acierto del fallo (medidas para mejor resolver).

Las personas, funcionarios u órganos recurridos podrán hacerse parte en el recurso de protección.

La sentencia de la Corte de Apelaciones es sentencia definitiva, y en ella se apreciarán en conciencia los antecedentes y las probanzas producidas.

La sentencia de la Corte de Apelaciones es apelable para ante la Corte Suprema dentro del plazo de 5 días hábiles, contados de la notificación personal o por el estado. No procede la casación. El recuso de apelación debe ser fundado y con peticiones concretas. Ingresado el recurso en la Corte Suprema, se le designa relator, se ordena la cuenta en la Tercera Sala o Sala que corresponda del supremo tribunal, el que podrá decretar relación y oír alegato de los abogados de las partes.

Hemos sostenido que la acción de protección tiene una naturaleza análoga al habeas corpus (Pereira) en cuanto es una demanda tutelar de derechos fundamentales que "instaura un proceso autónomo de naturaleza pública", por forma y contenido, tiene carácter de urgencia para el pronto restablecimiento del orden jurídico perturbado o amenazado...".

Sin embargo, se discute en la doctrina la naturaleza de la acción - procedimiento, y de aceptarse la tesis de la naturaleza cuatelar, el alcance y efecto de la sentencia es limitado, no pudiendo incorporar derechos consolidados al "patrimonio"; dado que es "sin perjuicio de los demás derechos" que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. En cambio de aceptarse la tesis de la naturaleza principal-declarativa de la acción-procedimiento la sentencia tendrá un alcance y efectos permanentes.

También es fuente de debate doctrinal la autoridad de cosa juzgada formal de la sentencia en sede de protección, Paillás sostiene: "hay que precisar que la sentencia que se pronuncia sobre el fondo puede darse únicamente si se trata de la segunda forma de

producirse el acto arbitrario, esto es, el desconocimiento de un derecho indudable o no seriamente controvertible, pues, tratándose de la primera forma o vía de hecho, simplemente se repone una actuación material, se restablece un status quo, pero nada se dice sobre el fondo". Agrega Paillás: "No hay peligro que el recurso de protección sea una acción invasora, que menoscabe el derecho de las partes a una adecuada defensa (...) Y la dificultad para solicitar pruebas - sólo pueden aportarse antecedentes o documentos por el actor al presentar el recurso, o por la parte contraria al dar su informe - tampoco causa mengua al derecho de defensa, pues en el recurso de protección el derecho invocado no aparece claramente establecido o existe una controversia seria al respecto y es necesario probar hechos, debe irse a los juicios regulados en el Código procesal pertinente. Si bien en el caso del recurso de protección la cosa juzgada del fallo puede derivar es sólo formal y no material, de acuerdo con el precepto del artículo 20, no es posible entablar un nuevo recurso de protección para tratar de alterar lo resuelto en otro anterior. En tal emergencia, la decisión cobra un carácter inadmisibles"60.

Dada la "elefantiasis" del recurso de protección - con peligro a sustituir vías procesales ordinarias - en la práctica la naturaleza cautelar de la acción procedimiento, se ha perdido en cierta medida, constituyéndose en una vía inidónea para consolidar derechos. Los gruesos temas planteados están pendientes es nuestra dogmática procesal y constitucional destacando en nuestro medio R. Tavolari, quien ha realizado un esfuerzo dogmático procesal por integrar la potestad cautelar en la jurisdicción, fundándola en el artículo 73 y artículo 19 N° 3 de la Carta de 1980<sup>61</sup>. En suma no debe perderse de vista en esta materia una premisa teórica elemental: la tutela de derechos e intereses legítimos, agrega a los procesos declarativo y ejecutivo, el proceso cautelar, como tercer pilar de un derecho a la tutela efectiva. De este modo el Derecho Procesal Constitucional tiene un centro de gravedad en la garantía del derecho subjetivo público emanado de la Constitución estatal, dimensión garantista que ha permitido introducir la potestad cautelar: proceso - acción, como integrante de la Jurisdicción Constitucional.

En el contexto de la "elefantiasis" del recurso de protección éste se transforma en una sucedáneo del contencioso administrativo, ya que en el proceso de amparo de derechos fundamentales se pueden impugnar actos ejecutivos (actos administrativos, decretos, reglamentos) que causen lesión a derechos amparados y que adolezcan de antijuridicidad; es decir, que en sus componentes reglados y discrecionales infrinjan el bloque de legalidad. De este modo los actos que emanan de la potestad reglamentaria son sometidos a control judicial, precisamente por la vía del recurso de protección, lo que es reforzado por la ausencia de una justicia administrativa. Este sucedáneo es anómalo ya que el proceso de amparo permite heterocomponer conflictos de lato conocimiento entre administrados y Administración, sin que la vía procesal resulte idónea.

## V. CONTROL DE LEGALIDAD

La Contraloría General de la República desde su creación en 1927 (D.F.L. N400 bis, de 1927) y transformación en órgano supremo por la reforma de 1943, y en el marco de su fuente histórica (Tribunal de Cuentas y recomendación de la misión Kemmerer de 1925), asume la función de control de legalidad de la Administración del Estado<sup>62</sup>. El control de legalidad se efectúa a través del trámite de "toma de razón" y los controles de reemplazo (art. 87 inciso 1 y 88 C.P.R. y Ley N°10.336 orgánica constitucional ficta del organismo). La toma de razón es un control preventivo o ex ante, por cuanto se realiza

con anterioridad al acto sometido a control, y es un control preceptivo para la Administración ya que es un requisito para la eficacia jurídica de los actos sometidos a control. La doctrina con acierto observa que la toma de razón es «un pronunciamiento de examen acerca de constitucionalidad y legalidad de los decretos y resoluciones que en conformidad a la ley deben tramitarse por la Contraloría, como asimismo, de los decretos con fuerza de ley» (Verdugo y Silva Cimma) el control de legalidad importa una presunción de legalidad del acto.

La Constitución asigna a este órgano autónomo la misión fundamental de ejercer el control de la legalidad de los «actos de la Administración». Una de las modalidades de fiscalización que realiza la Contraloría que se expresa en el trámite de «toma de razón», etapa en la cual se verifica si el acto se ajusta a la Constitución y la ley. Los elementos característicos de la toma de razón son: a) Es un control de juridicidad. Ello significa que la toma de razón no es más que un examen de constitucionalidad y legalidad de un acto de la Administración. Se traduce, en la práctica, en un juicio lógico entre norma y decreto, por una parte, y en la verificación, por la otra, de que las circunstancias de hecho que se invocan como fundamento de la medida que se adopta, se encuentran debidamente justificadas; b) Es control imprescindible e ineludible. Al tenor de lo establecido en la LOCCGAR, los actos administrativos que deben someterse al trámite de toma de razón, no tiene validez jurídica alguna antes que se cumpla con dicho examen; c) Es un control impeditivo. Significa que si el acto administrativo sometido al examen de constitucionalidad y de legalidad, es contrario a la Constitución y a la ley, la Contraloría se abstiene de toma de razón, lo que significa que el acto no nace a la vida del derecho.

La Contraloría puede también representar el acto, o sea expresa su disconformidad para que el acto acceda al ordenamiento jurídico. Como la toma de razón tiene por finalidad la salvaguardia del ordenamiento jurídico, la representación fundada del Contralor impide el nacimiento a la vida jurídica de los actos administrativos no conformes a derecho y, por lo tanto, este reproche que la hace la Contraloría en virtud de las irregularidades detectadas, significa que el proyecto de acto administrativo queda frustrado o, al menos, paralizado en su tramitación; y, d) Otorga una presunción de legitimidad al acto. En efecto, tomado razón el acto administrativo, éste es cubierto de un halo de legitimidad, que consiste en que el acto se ajusta plenamente al ordenamiento jurídico, es decir, una presunción de legalidad y constitucionalidad. Sin embargo, tal como lo ha señalado la jurisprudencia judicial y contralora, esto no implica que puedan realizarse controles represivos posteriores al acto, pues dicha presunción es pura y simple. Por ello, se admite la impugnabilidad por ilegalidad del acto en estrado judicial, y por ello también la Contraloría ha señalado que el hecho de que la toma de razón otorgue presunción de legitimidad esto "no significa que dicho trámite agote la potestad fiscalizadora de la máxima entidad de control" (Dictamen N°17.799/90).

En principio todos los decretos supremos y resoluciones de jefes de servicios están afectos a la toma de razón de la Contraloría General de la República. No obstante, el contralor está facultado para eximir a uno o más ministerios o servicios del trámite toma de razón, fijando como regla general los actos exentos y como regla especial los actos afectos. En rigor conforme al artículo 88 inciso 1 y 2 C.P.R. y artículo 1 inc. 1 y 10 inc. 1 de la Ley N°10.336 corresponde a la ley establecer el catálogo de actos sometidos a control, aunque la propia ley le encomienda esta tarea al contralor general de la república (art. 10 inciso 5 Ley N°10.336 y Res. N°55, de 1992 y sus modificaciones).

Sin embargo, este control de legalidad es un control débil ya que importa una presunción de legalidad *iuris tantum* del acto controlado, acto sometido a controles *ex post* de orden jurisdiccional sea del Tribunal Constitucional o de los tribunales superiores de justicia a través del recurso de protección, que si bien en este último caso no admite impugnar el acto de control si admite la impugnación del acto de la Administración sometido a control. Desde este punto de vista el control de legalidad sólo adquiere importancia primordial para la propia Administración, por su carácter preventivo y preceptivo y que por tanto empece a la entidad o eficacia jurídica (validez) misma del acto de la Administración.

Asimismo, el Presidente de la República goza de la prerrogativa del decreto de insistencia, el que debe llevar la firma de todos sus Ministros de Estado, para doblegar la decisión del Contralor General de no tomar razón de un decreto o resolución por adolecer de ilegalidad. En caso de decreto de insistencia el Contralor deberá enviar copia del respectivo decreto a la Cámara de Diputados (art. 81 inc. 1 C.P.R.). se excluye de la prerrogativa de insistencia el decreto con fuerza de ley, el decreto promulgatorio de una ley o una reforma Constitucional por apartarse del texto aprobado y los decretos o resoluciones que hayan sido representados por adolecer de inconstitucionalidad. En estos casos el Presidente de la República puede plantear el conflicto de constitucionalidad a la decisión del Tribunal Constitucional

## VI. CONTROL POLÍTICO - PARLAMENTARIO

Las funciones del Parlamento admiten diversas tipologías que dan cuenta de una profunda historicidad V.gr: la funciones legislativa y financiera asentadas en el aforismo inglés: "no taxation without representation". En el campo de las tipologías el tratadista P. Biscaretti Di Ruffia nos refiere a funciones legislativa, funciones ejecutivas(1 de control continuado del Gobierno, 2 de colaboración activa en la deliberación de la orientación política y 3 de colaboración en la formación de otros órganos constitucionales) y función jurisdiccional política<sup>63</sup>. Asimismo, el maestro italiano G. De Vergottini rearticula las funciones del Parlamento a partir de su relación con el Gobierno, a saber: función de orientación del Ejecutivo, función de orientación y control del Parlamento, función cognoscitiva e inspectiva del Parlamento, función legislativa del Parlamento y función normativa del Gobierno. Finalmente, el maestro Nicolás Pérez Serrano en su enjundioso Tratado de Derecho Político formula una tradicional taxonomía: función legislativa, función financiera (presupuestaria), función fiscalizadora, función política, función administrativa interna, función de tipo jurisdiccional<sup>64</sup>. Sin duda la reseña corresponde a tipologías asentadas en patrones históricos o en tipos de gobierno concretos.

Centraremos nuestro estudio en la función de control político y sus medios, a partir de aceptar ciertos tópicos, que con sus debidas matizaciones me parecen correctos, a saber:

1. El fenómeno de la "declinación del Parlamento"<sup>65</sup> (J. Bryce) observado a principios de siglo en la doctrina *iuspublicística* se enmarca en el proceso de "racionalización del poder" (Mirkine Guetzévitch), que con independencia del régimen político-tipo de Gobierno, se traduce en la asignación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo.

2. El surgimiento de un Estado Administrativo contrapuesto dialécticamente al Estado Legislativo (Schmitt), coincidente con una vigorización del Poder Ejecutivo (Gobierno y Administración).
3. Crisis del concepto material de ley como expresión de la voluntad general que contiene una prescripción general, abstracta, previsible y coercible, como garantía del principio de igualdad y derechos de igualdad.
4. La configuración de Presidencia de la República y Parlamento, en especial en regímenes presidencialistas como órganos constitucionales colegisladores que participan en el iter legis con atribuciones de bloqueo recíproco.
5. El especial posicionamiento de la función de control y de sus medios de cognición e inspección está asociado a la plurisignificación y multidimensionalidad del control parlamentario.

En consecuencia, nuestro planteamiento central es que el Parlamento, dada las transformaciones en el Estado contemporáneo (Estado Benefactor) en especial en el proceso político del Estado de partidos, requiere para su centralidad identificar los medios apropiados para lograr una eficiente función de control del Gobierno y de la Administración y sus potestades.

Particular importancia tiene esta centralidad del Parlamento en los regímenes presidencialistas, en que la concentración de poder en el Presidente exorbita el cuadro de órganos, en cuanto a la relación teórica de equilibrio. Con todo, debemos reconocer con G. Leibholz que en el proceso de creciente democratización los "derechos de control" han perdido eficacia frente a la conformación de mayorías parlamentarias afines al Gobierno, en particular una "unión de poder, dentro de un monismo parlamentario" (R. Thoma), que hace verbi gratia del Presupuesto una ley del Poder Ejecutivo; también la "democracia de partidos" hace lo suyo en la minusvalía de los «derechos de control» que hace, verbigratia, del parlamentario un miembro de partido político sometido a un verdadero mandato imperativo. Leibholz sostiene en este punto: "podemos resumir diciendo que la sucesiva democratización, que condujo a la desposesión del poder del antiguo contrincante del Parlamento, así como el cambio estructural de la democracia parlamentaria y representativa a un Estado de Partidos, ha producido una sensible disminución de los derechos de control, primero de los diputados en particular, después de las fracciones políticas y finalmente, de todo el Parlamento"<sup>66</sup>.

Por ello, resulta atingente sostener que los "derechos de control" deban construirse como institutos disponibles por la minoría-oposición parlamentaria, para que adquieran real efectividad. Al respecto E. Stein en su Staatsrechts plantea que el "problema constitucional más importante del Parlamento consiste en la protección de las minorías. Este órgano no constituye una unidad sociológica, como podría parecer cuando se habla de "el Parlamento". Por lo general, sus derechos pueden ser ejercitados por la mayoría contra la voluntad de la minoría. Pero la mayoría está vinculada íntimamente al Gobierno. Si no se protegiese a la minoría, la mayoría gubernamental podría transformar al Parlamento en Cámaras de resonancia del Gobierno.



Las garantías que protegen a las minorías en el Parlamento están por regla contenidas en los reglamentos internos que proporcionalmente asignan los cargos de órganos de dirección o trabajo en cada Cámara. En cuanto a la función de control y el recaudo de independencia del controlante, su no concurrencia se explica por la conformación de una mayoría "parlamentaria-gubernamental". Para Stein la clave del control real de Gobierno y Administración está en que su ejercicio (función-medios) debe corresponder a quienes no participan del ejercicio del poder, a la oposición-minoría. En este contexto Stein, prefiere hablar de "derechos de corrección" y no de derechos de control para el ejercicio de medios referidos al Gobierno, su programa y acción (voto de censura, aprobación del presupuesto), y propiamente habla de "derechos de control" cuando la oposición-minoría, no pretende adoptar decisiones contra el Gobierno, sino cuando se forma opinión pública sobre un asunto de interés público (preguntas orales, petición de información, preguntas escritas, interpelaciones, comisiones de investigación).

En este complejo cuadro emerge la función de control del Parlamento, categoría (control) plurisignificativa en su especie (control parlamentario) y multidimensional, pues el Parlamento es el agente y el locus del control parlamentario.

En la definición del control del parlamentario tenemos al menos dos posiciones doctrinales V. gr. entender el control como actividad de juicio o verificación (a la que queda subordinada la función cognoscitiva e inspectiva) que incluye la adopción de medidas conducentes a hacer cesar la situación no conforme a valores que se tratan de proteger (Santaolalla) o bien entender el control como la confrontación de una conducta determinada con el parámetro al que debe adecuarse y no importa en sí mismo, medida sancionatoria o reparadora (Montero y García Morillo)<sup>67</sup>.

Ciertamente, en la función de control la última ratio es la responsabilidad (especialmente en regímenes parlamentarios), pero cabría distinguir entre: control-cognición e inspección y control-autorización. La acepción extensiva de control parlamentario, parece más adecuada para dar cuenta del control en el contexto presidencialista y la eficacia de éste en la formación de opinión pública y la responsabilidad política indirecta que ella genera a través de elecciones periódicas. En cambio, la acepción restrictiva de control parlamentario más extendida entre los constitucionalistas lo identifica con la responsabilidad política del Gobierno (efecto sancionatorio). Por ello me parece acertado lo que sostienen Montero y García Morillo: "así entendido, el control parlamentario integraría dos partes fundamentales: los mecanismos que permiten conocer la labor desarrollada por el Ejecutivo y los instrumentos que contiene la sanción parlamentaria de su remoción de cargo (...). Se trata, como es evidente, de una traslación al campo constitucional del concepto de control jurídico que antes criticábamos por integrar dentro del concepto de control al elemento sancionatorio y por confundir a nuestro juicio, la parte (el control) con el todo (la garantía) dentro de la que se integran control y sanción"<sup>68</sup>.

Por otra parte, una confirmación de la tesis extensiva de control parlamentario está dado por la multidimensionalidad de éste, es decir, en la realidad de la "democracia de partidos" y de conformación de mayorías parlamentarias, la función de control (en su acepción restrictiva) deviene en una ilusión o espejismo; por lo me parece acertada la afirmación de Rubio Llorente en orden a que más que función de control del Parlamento deberíamos decir función de control dada en el Parlamento, como locus funcional más que agente real, permitiendo la "publicidad de la política y la de control de la

Administración"<sup>69</sup>. Rubio Llorente nos recuerda: "en las democracias parlamentarias de nuestro tiempo, en efecto, el control parlamentario es la vía más idónea para hacer llegar a la oposición la información crítica sobre la actuación del Gobierno, sin la cual ninguna democracia es imaginable y para asegurar en lo posible que el poder de la burocracia no se autonomiche más de lo que la propia naturaleza de las cosas hace inevitable"(...) "El control directo del Parlamento sobre la Administración responde a una necesidad innegable. El incremento de la intervención estatal en los procesos sociales y económicos ha dado lugar al surgimiento de aparatos administrativos tecnificados y complejos, que aunque sometidos, de manera más o menos directa, a los distintos Departamentos Ministeriales, escapan de hecho al control de los titulares de éstos. Esta necesidad, de la que resulta, como de la disminución del poder efectivo del Parlamento para exigir la responsabilidad política del Gobierno, una notable aproximación entre las distintas formas (parlamentaria, presidencialista, etc) de la democracia parlamentaria, ha dado lugar a la adopción por los Parlamentos europeos de formas de actuación (especialmente las comisiones de investigación y seguimiento) nacidas en el Congreso de los Estados Unidos, o la creación de instituciones (p. ej. el Ombudsman) surgidos en regímenes parlamentarios en los que el Gobierno no era políticamente responsable de la actividad de toda la administración"<sup>70</sup>.

En este orden de ideas, en América latina la constitucionalización del Ombudsman o Defensor del Pueblo y de las comisiones de investigación, dan cuenta de la multidimensionalidad del control parlamentario; aunque la Defensoría no siempre es en propiedad un comisionado parlamentario<sup>71</sup>.

Esta multidimensionalidad y plurisignificación del control parlamentario, permite zafar esta categoría de construcciones teóricas ancladas en el concepto de control jurídico o en formas de Gobierno parlamentario, en que el control reposa en su última ratio: la responsabilidad política (relación fiduciaria Parlamento-Gobierno), y además, permite adecuar tal concepto de control parlamentario en el régimen presidencial y presidencialista.

En efecto en un régimen presidencial de "separación rígida de poderes", la existencia de controles (checks and balances) para un adecuado equilibrio no responde a la idea de que el Parlamento ha de revisar el nivel de adecuación del Presidente a una voluntad política de la que es depositaria la institución parlamentaria como único órgano de representación política. Por el contrario en el régimen presidencial y en los presidencialismos: Presidente y Parlamento son órganos de representación política, dotados de legitimidad democrática directa.

Por lo demás, en la actualidad, en los regímenes parlamentarios el Gobierno crecientemente asume un poder de dirección política (indirizzo), ganando en legitimación democrática directa (sea bajo la forma semi-presidencial, un sistema electoral, recurso al referéndum, entre otros). Con agudeza López Guerra observa que "la presencia de partidos políticos jerarquizados y de sistemas electorales de corte mayoritario, en efecto, convierten de hecho a las elecciones parlamentarias no sólo en forma de selección de los representantes en las Asambleas legislativas, sino también un proceso de selección de los líderes del Ejecutivo ..."72.

En suma, el control parlamentario es en gran medida el control que pueda ejercer la minoría en el Parlamento, y no una mayoría parlamentaria- gubernamental, que ni en un

régimen parlamentario ni presidencial permitirá ejercer el control en su última ratio la responsabilidad política directa (que inclusive puede llevar a hacer efectiva la relación fiduciaria en los parlamentarismos).

De esta manera, conceptuado el control parlamentario en su acepción extensiva y determinada su multidimensionalidad, corresponde identificar la función de control y emplear sus medios de cognición e inspección ("derechos de control") con eficiencia; lo que politológicamente supone la existencia de una oposición política. Inclusive más en los presidencialismos, con un grado menor de articulación de partidos y de sistemas de partidos, es posible conformar mayorías ad-hoc, para de facto hacer efectiva una responsabilidad "política" a través de un medio anómalo: el impeachment o acusación en juicio político, medio necesario que ha dado pruebas recientes de vitalidad en nuestra América, que en otro tiempo y lugar, una crisis de gobierno era resuelta de forma más o menos cruenta a través de la técnica del golpe de Estado o el golpe de mano.

En este punto me parece correcto traslapar, con matizaciones, el enfoque de López Guerra sobre control parlamentario, de otro contexto político-institucional como el español al control parlamentario en un régimen presidencialista: "por tanto, habría que concluir que sí, efectivamente, este control existe es con un objetivo diferente: no para comparar la actuación del Gobierno con una voluntad popular ya manifestada, sino para comparar esa actividad con unos objetivos a seguir en el futuro (y obviamente no conseguidos), al objeto de motivar en elecciones subsiguientes un cambio en la voluntad del electorado. Dicho de otra forma, lo que persigue el control de la minoría es, evidentemente, una extensión de la información de los defectos de la actuación gubernamental en comparación con un desiderátum que la oposición representaría.

Ello supone llegar quizá a un Mediterráneo ya descubierto, el de que la función de control representa, sobre todo, una función de información y que es en la difusión informativa donde reside la efectiva capacidad controladora del Parlamento, o para ser más exactos, de la minoría en la oposición"<sup>73</sup>. Se producirá así una convergencia europeo-americana del Parlamento, en el sentido que la labor de control no se basa tanto en la superioridad (soberanía) del Parlamento, sino en la capacidad de éste de allegar mayor información y generar encuestas o investigaciones relativas al Gobierno y la Administración.

La definición dada de control parlamentario y su multidimensionalidad une al control sus medios de cognición e inspección, aunque creemos que los medios (preguntas, interpelaciones, comisiones de encuesta, entre otros) se configuran como una función específica del Parlamento: cognoscitiva e inspectiva, aunque subordinada en lo instrumental a la función de control.

En cuanto al control político-parlamentario en nuestro medio cabe examinar levemente la "potestad fiscalizadora" de la Cámara de Diputados del art. 48 N°1 C.P.R., reconociendo que el control no se agota en esta técnica. La "potestad fiscalizadora" tienen como objeto de control los "actos del Gobierno", es decir, todos los actos ejecutivos formalizados y las actuaciones en general del Gobierno. El término "actos del Gobierno", merced la contracción "del" comprende actos de Gobierno y actos de la Administración; aunque se han sustraído con éxito relativo de la órbita del control político parlamentario los actos de órganos que integran la Administración en sus

cuadros orgánicos pero que gozan de autonomía constitucional o bien pertenecen a la Administración invisible.

La "potestad fiscalizadora" como atribución exclusiva de la Cámara está establecida en el artículo 48, N°1, de la Constitución en los términos siguientes:

"1) Fiscalizar los actos del Gobierno. Para ejercer esta atribución la Cámara puede, con el voto de la mayoría de los diputados presentes, adoptar acuerdos o sugerir observaciones que se transmitirán por escrito al Presidente de la República, debiendo el Gobierno dar respuesta, por medio del Ministro de Estado que corresponda, dentro de treinta días. En ningún caso, dichos acuerdos u observaciones afectarán la responsabilidad política de los Ministros, y la obligación del Gobierno se entenderá cumplida por el solo hecho de entregar su respuesta" (inc.1).

Tal disposición recoge una atribución similar de la Cámara establecida por la Constitución de 1925, artículo 39, N°2, con algunas diferencias importantes.

La Constitución de 1980, en su artículo 48, n1, restringe la facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados al prescribir que "la obligación del Gobierno se entenderá cumplida por el sólo hecho de entregar su respuesta", ya que ella puede ser absolutamente insatisfactoria y la Cámara podría insistir en obtener mayores antecedentes del Gobierno y una respuesta más completa y fundada, con el objeto de que la fiscalización sea eficaz.

El inciso 2 del N°1 del artículo 48 establece que "cualquier Diputado podrá solicitar determinados antecedentes al Gobierno siempre que su proposición cuente con el voto favorable de un tercio de los miembros presente de las Cámaras"

La fiscalización se refiere a los actos del Presidente de la República y, por lo tanto, "los actos de todos los que, bajo sus órdenes, realicen las distintas autoridades y reparticiones gubernativas y administrativas que dependen de él".

La labor de fiscalizar consiste en analizar las acciones y obras del Gobierno y realizar su crítica, formulando juicios de valor acerca de la conveniencia o inconveniencia de ellas, de acuerdo a la idea de bien común.

En virtud de esta disposición, bajo la Constitución de 1925 se estableció en el Reglamento de la Cámara de Diputados la formación de comisiones investigadoras frente a denuncias graves que pudieran formularse en el seno de la corporación, por miembros de ella o por particulares. La vigente ley N°18.910 orgánica constitucional del Congreso Nacional regula en parte estas comisiones investigadoras (justicia política), conservando su poca densidad normativa estos órganos de control.

Sin embargo, para ser eficaces estas comisiones necesitan contar, entre sus atribuciones, con la facultad de exigir el envío de todos los documentos, informes y antecedentes, y la comparecencia de autoridades y demás personas consideradas indispensables para el buen desempeño de la investigación<sup>74</sup>.

En suma el control político parlamentario expresado en el procedimiento de "potestad fiscalizadora" resulta un control insatisfactorio o incompleto, no sólo por la configuración reglamentaria de estos órganos y su bajo perfil, sino porque en la

dialéctica mayoría-minoría del Parlamento en conexión con el Estado de partidos, este control resulta ilusorio, ineficaz, inoportuno.

## V. CONCLUSIONES

1. El Estado como "sistema de potestades", potestades-deberes (cometidos y fines), hace que el reparto de potestades normativas tenga su origen en la Constitución estatal, que fija en el marco de un régimen político y tipo de Gobierno concreto, aunque en la caracterización de éstos existan componentes fácticos relevantes.

2. El control es un fenómeno politológico y jurídico que resulta del diseño de organización estatal, y que asume los caracteres de función o modo de ejercicio de la potestad estatal, en que resulta difícil un concepto único, ante lo abigarrado de su estructura y órganos de control, el que necesariamente pasa por un concepto constitucional adecuado. En un Estado de Derecho los diversos tipos de control tienen un fin común: la limitación del poder estatal. En este orden de ideas me parece correcto el enfoque de Manuel Aragón que reconoce la unidad de fin de la función de control, pero su pluralidad conceptual (de técnicas y objetivos), y el necesario distingo entre control, limitación y garantía.

Por ello, en este trabajo hemos reunido los controles institucionalizados de la potestad legislativa y reglamentaria: control de constitucionalidad, control judicial, control de legalidad y control político; los tres primeros especie de control jurídico que por definición es objetivado, es decir, basado en razones jurídicas y su ejercicio, necesario y ejercido por un órgano independiente e imparcial dotado de singular competencia técnica para resolver cuestiones de Derecho, y el último bajo la forma de control parlamentario es un control de carácter subjetivo y de ejercicio voluntario o discrecional del órgano controlante.

De este modo el control en cuanto técnica y objetivos que cumple se erige en una verdadera garantía del Estado de Derecho (Jellinek)

3. En cuanto al control de constitucionalidad de la potestad legislativa y reglamentaria, verificado racionalizadamente como un proceso incoado mediante acciones, se verifica concentradamente, pero con dualidad de Judicatura: Tribunal Constitucional y Corte Suprema.

De este modo, nuestra jurisdicción constitucional con dualidad de Judicatura, se bifurca en dos procesos: proceso de constitucionalidad para el derecho objetivo de la Constitución, y proceso de amparo para derechos subjetivos públicos que gozan de tutela reforzada en la Constitución. En los procesos de constitucionalidad los actos de la potestad legislativa y reglamentaria, se someten a un control abstracto que vela por la supremacía y regularidad de la Constitución, como fuente primera del reparto de potestades normativas.

Tales procesos de constitucionalidad se ventilan principalmente ante el Tribunal Constitucional, revistiendo diversas formas de control: control preceptivo y facultativo, control preventivo y represivo, según el caso, lo que latamente se ha explicado (art. 82 C.P.R. y Ley N°17.997, título II párrafo 1 y 2); comprendiendo una amplia gama de actos legislativos (leyes interpretativas, leyes orgánicas antes de su promulgación,

proyectos de ley en cualquier etapa del iter legis, decretos con fuerza de ley), tratados internacionales en su fase de aprobación en el Congreso Nacional y actos ejecutivos (decreto, reglamentos de ejecución y autónomos). Accesoriamente, el proceso de constitucionalidad se ventila ante la Corte Suprema incoado por la acción de inaplicabilidad (art. 80 C.P.R.) que opera como un control facultativo, salvo la inaplicabilidad de oficio, y represivo de preceptos legales con alcance particular o inter partes, y cuya jurisprudencia comentada es escasa e insatisfactoria.

4. Hemos reservado el término "control judicial" para designar principalmente el proceso de amparo de derechos fundamentales, que tiene su concreción más importante en el recurso o acción de protección; aunque existen otros medios de impugnación en particular de la potestad reglamentaria en general y de los actos ejecutivos, que integran un anómalo contencioso administrativo; en los que también sumamos el recurso de amparo económico en lo que atañe a Estado regulador (poder de policía) y Estado empresario, y las reclamaciones de ilegalidad especiales. Sin embargo, el recurso de protección se erige en la práctica en el más importante sucedáneo del contencioso administrativo, que por la vía del control judicial de actos ejecutivos, permite enjuiciar los componentes reglados y discrecionales de la potestad reglamentaria, con sujeción al bloque de legalidad. Este control judicial está atribuido en primera instancia a la Corte de Apelaciones respectiva y en segunda instancia a la Corte Suprema (Sala respectiva). Quedan excluidos de la esfera de este control judicial vía recurso de protección, en una afirmación que es polémica, dos tipos de actos ejecutivos: reglamentos autónomos en la medida en que son fruto de una potestad sub constitutione y actos de Gobierno por ser frutos de una potestad gubernativa o de dirección política.

5. El control de legalidad inter órgano de la Administración activa y de la potestad reglamentaria y legislativa delegada, se verifica por la Contraloría General de la República, órgano constitucional autónomo que integra la Administración controladora; a través de diversas técnicas o procedimientos, siendo la más relevante el trámite de toma de razón. Este control de legalidad que constituye un examen de constitucionalidad y legalidad de «decretos y resoluciones» y decretos con fuerza de ley, se erige en un acto de control que obsta a la "eficacia" del acto ejecutivo controlado, y que le reviste de una presunción de legalidad, sin perjuicio de un ulterior control judicial, control político e incluso control de constitucionalidad. El control de legalidad puede ser superado mediante la prerrogativa del decreto de insistencia, que lleva la firma del Presidente de la República y de todos los Ministros de Estado.

6. El estudio del Parlamento y el control político, y los medios de cognición e inspección acometidos en este trabajo, exigen el uso de un esquema teórico-práctico, que adecuado a las realidades de cada régimen político y tipo de gobierno, den cuenta de la imperiosa centralidad y funcionalidad de la institución parlamentaria en el Estado democrático, superando esquemas modélicos añejos y lastres ideológicos, que en el fondo trasuntan desconfianza o repulsa de la democracia como forma de Estado.

A nuestro juicio la mentada crisis del Parlamento, en ocasiones ideada sobre bases modélicas fines ideológicos como lo hace C. Schmitt, no es sino la transformación de la institución liberal burguesa decimonónica (anclada en el dogma de la soberanía parlamentaria y de la representación política) dedicada a vigilar al Poder Ejecutivo para proteger la libertad y la propiedad (en especial en contextos monárquico constitucionales), para lo cual estaba dotada de funciones e instrumentos apropiados a

sus fines. Pero una vez superada la "coincidencia" liberalismo-democracia en el Estado Benefactor o tardocapitalista, las funciones e instrumentos del Parlamento cambian en sus centros de gravedad y orientaciones.

En el contexto del Estado Administrativo, de la democracia de partidos, de la representación de intereses, entre otros fenómenos, más que un desplazamiento del Parlamento se ha consolidado una verdadera "poliarquía" en que sobresale como un sistema cerrado la Burocracia, transformándose la Administración en el objeto preferente de la realzada función de control parlamentario.

Precisamente referirnos a la centralidad del Parlamento significa aludir al control parlamentario en especial del Gobierno-Administración, para que el Poder Ejecutivo fuerte no sea incontrolado y se conserve el Estado de Derecho como forma jurídico-política de la democracia representativa. De esta manera, la valoración positiva de instrumentos de cognición e inspección, en especial de la comisión de investigación no es un ejercicio de "ingeniería constitucional" (Sartori)<sup>75</sup>, para restaurar una centralidad perdida de la institución parlamentaria, sino la valorización de un medio o instrumento que integrando la función cognoscitiva e inspectiva permite hacer efectivo el control parlamentario en su plurisignificación y multidimensionalidad.

En este orden de ideas, P. Lucas Verdú reivindica las categorías de la doctrina italiana de "centralidad" y "funcionalidad" del Parlamento, como diversas de las añejas omnipotencia y soberanía parlamentaria, insertas en una organización estatal en que los órganos están dotados de diversos controles, y en último término los propios derechos fundamentales importan límites negativos y positivos del poder. La centralidad de la institución parlamentaria descansaría en cuatro elementos interdependientes: "a) recuperación de la posición estratégica que debe corresponder al Parlamento en el sistema político-constitucional; b) conquista de la capacidad para cumplir las grandes decisiones y dictar sus correspondientes orientaciones; c) hallar un punto que interrelacione el sistema de órganos representativos y los diversos sujetos institucionales existentes en el país; d) identificar el Parlamento como lugar de respuesta inmediata a las demandas que provienen de la sociedad"... y la funcionalidad está referida a la pluralidad de centros funcionales del Parlamento que exceden la relación fiduciaria.

Hemos demostrado que el control político, jurídico y social del poder es un elemento básico del poder estatal en un Estado de Derecho. Sin embargo en sí mismo el término control tiene acepciones diversas en lengua inglesa y francesa, en la primera implica dominio -supremacía (Sánchez Agesta, Torres del Moral) y en la segunda comprobación, examen, inspección, registro y revisión. Las acepciones singularizadas tienen una estrecha relación con el tipo de gobierno y régimen político, por lo que un típico control político, como el control parlamentario, puede operar en regímenes parlamentarios, presidenciales, semipresidenciales, presidencialistas y directoriales, pero su alcance en el campo de la responsabilidad política difiere en la teoría y en la práctica. No cabe duda que disociado el control político-parlamentario de la responsabilidad política, tal disociación se produce tanto en los regímenes parlamentarios como presidenciales, tratados éstos como tipos polares, sea por la lógica del Estado de partidos (mayoría parlamentaria-gubernamental) o por la lógica del régimen presidencial, en el que no cabe la relación fiduciaria Gobierno-parlamento. En

suma, tenemos una paradoja, consistente en que el control parlamentario, con independencia del régimen político tiene por objetivo una lejana responsabilidad política indirecta o "difusa" (Torres del Moral). En este orden de ideas la función de control y sus medios, si bien recae sobre el Gobierno, examina la actuación de éste para comprobar "si se ajusta o no a lo que el Parlamento considera correcto"; por lo que es la publicidad y crítica de los actos del Gobierno la piedra de toque del verdadero control Parlamentario, que hace posible la responsabilidad política "difusa", que no destituye al Gobierno pero sí comporta su "desgaste político"<sup>76</sup>. En el fondo la racionalización del Parlamento se extiende, también, al control Parlamentario y a la responsabilidad del Gobierno, como correctivo a la inestabilidad; observándose por Grewe y Ruiz Fabri una "declinación del control con sanción" y una "preponderancia del control sin sanción"; ya que el objetivo hoy del control es asegurar la debida publicidad de la acción gubernamental y la crítica a ésta por la oposición; generándose un fenómeno de "circulación de la información"<sup>77</sup>.

La conclusión resulta obvia: la función legislativa racionalizada en el Parlamento moderno, por el fenómeno del Estado de partidos o por la fortaleza de la institución presidencial, encuentra en el control parlamentario un verdadero contrapeso (A. Manzella); por lo que resulta imperioso en un régimen presidencialista como el nuestro fortalecer los instrumentos de cognición e inspección de la Cámara de Diputados.

Ciertamente estas categorías están construidas a partir de un tipo de Gobierno parlamentario, pero como aporte itálico poseen la plasticidad para designar que la centralidad-funcionalidad más que una cuestión de "poderes formales" es una primacía de posición del Parlamento (Manzella). Con ello retornamos a nuestra primera idea: la forma de Estado democrático-representativa sólo puede ser construida teórico-prácticamente a partir del principio dogma de la división de poderes y del Parlamento como institución con fines de representación política, integración y legitimación del sistema político.

Para concluir, el control político parlamentario en los términos expuestos plantea con nitidez la necesidad de someter el control como categoría a un estudio que lo desligue de la responsabilidad política o efecto conminatorio, para así adecuar el control político parlamentario al Estado de partidos y racionalización del Parlamento, y al régimen político presidencialista imperante.

En consecuencia, un eficaz control político parlamentario del Gobierno, no permite concebir la centralidad y funcionalidad del Parlamento o Congreso Nacional en el régimen político presidencialista.

Así, la "potestad fiscalizadora" de la Cámara de Diputados (art. 48 N°1 C.P.R.) como principal procedimiento de control político parlamentario de los actos del Gobierno, resulta un procedimiento precario, carente de efectos conminatorios, salvo la válvula de escape de la justicia política. Ello explica lo necesario y oportuna que resulta en el actual debate de la reforma constitucional en trámite en el Senado la creación de interpelaciones y comisiones de encuesta o investigación con potestades efectivas.

Finalmente, sólo nos resta destacar que en este abigarrado esquema de controles institucionalizado de las potestades legislativas y reglamentarias se ponen en evidencia



en qué medida el Estado de Derecho funciona efectivamente, "auto limitado por el derecho objetivo y los derechos subjetivos públicos" y bajo un esquema organizativo que es presidido por el principio dogma de separación de poderes; que persigue hoy como hace dos siglos la limitación del poder político y equilibrio de poder político. Una lectura en clave orgánica y funcional del principio dogma de la separación de poderes exige de un "orden de las funciones" es decir, "división de las funciones" y "entrecruzamiento de las funciones" (Parejo, Achterberg); de suerte que los órganos estatales puedan titularizar múltiples funciones, pero queden prohibidas aquellas uniones orgánicas que atenten al mantenimiento de la libertad política<sup>78</sup>. La categoría de "orden de funciones" permite dar cuenta de la complejidad funcional en clave orgánica en el Estado, y darle sentido político al principio dogma de la separación de poderes, y con ello entender el concepto unitario de control y su estructura compleja y procedimientos múltiples.

---

1 Kelsen, H., Teoría General del Estado, (trad. L. Legaz) Edit. Nacional, México D.F., 1979, pp. 470-473. Duguit, León, Transformación del Derecho (Público y Privado), Buenos Aires, 1975.

2 Carré de Malberg, R., Teoría General del Estado, (trad. J. Lión Depetre), F.C.E. , México D.F., 1948, pp. 190 y ss. Idem Jellinek, Georg, Teoría General del Estado, (trad. y prol. Fernando de los Ríos), Edit. Albatros, Argentina, 1970, pp. 451 y ss.

3 Kelsen, Hans, Teoría pura del derecho (trad. 2 edic. Alemana), Editorial Porrúa, México 1 ed., 1991, pp. 239 y ss.

4 Kelsen, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, (trad E. García Mainez), Edit. UNAM, México, 3 Edic., 1969, pp. 302 y ss.

5 López Guerra, Luis, "Funciones del Gobierno y dirección política", D.A. N215, Madrid, 1988, pp. 15-40. De Otto, Ignacio, «La posición constitucional del gobierno», D.A. N188, Madrid, 1980, pp.179-181. López Guerra, L., «Modelos de Legitimación Parlamentaria y Legitimación Democrática del Gobierno: su aplicación a la Constitución Española», REDC N23, Madrid, 1988, pp. 71-97.

6 Kelsen, Hans, Judicial Review of Legislation: a comparative study of the Austrian and the American constitution, 1942, J. of politics, p. 183, que se puede consultar en versión italiana en compilación de C. Geraci, Giustizia Costituzionale, Giufre Ed, Milano, 1981. Idem Cappelletti, Mauro, «¿Renegar de Montesquieu» La expansión y Legitimidad de la «Justicia Constitucional», REDC N17, Madrid, 1986, pp. 9-46.

7 Verdugo M., M. y Pfeffer U., E., Derecho Constitucional, 2 vol. Editorial Jurídica, Stgo., 1994, tomo II, pp. 98-101.

8 Ihering, R. V., Jurisprudencia en broma y en serio (trad. R. Rianza), Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.

9 Hegel, G. W. F., Principio de la Filosofía del Derecho, (trad. J. L. Vermal) Edhasa, Barcelona, 1988, p. 54.

10 Aragón, Manuel, «El Control como Elemento Inseparable del Concepto de Constitución», REDC N 19, Madrid, 1987.; Idem «Sobre las nociones de Supremacía y Supralegalidad Constitucional», REP N 50, CEC, Madrid, 1986. De Schmitt, C., Teoría de la Constitución, Alianza Editorial, Madrid, 1982.

11 Loewenstein, Karl, Teoría de la Constitución, Edit. Ariel S.A., Barcelona, 1970, 3 Edic. 1985.

12 Hauriou, André, Derecho Constitucional e Instituciones Políticas (Trad. J. A. González), Edic. Ariel S.A., Barcelona, 1971, pp. 36 y ss.

13 Sartori, G., Teoría de la Democracia, Alianza Editorial, 2 tomos, Madrid, 1989.

14 Loewenstein, Karl, Op. cit., p. 70

15 Vanossi, Jorge R., El Estado del Derecho en el Constitucionalismo Social, Eudeba, Buenos Aires, 1987, p. 97.

16 García Morillo, J. y Montero Gibert, J. R., El Control Parlamentario, Edit. Tecnos S.A., Madrid, 1985, pp. 26 y ss. Idem. Grewe, C. y Ruiz Fabri, H., Droits Constitutionnels Européens, PUF, Paris, 1995, pp. 521 y ss. y 551-566.

17 Jellinek, Georg, Teoría General del Estado, Edit. Albatros, Buenos Aires, 1970, p. 591.

18 Ríos, Lautaro, "La Justicia Constitucional en el Derecho Político Chileno". En XX Jornada de Derecho Público, Edeval, Valparaíso, 1990, 2 Tomos, Tomo I, pp. 169-214, en esp. pp. 177-185. De González Pérez, Jesús, Derecho Procesal Constitucional, Edit. Civitas S.A., Madrid, 1980, pp. 41, 45-47.

19 Verdugo, M. Pfeffer, E. y Nogueira, H., Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, Stgo., 1994, 2 vol. Tomo II, p. 243. Idem Cappelletti, M., Les Pouvoirs des Juges (trad. R. David, Preface Louis Favoreu), Edit. P.U. D'Aix-Marseille- Economica, 1990, en especial pp. 179,213.

20 Gómez B., G., "El control de Constitucionalidad y el Tribunal Constitucional", en Estudios sobre Jurisdicción constitucional, C.A.J. N31, UDP, Stgo., 1996, pp. 3-274, p. 166.

21 Silva Bascuñán, A., "Misión del Tribunal Constitucional". En XXIV Jornadas de Derecho Público, Revista Chilena de Derecho N° 20, 2 y 3, Tomo I, pp. 485-486.

22 Zapata Larraín, Patricio, La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Corporación Tiempo 2.000, Stgo., 1994, pp. 95-164

23 Gómez B., G.: Op. cit., pp.172-173.

- 24 Gómez B., G.: Op. cit., p. 176.
- 25 Ríos A., L., Op. cit., p. 179.
- 26 Zapata L., P.: Op. cit., pp. 166-169.
- 27 González Pérez, Jesús, Derecho Procesal Constitucional, Edit. Civitas S.A., Madrid, 1980, p. 269.
- 28 Rubio Llorente, Francisco, La Forma del Poder, Editorial CEC, Madrid, 1993, pp. 423-425.
- 29 Alba Navarro, Manuel, "El Recurso Previo de Inconstitucionalidad contra proyectos de Ley Orgánica" En Revista de Derecho Político N° 16, UNED, 1982-1983, p. 181.
- 30 Favoreu, L. y Phillips, L., Le Conseil Constitutionnel, PUF, Paris, 5 ed., 1991.
- 31 Zapata L., P., Op. cit., p.176. Idem Carlos Carmona S., "La cuestión de constitucionalidad", inédito, 1993.
- 32 Gómez B. G., Op. cit. pp. 182-183.
- 33 Para el derogado artículo 8 de la Carta y su Jurisprudencia consultar excelente monografía de P. Zapata Larraín citada, pp. 204-206.
- 34 Ríos A., L.: Op. cit. p. 182.
- 35 Un examen de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en requerimiento de inhabilidad de senador F. J. Errázuriz T., en artículo de Francisco Zúñiga U. publicado en Revista Derecho en la Región, U. de Talca, 1996.
- 36 Ríos A. L., Op. cit., pp. 183-185.
- Gastón Gómez B., Op. cit., pp. 192-193.
- 37 Zúñiga U., Francisco, "Acusación en Juicio Político. Notas sobre Justicia Política". En XXIV Jornadas de Derecho Público, Revista Chilena de Derecho N° 20, 2 y 3 tomo II, 1993, pp. 705-724.
- 38 Pereira Anabalón, Hugo, Curso de Derecho Procesal, Edit. Cono Sur, Stgo, 1993, Tomo I, p. 336.
- 39 Sobre el recurso extraordinario de nulidad consultar obra Prontuario de los Juicios (3 vol) de José Bernardo Lira, Imprenta Nacional, Santiago, 1867-1868, 1 ed. Manuel Ejidio Ballesteros: La Lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile, Imprenta Nacional, 2 vol, Stgo., 1980.
- 40 Fairén Guillén, Victor, Doctrina General del Derecho Procesal, Librería Bosch, Barcelona, 1990, p. 516.

- 41 Couture, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1958, p. 401.
- 42 Pereira A., H., "Fundamento Constitucional de la Cosa Juzgada" En Revista Gaceta Jurídica N° 47, 1984, pp. 10-18.
- 43 Pereira A., H., Op. cit., p. 368.
- 44 Aldunate Lizana, Eduardo, "Jurisdicción Constitucional y Cosa Juzgada Constitucional". En Revista Chilena de Derecho, P.U. C., Vol. 20, pp. 355-359, p. 358.
- 45 Bertelsen, R. Op. cit., p. 147.
- 46 Verdugo y otros, Op. cit., tomo II, p. 225.
- 47 Pereira A., H., Op. cit., p. 358.
- 48 Pereira A., H., Op. cit., p. 326. Sobre antecedentes históricos de artículo 80: Fiamma O., G., "El Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad". Gaceta Jurídica N° 94, 1988, pp. 3-14.
- 49 Bulnes A., Luz, "El Recurso de Inaplicabilidad en la Constitución de 1980" En Gaceta Jurídica N° 38, 1983, pp. 1-11, p. 7.
- 50 Verdugo y otros, Op. cit., tomo II, p. 227.
- 51 Precht P., Jorge, "Derecho Material de Control Judicial en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile: Derogación tácita e Inaplicabilidad (1925-1987)" En XVIII Jornadas de Derecho Público, U. de Concepción, 1987, pp. 139-158.
- 52 Díez Picazo, Luis María, La derogación de las leyes, Edit. Civitas S.A., Madrid, 1990, pp. 33-42, 59-90, 107-132, 311-315.
- 53 Bobbio, Norberto, Contribución a la Teoría del Derecho, F. Torres Editor S.A., (trad. A. Ruiz Miguel), Valencia, 1980, pp. 349-364.
- 54 Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho (trad. R. J. Vernengo, de 2 ed. vienesa), Edit. Porrúa S.A.-UNAM, México D.F., 1 ed., 6 reimp., 1991, p. 277.
- 55 Tavolari O., Raúl, "Hacia la Tutela Eficaz de los Derechos Humanos por la Jurisdicción: Una Perspectiva desde el Derecho Chileno, referida al Habeas Corpus" En libro colectivo Garantías Jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica, Edit. UNAM, México, 1992, pp. 375-408. Idem Ríos A., Lautaro, "Delimitación del Recurso de Protección frente a otras acciones constitucionales protectoras de derechos fundamentales", libro colectivo Acciones Constitucionales de Amparo y Protección: Realidad y Prospectiva en Chile y América Latina, Editorial U. de Talca, 2000, pp. 119, 146.
- 56 Pereira A. H., Op. cit., p. 355.

57 Paillás, Enrique El Recurso de Protección ante el Derecho Comparado, Edit. Jurídica de Chile, Stgo, 1990, pp. 74-88.

58 Verdugo, Mario y otros, Op. cit., tomo I, p. 333.

59 Soto K., Eduardo, El Recurso de Protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia, Edit. Jurídica, Stgo, 1982. pp. 12-18, 23-49.

60 Paillás, Enrique, Op. cit., pp. 90-91.

61 Tavolari Oliveros, Raúl: "Protección Constitucional y Cautela Judicial (La orden no innovar en el recurso de protección)". Gaceta Jurídica N° 148, 1992, pp. 7-29, en especial 8-16.

62 Consultar Rolando Pantoja, El Derecho Administrativo, clasicismo y modernidad", Edit. Jurídica, Stgo., 1994, pp. 203 y ss. También Silva Cimma, Enrique, Derecho Administrativo Chileno y Comparado, ( 6 vols) El control Público, Edit. Jurídica, 1994; también, VV.AA. Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional" (1927 - 1977), Universidad de Chile, Stgo., 1977, en especial pp. 109 y ss. Finalmente, A. Aylwin A: "Algunas reflexiones sobre el trámite de toma de razón", Cuaderno de análisis jurídicos, UDP, 1992.

63 Biscaretti Di Ruffia, Paolo, Derecho Constitucional (Trad. P. Lucas Verdú), Edit. Tecnos S.A., Madrid, 1973, pp. 387 y ss.

64 Pérez Serrano, Nicolás, Tratados de Derecho Político, Edit. Civitas S.A. Madrid, 2 ed. Reimp., 1989, pp. 787-818.

65 Bryce, James, Modern Democracies, Edit. Mac Millán and Co., London, 1921, 2 vol., vol II, pp. 367-377.

66 Leibholz, Gerhard, Problemas fundamentales de la democracia moderna, Edit. I. E. P., Madrid, 1971, p. 72. Idem E. Stein, Derecho Político (Estudio de F. Rubio), Edit. Aguilar S.A., Madrid, 1973, pp. 53, N°73-75.

67 Santaolalla, Fernando, Derecho Parlamentario Español, Espasa Calpe S.A., Madrid, 1990, pp. 239-245. Idem El Parlamento y sus instrumentos de información, Edersa, Madrid, 1982. Idem Montero, Giber y García Morillo, El Control Parlamentario, Edit., Tecnos S.A., Madrid, 1984, pp. 28 y ss, pp. 45-61. Idem García Morillo, "Aproximación a un concepto de control parlamentario", R. Fac. de Derecho U.C., N°10, Madrid, 1986, pp. 31-71.

68 Montero y García Morillo, Op. cit., pp. 27 y ss.

69 Rubio Llorente, Francisco, La forma del poder, Edit. CEC, Madrid, 1993, p. 209. Idem el agudo politólogo Bernard R. Crick, The Reform of parliament, Weindenfeld, London, 1970, pp. 238. Idem Mazella, Andrea, Il Parlamento, Il Mulino, Bologna, 1 ed. 1977, nueva ed. 1991, pp. 135 y ss.

70 Rubio Llorente, F., Op. cit., pp. 210-211.

71 Zúñiga Urbina, F., "Defensor del Pueblo". "Reformas constitucionales recientes en América Latina". En Libro homenaje a Tomas Salinas, edic U.C., Madrid, 1995. Idem revistas N°0, 1, 2, 3, de la Asociación Iberoamericana del Ombudsman, con artículos monográficos.

72 López Guerra, Luis, "La función de control de los parlamentos: problemas actuales" En El parlamento y sus transformaciones actuales, Edit. Tecnos S.A., Madrid, 1990, p. 239.

73 López Guerra, Op. cit., p. 246.

74 Nogueira A., H. y otros, Derecho Constitucional, 2 vol., tomo II, Editorial Jurídica, p. 145.

75 Lucas Verdú, Pablo, Curso de Derecho Político, vol IV, edic. Tecnos S.A., Madrid, 1984, pp. 612-657. Sobre ingeniería constitucional consultar a Giovanni Sartori, Ingeniería Constitucional Comparado, F.C.E., México D.F., 1994, pp. 211-218.

76 Torres Del Moral, Antonio, Estado de Derecho y , pp. 453 y ss y 484 y ss. Idem Principios de Derecho Constitucional Español" servicio de publicaciones de la Fac. de Derecho U.C., 3 edic., Madrid , 1992, pp. 191 y ss. Idem Von Beyme, Klaus, La Clase política en el Estado de Partidos, Alianza Editorial S.A., Madrid, 1995.

77 Grewe Constance y Ruiz Fabri, Hélène, Droit Constitutionnels européens, Puf, 1 edi. , París, 1995, pp. 550 y ss.

78 Parejo, Alfonso, Luciano. "¿Existe una reserva constitucional de ejecución?. Apuntes para la individualización de la función ejecutiva en el orden de las funciones estatales", Cuaderno de Derecho Público N°1, INAP, Madrid, 1997, pp. 13-42. La referencia al notable publicista alemán N. Achterberg está tomada de Parejo.