



Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de Chile  
Chile

Couso Salas, Javier; Coddou MacManus, Alberto  
LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: UN DESAFÍO PENDIENTE  
Estudios Constitucionales, vol. 8, núm. 2, 2010, pp. 389-430  
Centro de Estudios Constitucionales de Chile  
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82015660012>

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

redalyc.org

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

## LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: UN DESAFÍO PENDIENTE<sup>1</sup>

### THE LEGAL NATURE OF THE WRIT OF NON-APPLICABILITY IN THE JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT: A CHALLENGE PENDING

JAVIER COUSO SALAS<sup>2</sup>

Profesor Titular de Derecho Constitucional,  
Universidad Diego Portales.  
Correo electrónico: javier.couso@udp.cl

ALBERTO CODDOU MACMANUS<sup>3</sup>

Profesor de Introducción al Derecho,  
Universidad Diego Portales.  
Correo electrónico: acoddoumc@gmail.com

*RESUMEN: En este trabajo, luego de pasar revista a los orígenes y características de la reforma jurisdiccional del año 2005, en particular, la nueva fisonomía que se dio a la acción de inaplicabilidad, se analizan algunos problemas de diseño constitucional referidos a la relación entre esta última y la acción de inconstitucionalidad. Una vez completada dicha tarea, se analizan un conjunto de sentencias paradigmáticas del Tribunal Constitucional que sugieren que éste tiene aún mucho que avanzar en el desarrollo de una concepción afinada de la naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad y sus diferencias con la acción de inconstitucionalidad. Esto último representa una tarea urgente, no sólo porque el desarrollo coherente del texto constitucional es uno de los objetivos más básicos de la justicia constitucional, sino que también por la centralidad que ha adquirido la acción de inaplicabilidad en la labor jurisdiccional del Tribunal Constitucional.*

*ABSTRACT: In this work, after revising the origins and characteristics of the jurisdictional reform of the year 2005, in particular, the new features of the writ of non-applicability, we analyze some problems*

---

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca en una investigación más amplia que cuenta con financiamiento del Proyecto Fondecyt N° 1085202. Recibido el 30 de marzo de 2010 y aprobado el 4 de agosto de 2010.

<sup>2</sup> Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile; Doctor en Jurisprudencia y Política Social, University of California, Berkeley (EE.UU.). Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (AIDC).

<sup>3</sup> Abogado, Universidad de Chile, Postítulo en Estudios de la Argumentación, Universidad Diego Portales.

*of constitutional design related to the link between the latter and the writ of unconstitutionality. Once that task is completed, we analyze a group of paradigmatic decisions by the Constitutional Court that suggest that this organ has still much work to do in order to develop a refined understanding of the juridical nature of the writ of non-applicability and its differences with the writ of unconstitutionality. This represents an urgent matter, not just because the coherent articulation of the constitutional text is one of the most basic roles of constitutional adjudication, but also due to the centrality that the writ of non-applicability has acquired in the Constitutional Court's adjudicative work.*

*PALABRAS CLAVE: Chile. Jurisdicción Constitucional. Tribunal Constitucional. Acción de Inaplicabilidad. Acción de Inconstitucionalidad. Control Concreto. Control Abstracto.*

*KEY WORDS: Chile. Constitutional Adjudication. Constitutional Court. Writ of non-applicability. Writ of Unconstitutionality. Concrete control. Abstract control.*

## I. INTRODUCCIÓN

Transcurridos ya cuatro años desde la implementación de la reforma a la jurisdicción constitucional introducida por la enmienda constitucional del año 2005, el balance es decididamente mixto. Por una parte, el traspaso de la acción de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional demostró ser un acierto, puesto que este último ha sido mucho más proactivo que la Corte Suprema en el tratamiento jurisprudencial de la inaplicabilidad, lo que ha permitido a un número creciente de personas obtener un remedio eficaz a las violaciones a sus derechos constitucionales generadas por la aplicación de preceptos legales a su situación particular. Por la otra, el análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en estos años en relación a este instituto sugiere que los problemas de diseño en que incurrió el constituyente derivado —lejos de haber sido subsanados por la práctica jurisprudencial del Tribunal— han sido profundizados por este último, especialmente en lo que respecta a la articulación conceptual de la naturaleza jurídica de la inaplicabilidad y su relación con el control preventivo y la acción de inconstitucionalidad. En este trabajo, luego de pasar revista a los orígenes y características de la reforma jurisdiccional del año 2005, se analizan un conjunto de sentencias —a nuestro juicio paradigmáticas— que sugieren que el Tribunal Constitucional tiene aún mucho que avanzar en el desarrollo de una concepción afinada de la naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad. Esto último representa una tarea urgente, no sólo porque el desarrollo coherente del texto constitucional es uno de los objetivos más básicos de la justicia constitucional,<sup>4</sup> sino que también por la centralidad que ha adquirido la inaplicabilidad en la labor del Tribunal.

<sup>4</sup> Véase VARGAS, PEÑA y CORREA (2001), p. 40.

## II. LA REFORMA A LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y EL “NUEVO” TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La reforma a la jurisdicción constitucional que se analiza se originó a partir de un generalizado juicio crítico respecto de la operación de la misma. Entre otros, destacaba el fuerte cuestionamiento que la doctrina venía haciendo respecto del tratamiento otorgado por la Corte Suprema a la acción de inaplicabilidad, y que llevó a algunos constitucionalistas a caracterizarlo como un “fracaso” (Pfeffer, 2005; Gómez, 1999). Ello explica que uno de los focos centrales de la reforma a la jurisdicción constitucional del 2005 fuera justamente este instituto, el cual fue reformulado significativamente, al tiempo que su conocimiento fue entregado al Tribunal Constitucional.<sup>5</sup> Adicionalmente, destaca la introducción de la inédita “acción de inconstitucionalidad”, que por primera vez en la historia constitucional de Chile permite a un ente jurisdiccional expulsar del ordenamiento jurídico preceptos legales considerados contrarios a la Constitución. Dado que la reforma mantuvo las demás atribuciones de control que detentaba el Tribunal Constitucional desde 1981 –en particular, el control preventivo de proyectos de leyes y decretos–, el saldo final fue un órgano con muy fuertes atribuciones de control de la supremacía constitucional.

Dicho esto, y como lo ha documentado la literatura comparada<sup>6</sup>, el hecho que un órgano jurisdiccional detente importantes atribuciones de control de la supremacía constitucional no necesariamente se traduce en un activo uso de las mismas, como queda de manifiesto en el débil tratamiento que la Corte Suprema de Chile hizo de la acción inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el período 1925-2005. En efecto, y como lo ha documentado Brahm y Bertelsen (en relación al derecho de propiedad)<sup>7</sup> y Julio Faúndez (en relación a los derechos civiles y políticos)<sup>8</sup>, la Corte Suprema fue extraordinariamente tímida en su tratamiento de la inaplicabilidad, incluso en presencia de violaciones tan flagrantes a la Constitución como la generada por la denominada “Ley de Defensa Permanente de la Democracia”,<sup>9</sup> que privó a miles de ciudadanos de sus más básicos derechos por casi una década<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> El cual, incidentalmente, sufrió importantes modificaciones en su integración y funcionamiento, en especial, la eliminación de entre sus integrantes de miembros activos de la Corte Suprema.

<sup>6</sup> TATE y VALLINDER (1995) y HOLLAND (1991).

<sup>7</sup> BRAHM y BERTELSEN (1999).

<sup>8</sup> FAÚNDEZ (2007).

<sup>9</sup> Véase la Ley N° 8.987, publicada en el Diario Oficial de 3 de septiembre de 1948.

<sup>10</sup> HUNEEUS (2009).

De acuerdo a autores como Nogueira<sup>11</sup> y Hilbink<sup>12</sup>, el motivo central de la renuencia de la Corte Suprema a utilizar activamente su poder de control de la constitucionalidad de las leyes fue su cultura legal formalista y el temor a pronunciarse respecto de asuntos política o socialmente controversiales que exhibían sus integrantes. Dado este contexto, al momento de aprobarse la reforma a la justicia constitucional del 2005 no estaba claro si el ‘nuevo’ Tribunal Constitucional rompería con la tradicional deferencia a la soberanía de la ley que había caracterizado a la Corte Suprema en su tratamiento de la acción de inaplicabilidad, o si se atrevería a ejercer en plenitud y sin inhibiciones este importante instrumento de control de constitucionalidad de las leyes.

La incertidumbre respecto de esta cuestión fue efímera, ya que el Tribunal Constitucional sorprendió con su decisión de echar a andar la inaplicabilidad aun antes de que se aprobara su nueva ley orgánica, que justamente regularía la forma en que el mismo conocería de las acciones de inaplicabilidad. Este primer caso de asertividad judicial fue seguido de un conjunto extraordinario de decisiones –tanto en sede de inaplicabilidad como en el ámbito del control preventivo de leyes y decretos– que han impactado a los demás poderes del Estado y a la sociedad en general, como el fallo que declaró inconstitucional la entrega gratuita por parte de entidades estatales de la denominada ‘Píldora del día después’<sup>13</sup> y aquellos que han declarado inaplicables segmentos de la Ley de Isapres.<sup>14</sup>

La disposición del Tribunal Constitucional a utilizar sus atribuciones de control con energía se explica, a nuestro juicio, por el efecto combinado de la eliminación de los miembros de la Corte Suprema –y su reemplazo por académicos y ex políticos–, así como por la introducción de la acción de inaplicabilidad. En relación al primer factor mencionado, éste erradicó del Tribunal Constitucional todo vestigio de la tradicional cultura legal de la judicatura ordinaria, con su formalismo, apego a la ley y aversión a los conflictos con los demás poderes del Estado. Esta cultura se encontraba significativamente representada en el ‘antiguo’ Tribunal Constitucional,

---

<sup>11</sup> NOGUEIRA (2005) pp. 116 y 121.

<sup>12</sup> HILBINK (2007).

<sup>13</sup> Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inconstitucionalidad, Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud*, Rol N° 740-2007 (2008).

<sup>14</sup> Estas sentencias del Tribunal Constitucional (Rol N° 976-2007; Rol N° 1218-2009; y Rol N° 1287-2009) han declarado inaplicable la disposición de la Ley de Isapres que incorpora la edad en la tabla de factores para fijar los precios de los planes de salud de los afiliados. Ver Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad, artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres*, Rol N° 976-2007 (2008); *Requerimiento de inaplicabilidad, artículo 38 ter de la Ley N° 18.933*, Rol N° 1218-2009 (2009); *Requerimiento de inaplicabilidad, artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley (Ministerio de Salud) N° 1, de 2005*, Rol N° 1287-2009 (2009).

ya que casi la mitad de sus integrantes (3 de 7) eran miembros activos de la Corte Suprema. Contrastando con ello, una vez introducida la reforma del 2005 los últimos fueron sustituidos por juristas y políticos “*acostumbrados a ejercer el poder*”, como lo expresa un miembro del Tribunal.<sup>15</sup> Respecto del segundo factor mencionado, es importante subrayar que el traspaso de la inaplicabilidad al Tribunal Constitucional abrió las puertas del mismo al ciudadano común. Producto de este cambio tan significativo, ya en el 2006 la inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad concentraba el grueso de la actividad jurisdiccional del Tribunal. Adicionalmente, la inaplicabilidad, por ser un tipo de control concreto, hizo posible que por primera vez llegaran al Tribunal casos que involucran a personas ‘de carne y hueso’, con toda la carga de dramatismo y atención mediática propios de este tipo de litigios, lo que parece haber contribuido a sensibilizar al anterior respecto de cuestiones que quizá habrían pasado inadvertidas en sus tradicionales labores de control abstracto, en que se produce un ascético cotejo entre dos normas abstractas –la ley o un decreto y la Constitución– sin referencia específica a drama humano alguno.

Sin perjuicio de la importancia de los factores recién mencionados, la mayor proactividad del Tribunal Constitucional en defensa de la supremacía constitucional y los derechos fundamentales de las personas deben mucho a la recepción que ha tenido la doctrina que defiende la existencia del denominado ‘bloque de constitucionalidad’ en su jurisprudencia.<sup>16</sup> Si bien en el ‘antiguo’ Tribunal Constitucional se reconocía la importancia de los tratados internacionales de derechos humanos<sup>17</sup>, hasta el 2005 declaraba que ellos no tenían rango constitucional.<sup>18</sup> Esta posición, sin embargo, cambió radicalmente con el ‘nuevo’ Tribunal, ya que poco después de instalado, comenzó a afirmar la noción de que el derecho internacional de los derechos humanos forma parte de un ‘bloque de constitucionalidad’ junto a la propia Constitución. En efecto, amparadas en lo dispuesto por el artículo 5º inciso segundo de la Constitución, una serie de decisiones han sostenido que este precepto constitucional otorga rango constitucional (o incluso supraconstitucional) a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Entrevista con los autores, agosto de 2009.

<sup>16</sup> NOGUEIRA (2007) p. 463.

<sup>17</sup> Véase Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento respecto del Convenio N° 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo*, Rol N° 309-2000 (2000). Marisol Peña ha destacado esta sentencia positivamente (PEÑA, 2008a, p. 212).

<sup>18</sup> Véase Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento respecto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Rol N° 346-2002 (2002).

<sup>19</sup> En especial, véanse Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de Diputados para que se declare la inconstitucionalidad del número 3º del artículo único del Proyecto de Ley modificatorio de la Ley N° 20.084*,

El impacto de esta doctrina ha sido significativo. El más importante, es que ha permitido al Tribunal reconocer derechos constitucionales no contemplados explícitamente en la Carta Fundamental que nos rige. Así, por ejemplo, en un fallo reciente<sup>20</sup> se reconoce la existencia del ‘derecho a la identidad’ basado en la Convención de los Derechos del Niño. De modo análogo, la invocación al derecho internacional de los derechos humanos por parte del Tribunal Constitucional podría expandir o modificar el entendimiento de derechos que –si bien están reconocidos en nuestro texto constitucional– no están lo suficientemente desarrollados.

Para finalizar esta sección, debe consignarse que las reformas a la jurisdicción constitucional a las que hemos pasado revista han tenido un profundo impacto en la actividad cotidiana del Tribunal Constitucional. En efecto, la enmienda del 2005 transformó lo que en la práctica era una corte constitucional ‘de medio tiempo’ (que lidiaba con menos de 30 casos al año, muchos de ellos asuntos de control preventivo obligatorio, en que no había mayor controversia) en un órgano muy demandado, productivo e influyente. En efecto, mientras que el antiguo Tribunal Constitucional demandaba poco más de un día a la semana de trabajo a sus ministros, el ‘nuevo’ Tribunal demanda de sus integrantes una dedicación exclusiva, puesto que conoce más de 300 casos al año.<sup>21</sup> En efecto, en los poco más de tres años desde que se implementó la reforma que comentamos, el Tribunal Constitucional ha conocido más de mil casos, número que impresiona cuando se considera que ello representa más del doble de todos los casos que el Tribunal Constitucional conoció en sus 25 primeros años, desde 1981.

### III. LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR CAUSA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA REFORMA DEL 2005

#### *a) La Nueva Fisonomía de la Acción de Inaplicabilidad*

Como veíamos en la sección precedente, uno de los aspectos medulares de la reforma a la jurisdicción constitucional introducida en el año 2005 fue el profundo cambio experimentado por la acción de inaplicabilidad<sup>22</sup>. Dando un fuerte golpe

---

*que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en la parte en que dicha norma modifica el artículo 23 N° 1 del citado cuerpo legal, Rol N° 786-2007 (2007); Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que modifica la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, Rol N° 1288-2009 (2009).*

<sup>20</sup> Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad, artículo 206 del Código Civil*, Rol N° 1.340-2009 (2009).

<sup>21</sup> COUSO y HILBINK (2010), p. 19.

<sup>22</sup> Para encontrar las razones de aquel cambio, podemos recurrir a las intervenciones del ex ministro del Tribunal Constitucional, Eugenio Valenzuela, en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del

de timón, y en contra de la opinión de la propia Corte Suprema, el constituyente derivado del 2005 decidió transferir el conocimiento de la inaplicabilidad a un remozado Tribunal Constitucional.<sup>23</sup> En paralelo al cambio del órgano encargado de conocer de esta acción, la reforma le dio una nueva fisonomía a la acción de inaplicabilidad, lo que queda en evidencia al contrastar la forma en que ella se encuentra consagrada en el actual texto constitucional y la forma en que estaba consagrada en el texto original:

Antiguo artículo 80:

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

Actual artículo 93 N° 6:

*“Son atribuciones del Tribunal Constitucional: resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.*

Senado. En efecto, podemos decir que estas declaraciones instaron al resto de los senadores a mostrar su conformidad con las reformas que se estaban proponiendo. Así, por ejemplo, consta en la historia fidedigna de la reforma constitucional que este ministro adjuntó un estudio estadístico sobre el funcionamiento del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en manos de la Corte Suprema. De acuerdo a lo señalado por Valenzuela, se pueden resumir las siguientes razones en apoyo de la reforma al recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad: a) De acuerdo a la jurisprudencia de la acción de inaplicabilidad radicada en la Corte Suprema, podemos señalar que ésta se negó sistemáticamente a resolver vicios de inconstitucionalidad de forma de la ley, ya que eso implicaba una intromisión indebida en esferas que pertenecen a otros poderes del Estado; b) Del mismo modo, la Corte Suprema evitó controlar la constitucionalidad de las normas anteriores que se alegaba habían sido derogadas tácitamente por una Constitución posterior. Para ello, sostuvo que se trataba de un asunto acerca de la derogación de la ley, cuya competencia corresponde a los jueces del fondo. En otras palabras, supuso que se trataba de un problema acerca de la aplicación de un criterio temporal de solución de antinomias, mas no del criterio jerárquico; c) En otro sentido, la reforma intentó otorgarle racionalidad a un verdadero sistema de justicia constitucional, que uniformara la interpretación constitucional. La anterior existencia de un doble sistema de control de constitucionalidad de la ley favorecía la existencia de jurisprudencia contradictoria, lo que hacía necesario concentrar la protección del principio de supremacía constitucional en un solo órgano. En otras palabras, se intentó darle coherencia a un sistema que se suponía incoherente. La reflexión y discusión acerca de las razones que se tuvieron en mente para modificar el diseño del RII se irá desarrollando durante todo el presente trabajo. Véase PFEFFER (2005), pp. 375 y ss.

<sup>23</sup> Producto de la reforma del 2005, el Tribunal Constitucional quedó enteramente conformado por personas ajenas al poder judicial. En el anterior tribunal, recordemos, existían tres miembros de la Corte Suprema, elegidos por ella misma, que integraban la magistratura constitucional. Del mismo modo, se excluye al viejo Consejo de Seguridad Nacional como órgano con facultades de nombramiento de ministros.

Como se puede advertir de la sola lectura de los artículos constitucionales transcritos, mientras que en el antiguo artículo 80 de la Constitución el objeto de la acción era inaplicar “*todo precepto legal contrario a la Constitución*” (lo que implica un ejercicio de cotejo abstracto entre precepto legal y cláusula constitucional), en el texto introducido por la reforma del 2005 aparece claro que el objeto de la acción es inaplicar preceptos legales “*cuya aplicación en cualquier gestión (...) resulte contraria a la Constitución*” (lo que implica la necesidad de considerar si, atendidos determinados supuestos fácticos, la aplicación de un precepto legal produce un resultado inconstitucional). Esta interpretación del nuevo objeto de la acción de inaplicabilidad ha sido reiteradamente afirmada por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia de los últimos cuatro años. Así, por ejemplo, en la Sentencia Rol N° 546-2006 el Tribunal afirmó que: “*de la simple comparación del texto de la norma (...) con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental (...) se desprende que (...) mientras antes se trataba de una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá (ser) declarado inconstitucional es la aplicación del precepto legal impugnado, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando una clara diferencia con el texto constitucional anterior*”.<sup>24</sup>

El importante cambio introducido a la fisonomía de la acción de inaplicabilidad parece ser resultado de la severa crítica que la doctrina venía haciendo respecto a la discriminación arbitraria que involucraba el que un ejercicio de cotejo ‘abstracto’ de constitucionalidad de una ley –como el que disponía el antiguo artículo 80– resultara en la inaplicación de la misma sólo para el caso particular de que se tratara, cuando el precepto en cuestión adolecía de un vicio general de inconstitucionalidad. Este importante punto fue subrayado por autores como Rodolfo Figueroa<sup>25</sup> y Fernando Atria<sup>26</sup>.

Terminando con la anomalía señalada, en el nuevo diseño constitucional el objeto de la inaplicabilidad es dejar sin efecto un precepto cuya aplicación a un caso concreto produce un resultado inconstitucional, lo que obliga al Tribunal

<sup>24</sup> Tribunal Constitucional: *Requerimiento de inaplicabilidad, artículo 30 del Decreto Ley N° 3.538*, Rol N° 546-2006 (2006).

<sup>25</sup> FIGUEROA (1996).

<sup>26</sup> Si bien Atria describe la antigua comprensión del recurso como errónea, constituye una de las mejores explicaciones del antiguo recurso de inaplicabilidad: “*Las ideas que hemos examinado [en el artículo] son sintomáticas del estado de la dogmática constitucional chilena al respecto. El recurso de inaplicabilidad es analizado por ésta en dos etapas: en la primera, se le asigna la función de controlar la constitucionalidad de un precepto legal, lo que sólo puede hacerse en abstracto (porque es una operación intelectual en la que sólo figuran dos normas, ley y Constitución, e hipótesis interpretativas de éstas), y luego se acepta, en virtud solamente del texto del artículo 80, la limitación de que sólo procede ante un caso concreto y con efectos para ese caso solamente*”. ATRIA (2001) p. 124.

Constitucional a analizar los hechos específicos del caso de que se trata. En otras palabras, el nuevo diseño obliga a realizar un ‘control concreto’ y no ‘abstracto’ de constitucionalidad. Producto de este cambio en la forma de concebir la inaplicabilidad, no sigue siendo el caso que un precepto pueda ser considerado ‘en abstracto’ como contrario a la constitución pero que, sin embargo, se inaplique sólo respecto de quienes accionaron. El importante cambio de diseño de la inaplicabilidad queda aún más claro cuando se lo estudia en relación a la nueva ‘acción de inconstitucionalidad’, consagrada en el artículo 93 de la Constitución:

Artículo 93 N° 7: “*Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior*”.

Como se advierte de la lectura de esta norma constitucional, el Tribunal Constitucional puede resolver (por una elevada mayoría de sus integrantes) “*la inconstitucionalidad*” de un precepto legal determinado, juicio que no depende de la aplicación del mismo a un caso concreto, sino que del juicio que se realice respecto de la inconstitucionalidad material (‘abstracta’) del mismo. Si bien este ejercicio de control abstracto de constitucionalidad de preceptos legales sólo procede respecto de aquellos que han sido previamente declarados inaplicables, ello no obsta a que la revisión de constitucionalidad que realiza el Tribunal, a propósito de la nueva acción de inconstitucionalidad, sea de carácter enteramente abstracta. Esto último ha sido también reiteradamente manifestado por la jurisprudencia producida por el Tribunal Constitucional en los últimos cuatro años.<sup>27</sup>

Dicho esto, de inmediato se advierte un serio problema de diseño en la relación que estableció el constituyente derivado del 2005 entre la sentencia estimatoria de inaplicabilidad y la procedencia de la acción de inconstitucionalidad. El problema, en síntesis, es el siguiente: si lo que permite declarar la inaplicabilidad de un precepto legal es un ejercicio de control ‘concreto’ de constitucionalidad –esto es, el posible resultado inconstitucional que la aplicación de una ley conlleva en ciertos supuestos fácticos– no se entiende por qué la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal –que se resuelve mediante un ejercicio de control ‘abstracto’– requiera que exista previamente una declaración de inaplicabilidad del mismo. En otras palabras, si el objeto de la inaplicabilidad es tan diferente al de la inconstitucionalidad –si el ejercicio mental que hay que hacer en uno y

<sup>27</sup> Véanse, a modo de ejemplo, las siguientes sentencias: Tribunal Constitucional: *Requerimiento de inaplicabilidad, artículo 416 del Código Procesal Penal*, Rol N° 478-2006 (2006); *Requerimiento de inaplicabilidad, inciso tercero del artículo 96 del Código de Minería*, Rol N° 517-2006 (2007); *Requerimiento de inaplicabilidad, artículo 96 del Código de Minería*, Rol N° 588-2006 (2007).

otro son tan diferentes— no se entiende por qué la inaplicabilidad deba ser un prerequisite de admisibilidad de la declaración de inconstitucionalidad. Consultados dos ministros del Tribunal Constitucional al respecto,<sup>28</sup> reconocieron la falta de nexo lógico entre los supuestos de inaplicabilidad y los supuestos de inconstitucionalidad, pero arguyeron que quizá lo que el constituyente tuvo en mente al establecer la necesidad de una declaración estimatoria de inaplicabilidad como presupuesto procesal de la acción de inconstitucionalidad fue una cuestión de legitimidad política, ya que la existencia de declaraciones de inaplicabilidad podían ser consideradas como ‘señales’ que el precepto legal en cuestión estaba en peligro de ser finalmente expulsado del orden jurídico nacional. Así las cosas, lo que se pierde en coherencia interna se ganaría en legitimación política.

En todo caso —y quizá consciente del problema de diseño introducido por la reforma del 2005— el Tribunal Constitucional ha intentado suplir las deficiencias señaladas mediante su jurisprudencia. Anclado en la nueva redacción del artículo 93 N° 6, ha enviado claros mensajes a la comunidad jurídica afirmando que habría una crucial diferencia entre las cuestiones de inaplicabilidad y las cuestiones de inconstitucionalidad. Este intento de dar coherencia a la acción de inaplicabilidad ha llevado a parte de la doctrina a celebrar dicha jurisprudencia,<sup>29</sup> considerando que ha logrado satisfactoriamente distinguir entre el control abstracto (propio de la acción de inconstitucionalidad) y el control concreto (propio de la acción de inaplicabilidad). Como señala Massman, “*desde su jurisprudencia más temprana se puede observar la relevancia que el Tribunal concede a los hechos y circunstancias de las controversias que debe resolver. En otros términos, la nueva inaplicabilidad pone en marcha un proceso jurisdiccional donde la tarea del Tribunal consiste en subsumir los hechos del caso a las normas constitucionales para extraer de allí la solución del conflicto, y no un enjuiciamiento sobre la validez de la norma legal que abstractamente se confronta con la Carta Fundamental*”.<sup>30</sup> De este modo, se intenta enfatizar la idea del nuevo recurso de inaplicabilidad como un control concreto.

*b) La centralidad de la inaplicabilidad en la labor  
del Tribunal Constitucional*

Como veíamos más arriba, apenas instalada la reforma del año 2005, la inaplicabilidad se transformó en el principal ‘negocio’ del Tribunal, ocupando un porcentaje significativamente mayoritario de las causas ingresadas al Tribunal

---

<sup>28</sup> Entrevista con los autores, agosto 2009 y octubre 2009.

<sup>29</sup> Véase PEÑA (2008b).

<sup>30</sup> MASSMAN (2009), p. 266.

Constitucional. En efecto, en los tres primeros años desde la reforma del 2005 (que entra en vigencia en febrero de 2006), la acción de inaplicabilidad representó el 87% del total de ingresos al Tribunal Constitucional.

No desconocemos el hecho de que muchas de las cuestiones relevantes se discuten con ocasión de otros tipos de controles. En efecto, en algunos de los casos con mayor impacto mediático, como el relativo a la anticoncepción de emergencia y otro relativo al empréstito para financiar el Transantiago, se usaron las atribuciones del control constitucional de los decretos. En aquellos casos, por regla general, quienes se enfrentan en el Tribunal son, por una parte, el Congreso o una parte de éste y, por otra, el Poder Ejecutivo. Así, al decidir estos conflictos, necesariamente una de las partes será quien, en definitiva, obtenga una decisión autoritativa para adjudicarse una potestad regulatoria. Por el contrario, con ocasión de las acciones de inaplicabilidad, quienes se enfrentan son, por regla general, particulares.<sup>31</sup>

La reforma constitucional del 2005 no sólo representó un cambio en las materias que más ocupan al Tribunal Constitucional, sino que además marcó un punto de inflexión en el interés demostrado por la ciudadanía respecto del recurso de inaplicabilidad, al punto que hoy éste compite con el recurso de protección como mecanismo de protección de los derechos fundamentales. Esto queda de manifiesto cuando se compara el número de inaplicabilidades ingresadas a la Corte Suprema con anterioridad a 2005, y las presentadas al Tribunal Constitucional a partir del mes de febrero de 2006. En efecto, durante 2003, 2004, 2005 y 2006 (enero y febrero) ingresaron a la Corte Suprema de Justicia un promedio de 144,5 acciones de inaplicabilidad anuales. En el caso de las acciones ingresadas al Tribunal en el período 2006-2008, el promedio subió fuertemente, alcanzando las 242,3 al año. Este aumento no sólo se explica por los nuevos actores legitimados activamente, como los jueces del fondo, sino por la percepción de abogados y ciudadanos de que el Tribunal Constitucional está mucho más dispuesto a enfrentar a las autoridades y a la opinión pública a propósito de su control de constitucionalidad de las leyes.

Relacionado con el punto anterior, desde que el Tribunal Constitucional ha estado a cargo de la inaplicabilidad se observa un aumento significativo en el tipo de problemas jurídicos que son objeto de esta acción. Ello implica que el tribunal ha debido abordar nuevas materias, muchas de ellas pertenecientes a campos especializados del derecho. Ello sugiere que la actividad del tribunal se hará cada día más compleja, como lo ha señalado un agudo observador de la justicia cons-

---

<sup>31</sup> En ocasiones, participan algunas entidades públicas con el objeto de colaborar en la resolución del asunto o directamente como partes del asunto, pero debido a los efectos particulares de la sentencia, no existe mayor riesgo.

titucional chilena, quien expresó que “*desde que el Tribunal Constitucional se hizo cargo de la inaplicabilidad hacer derecho constitucional es hacer todo el derecho*”.<sup>32</sup> La existencia de diversas críticas especializadas en los comentarios a la jurisprudencia del Tribunal así lo confirma. En efecto, algunos observadores constatan la falta de un adecuado tratamiento, por parte del Tribunal, de las discusiones presentes en algunas especialidades. A consecuencia de esta situación, algunos magistrados han planteado la necesidad de instalar salas especializadas al interior del Tribunal Constitucional<sup>33</sup>.

La diversidad de materias que son objeto de acciones de inaplicabilidad queda de manifiesto cuando se compara el número de materias que eran objeto de inaplicabilidades cuando conocía de esta acción la Corte Suprema y la situación actual. En efecto, de acuerdo al estudio de Correa, Peña y Vargas<sup>34</sup> las acciones de inaplicabilidad de que conocía la Corte Suprema en el antiguo marco constitucional estaban básicamente concentradas en la constitucionalidad de dos cuerpos legales: el D.L. N° 2.695 (regularización de la propiedad raíz) y el D.F.L. N° 252 de 1960, los que acumulaban casi la mitad de los ingresos del período analizado en aquel entonces (1990-1997).

Contrastando con dicho panorama, a partir del año 2006 la diversidad de materias impugnadas mediante este mecanismo ha crecido exponencialmente. Esto último queda de manifiesto en la última memoria elaborada por el Tribunal Constitucional respecto de los años 2007 y 2008: “(...) *el hecho de que las nuevas competencias entregadas al Tribunal fueran utilizadas progresivamente durante el año 2006, ha permitido ampliar el rango de controversias a las cuales el Tribunal se avocó durante los años 2007 y 2008, incrementando la jurisprudencia al respecto y otorgando argumentos importantes para la interpretación de las normas constitucionales*”.<sup>35</sup> Del mismo modo, para Ríos y Pica, el nuevo Tribunal no sólo ha experimentado un crecimiento cuantitativo de las acciones, sino un crecimiento cualitativo de las materias, al “*incursionar en territorios que antes le estuvieron vedados*”.<sup>36</sup>

Un ejemplo de esta mayor diversidad de materias conocidas por el Tribunal Constitucional en sede de inaplicabilidad es la aparición de numerosos asuntos

---

<sup>32</sup> Exposición oral de Eduardo Aldunate en Coloquio de Justicia Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, junio 24 de 2009.

<sup>33</sup> Información recabada en entrevista personal con ministros del Tribunal Constitucional, agosto y octubre 2009.

<sup>34</sup> CORREA *et al.* (2001).

<sup>35</sup> Tribunal Constitucional (2009), p. 29.

<sup>36</sup> Tribunal Constitucional (2009).

penales y procesales penales, lo que contrasta con la total ausencia de este tipo de causas cuando la inaplicabilidad estaba en manos de la Corte Suprema.<sup>37</sup> En efecto, actualmente, este tipo de materias representan un porcentaje importante del total acciones de inaplicabilidad ingresadas al Tribunal. Así, por ejemplo, durante los años 2007 y 2008, de un total de 492 inaplicabilidades ingresadas, 50 correspondieron a preceptos relacionados con el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Procedimiento Penal, y diversas leyes penales especiales. Si bien se acogieron sólo unas pocas (relativas al fuero parlamentario y al artículo 230 inciso primero del CPP), impresiona que, de 12 requerimientos, hayan existido 11 requerimientos de jueces de garantía o de tribunales orales en lo penal, relativos a diversas cuestiones procesales (agenda corta antidelincuencia, artículo 149 inciso 2º del CPP) o de derecho penal sustantivo (450 inciso 1º del CP).

#### IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LOS PROBLEMAS DE DISEÑO DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD

Como veíamos más arriba, uno de los más complejos problemas que enfrenta el Tribunal Constitucional en el ámbito de la inaplicabilidad es el deficiente diseño que introdujo el constituyente del 2005. En efecto, a pesar del esfuerzo desplegado por el ex Ministro del Tribunal, Eugenio Valenzuela, la arquitectura de la inaplicabilidad –y su nexos con la acción de inconstitucionalidad– no recibió mayor atención en la discusión legislativa de las reformas constitucionales de 2005. De hecho, ninguno de los juristas que participaron en las discusiones técnicas de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado parecen haber advertido el problema. Así, por ejemplo, para el Ministro Colombo, los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional debían ser siempre *erga omnes*, por una cuestión de igualdad ante la ley, lo que desconoce que la inaplicabilidad no necesariamente pone en cuestión la validez de la norma en abstracto.<sup>38</sup>

Dados los problemas de diseño anotados, el Tribunal Constitucional ha intentado a través de su jurisprudencia dar coherencia a la distinción entre ‘control

<sup>37</sup> En parte, ello se explicaba porque el “promedio de duración (...) conspira contra la interposición desde la jurisdicción penal de este tipo de acciones”, así como la dificultad de obtener una suspensión del procedimiento (pues atentaría contra el debido proceso), cuestión que se hacía más improbable cuando existía alguna medida restrictiva o privativa de derechos vigente en la gestión. Véase CORREA *et al.* (2001) p. 50.

<sup>38</sup> Para ello, además, argumentó que “*en el extranjero no se entiende que en Chile exista un tribunal que tiene el control preventivo y otro que ejerce el control a posteriori, entre otras razones por las posibles contradicciones entre la cosa juzgada de la sentencia del Tribunal y la de la Corte Suprema, estimándose que no es compatible un sistema en que tribunales distintos realicen controles anteriores y posteriores*” (PFEFFER, 2005), p. 379.

concreto' y 'control abstracto' de constitucionalidad de los preceptos legales. Como vimos más arriba, la nueva redacción del artículo 93 N° 6 buscó establecer la acción de inaplicabilidad como un control concreto, en el cual las particulares circunstancias de un caso al cual se aplica un precepto legal específico producen un resultado inconstitucional. De este modo, la inconstitucionalidad de la aplicación de una norma en el caso concreto no necesariamente cuestiona la vigencia de una norma considerada en abstracto. En palabras del Tribunal Constitucional, no existe una relación causal entre el control concreto y el control abstracto.<sup>39</sup> En resumen, podemos señalar que no existe coherencia, desde el punto de vista del diseño, entre ambos tipos de control (en especial, al exigirse una inaplicabilidad acogida como requisito habilitante de la acción de inconstitucionalidad).

En lo que sigue, se analizan un grupo de sentencias del Tribunal Constitucional que son, a nuestro juicio, especialmente paradigmáticas en relación al problema que nos ocupa, esto es, la dificultad que ha exhibido el Tribunal para desarrollar coherentemente la naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad como mecanismo de control concreto de constitucionalidad de las leyes. En efecto, y a pesar de que el Tribunal Constitucional ha intentado entregar los elementos necesarios para distinguir entre control concreto y abstracto de constitucionalidad, hasta ahora no ha logrado hacerlo.<sup>40</sup>

1. El primer fallo que merece analizarse es la Sentencia Rol N° 1.038-2008, dictada en un caso en que se interpuso una acción de de inaplicabilidad respecto del inciso segundo del artículo 21 del Decreto Ley N° 2.186, de 1978 (Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones). Quizás este sea uno de los fallos que mejor ilustran la dificultad que enfrenta el Tribunal Constitucional a la hora de reflexionar sobre este complejo problema. Después de enfatizar el carácter concreto del nuevo recurso de inaplicabilidad, el Tribunal señala que, *“sin perjuicio de lo expuesto, la inconstitucionalidad en la aplicación de un precepto puede derivar esencialmente de dos circunstancias: La primera es la inconstitucionalidad intrínseca de la norma, que, compulsada con el texto constitucional, no admite conciliación y, por tanto, generalmente se traducirá en su aplicación contraria al mismo. La otra, se expresa a través de una disposición que, en abstracto, es compatible con la Constitución, pero que, aplicada a una relación jurídica singular y concreta, provoca efectos contradictorios con ella. Esta nota, proveniente de la generalidad de la norma –que*

<sup>39</sup> Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inconstitucionalidad, inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal*, Rol N° 590-2006 (2007).

<sup>40</sup> Véase nota al pie N° 21.

*no subsume necesariamente todas las situaciones que se dan en la realidad—, es la que genera la contrariedad específica en la aplicación”*.<sup>41</sup>

Ahora bien, la determinación de la inconstitucionalidad intrínseca de una norma la realiza el mismo Tribunal Constitucional, lo que, en la práctica, hace que la distinción entre control concreto y abstracto en ocasiones se vuelva difusa. ¿Qué sentido tiene estatuir un control especialmente concreto si, con ocasión de éste, bastará que el Tribunal estime la inconstitucionalidad intrínseca de la norma para que el control se convierta en uno de tipo abstracto?<sup>42</sup> Más allá de la plausibilidad en la interpretación del Tribunal Constitucional, se echa en menos que cuando este último haga la distinción entre ambos tipos de control entregue más elementos conceptuales para que la comunidad jurídica la comprenda. En esta causa, el Tribunal se detuvo en el control concreto de la aplicación del precepto legal impugnado una vez descartada la contradicción del precepto impugnado con la Constitución. Estos antecedentes nos permiten inferir que, con ocasión de un control concreto, el Tribunal suele realizar, de manera previa, un control abstracto. Ello, por supuesto, es redundante: para ejercitar sus atribuciones el Tribunal Constitucional deberá considerar razones que ya fueron consideradas en el Congreso con ocasión de la discusión de la norma en disputa.

2. La dificultad de articular bien la diferencia entre control abstracto y control concreto que hemos puesto de relieve se evidencia también en una sentencia reciente del Tribunal Constitucional en que analizó la constitucionalidad de su propia ley orgánica (Sentencia Rol N° 1.288, de control preventivo de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional). Si bien esta sentencia no dice relación con una acción de inaplicabilidad, nos parece interesante comentarla en este trabajo, porque es ilustrativa de la dificultad que ha tenido el Tribunal Constitucional para articular una jurisprudencia consistente en su tratamiento del *objeto* del control ‘concreto’ que ejecuta en sede de inaplicabilidad y el *objeto* del control abstracto (sea preventivo, sea represivo). En este fallo, la mayoría declaró constitucional varias normas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que

<sup>41</sup> Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad, inciso segundo del artículo 21 del Decreto Ley N° 2.186, de 1978, Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones*, Rol N° 1038-2008 (2008).

<sup>42</sup> Aquella declaración del tribunal está en abierta contradicción con la siguiente, respecto de la función del tribunal en el control concreto: “No le corresponde en ese proceso, entonces, discernir otras interpretaciones de la ley diversas a las que derivan de la forma en que ella se aplica en ese caso concreto. Circunscrita la litis a las pretensiones de las partes, carece el tribunal de facultad para buscar una interpretación de la ley conforme a la Constitución y debe limitarse, como se ha dicho, a establecer si su aplicación específica se atiene o concuerda con aquella”. Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inconstitucionalidad, inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal*, Rol N° 590-2006 (2007).

—en esencia— impiden declarar inaplicables preceptos legales que hubieran sido declarados constitucionales por el último a propósito de controles preventivos obligatorios, o que resuelvan requerimientos de inconstitucionalidad de proyectos de ley.<sup>43</sup> De acuerdo a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional reformada, éste no puede admitir a tramitación una inaplicabilidad en que se invoca ‘el mismo vicio’ de constitucionalidad de un precepto legal que ya fue considerado constitucional en un procedimiento de control previo.<sup>44</sup>

En este caso, destaca el voto de minoría de los Ministros Bertelsen y Vodanovic, rechazando la aceptación por parte de la mayoría del Tribunal de los tres preceptos de la ley de reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y que —a juicio de los anteriores— debieron haber sido declarados inconstitucionales. Discrepando de la mayoría, Bertelsen y Vodanovic anotan lo siguiente: “(...) los preceptos en comento (...) desconocen las importantes diferencias entre la actual acción de inaplicabilidad y la que era de competencia de la Corte Suprema con anterioridad a la reforma constitucional del año 2005. En efecto, en virtud de esta reforma se sustituyó el antiguo artículo 83 de la Constitución por el actual artículo 93, eliminando el inciso final de aquél, que disponía que la Corte no podía declarar inaplicable un precepto legal por el mismo vicio, si el Tribunal Constitucional lo había declarado previamente constitucional. Esta eliminación no es sino una consecuencia de los cambios que se efectuaron a la acción de inaplicabilidad, manifestados en el actual artículo 93 de la Constitución, que hoy contempla una clara diferencia entre el control abstracto de constitucionalidad (números 1º y 3º del artículo 93 de la Constitución) y el control

<sup>43</sup> Como lo consignaron Bertelsen y Vodanovic, las normas en cuestión eran: “(...) el inciso segundo del artículo 37, que el artículo único, Nº 39, del proyecto incorpora al Párrafo 1 del Título II del Capítulo II de la Ley Nº 17.997, denominado ‘Control Obligatorio de Constitucionalidad’, indica: ‘Resuelto por el Tribunal que un precepto legal es constitucional, no podrá declararse inaplicable por el mismo vicio materia del proceso y de la sentencia respectiva’. Que el artículo 45 bis, que el artículo único, Nº 50, del proyecto incorpora al Párrafo 3 del Título II del Capítulo II de la Ley Nº 17.997, llamado ‘Cuestiones de Constitucionalidad sobre proyectos de ley, de reforma constitucional y tratados en tramitación legislativa’, expresa: ‘Declarado por el Tribunal que un precepto legal impugnado de conformidad a este Párrafo es constitucional, no podrá ser declarado posteriormente inaplicable por el mismo vicio materia del proceso y de la sentencia respectiva’. Que el Nº 2 del inciso primero del artículo 47 G, que el artículo único, Nº 57, del proyecto incorpora al Párrafo 6 del Título II del Capítulo II de la Ley Nº 17.997, denominado ‘Cuestiones de Inaplicabilidad’, establece: ‘Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:...2º Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva’. Tribunal Constitucional de Chile: Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que modifica la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, Rol Nº 1288-2009 (2009).

<sup>44</sup> Nº 2 del inciso primero del artículo 47 G, que el artículo único, Nº 57, del proyecto incorpora al Párrafo 6 del Título II del Capítulo II de la Ley Nº 17.997, denominado “Cuestiones de Inaplicabilidad”.

*concreto que tiene lugar en sede de inaplicabilidad (número 6º del artículo 93 de la Constitución)”*.<sup>45</sup>

Recordándole a la mayoría las reiteradas declaraciones del Tribunal Constitucional respecto a la diferencias entre el objeto de la ‘antigua’ y la ‘nueva’ inaplicabilidad, Bertelsen y Vodanovic sostienen en su voto de minoría que: “*de la simple comparación del texto de la norma actual con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental, que entregaba esta facultad a la Corte Suprema, se desprende que mientras antes se trataba de una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior (...) lo dicho deja de manifiesto que las características y circunstancias del caso concreto de que se trate, han adquirido en la actualidad una relevancia mayor de la que debía atribuírseles antes de 2005 pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional” (Rol Nº 608, considerando decimoprimerro) (...) por tanto y conforme a la naturaleza de la actual acción de inaplicabilidad, puede perfectamente ocurrir que una norma en abstracto sea constitucional, pero en concreto –en su aplicación a una gestión pendiente que se siga ante un tribunal– sea inconstitucional, y esta Magistratura debe hacerse cargo de ello”*.<sup>46</sup>

El punto de discrepancia marcado por Bertelsen y Vodanovic con la mayoría del Tribunal –en una sentencia tan paradigmática como la que comentamos, que analizó nada menos que su propia ley orgánica– es extraordinariamente relevante, y sorprende que la mayoría no se pronunciara en el fallo al respecto, sobre todo atendido a que apunta directamente a un problema de diseño constitucional que aún no ha sido resuelto satisfactoriamente. En otras palabras, en un contexto en que el Tribunal Constitucional tiene que lidiar con la coexistencia de un ‘control concreto’ de constitucionalidad (el recurso de inaplicabilidad) y dos ‘controles abstractos’ (el tradicional control preventivo de que disponía desde 1981 y la nueva acción de inconstitucionalidad) el aspecto del fallo 1288 que comentamos en lugar

<sup>45</sup> Véase Considerando 2 del voto disidente de los Ministros Bertelsen y Vodanovic, Sentencia Rol Nº 1288, de 25 de agosto de 2009.

<sup>46</sup> Véase Considerando 3 del voto disidente de los Ministros Bertelsen y Vodanovic, Sentencia Rol Nº 1288, de 25 de agosto de 2009.

de resolver el asunto, lo confunde más. En efecto, al declarar la mayoría del Tribunal la constitucionalidad de las normas que prescriben que resuelto por éste que un precepto legal es constitucional no puede declararse inaplicable ‘por el mismo vicio’, en la práctica echa por tierra la fuerte distinción que el propio Tribunal venía haciendo entre el tipo de control que caracteriza a la inaplicabilidad y el tipo de control que caracteriza a la acción de inconstitucionalidad (o, para decirlo de otra manera, entre el ‘control concreto’ y el ‘control abstracto’). Así, toda la elaboración jurisprudencial anterior al fallo 1.288 parecía consolidar la noción de que nada impedía que un precepto legal que había pasado el ‘test’ del control preventivo y abstracto de constitucionalidad pudiera luego ser declarado inaplicable para casos particulares en que produjera resultados contrarios a la constitución. De hecho, no parece tener sentido hablar del ‘mismo vicio’ de inconstitucionalidad en casos de control abstracto de constitucionalidad y en casos de inaplicabilidad del tipo establecido en la reforma del 2005. Con esta sentencia, sin embargo –que declara la constitucionalidad de las normas que venimos analizando en este comentario– todo ese desarrollo jurisprudencial se pone en cuestionamiento.

3. Un tercer fallo que nos parece paradigmático en relación a la problemática que nos ocupa es uno en que el Tribunal Constitucional perdió la oportunidad de haber desarrollado con coherencia el texto constitucional en relación a la naturaleza jurídica y propósito práctico de la acción de inaplicabilidad, ya que la mayoría no adhirió a la posición de los ministros redactores del voto disidente que, a nuestro juicio, articularon con precisión la diferencia entre el control concreto (característico de la inaplicabilidad), y el control abstracto (propio de la inconstitucionalidad). La sentencia en cuestión<sup>47</sup> recayó en un requerimiento de inaplicabilidad del artículo 61 de la Ley N° 20.000 (sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas), que prohíbe a los abogados que se desempeñen como funcionarios contratados a cualquier título en los servicios de la Administración del Estado, actuar como patrocinantes o apoderados de imputados por tráfico de drogas, estableciendo la destitución como única sanción. En virtud de una cuestión de inaplicabilidad enviada mediante oficio por la Corte de Apelaciones de Valparaíso

<sup>47</sup> Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad, artículo 61 de la Ley N° 20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas*, Rol N° 1133-2008 (2008). A pesar de las críticas que se pueden realizar a este fallo, sobre todo respecto del voto de mayoría, con esta decisión se zanjó una discusión acerca de la adecuada interpretación que debía darse al artículo 61 de la Ley N° 20.000 y su antecesor, el artículo 51 de la Ley N° 19.366. Por eso, en un comentario realizado por la revista institucional del Ministerio Público, se señala que este fallo “constituye un precedente fundamental para las interpretaciones que se den en el futuro” (MARCAZZOLO, 2008, p. 142). Aquí, al menos, el tribunal cumple con su rol de proveer de certeza jurídica a una comunidad que, con anterioridad a este fallo, albergaba interpretaciones distintas sobre un mismo precepto legal.

y un recurso de inaplicabilidad planteado por el abogado Waldo del Villar (con motivo de un recurso de protección) se solicitó la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del referido artículo 61 de la ley N° 20.000. El abogado Villar, que desempeñaba la función de profesor auxiliar de la cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Valparaíso, había sido expulsado de la misma mediante un decreto de expulsión basado en el mencionado precepto legal, acto administrativo contra el cual había interpuesto un recurso de protección.

En relación con las alegaciones esgrimidas por el requirente, el voto de mayoría desestimó la vulneración de la garantía de la libertad de trabajo, la que fue descartada sin argumentación, del mismo modo que la prohibición de la discriminación arbitraria y el derecho a defensa jurídica. Para ello, recurrió a la noción de justicia o igualdad formal: la ley puede hacer diferencias de trato cuando las circunstancias son distintas; de este modo, si un abogado está o no vinculado con la administración del Estado, puede recibir un tratamiento distinto. Luego, el Tribunal recurrió a la historia de la ley para fundar sus conclusiones: lo que se buscaba con el mentado artículo 61 era no contradecir los intereses fundamentales del Estado. En resumen, para justificar la conformidad de la prohibición legal establecida sobre los abogados de la administración pública con los derechos fundamentales invocados, el Tribunal recurrió a una injustificada relación entre *“el bien jurídico protegido por el precepto legal, la gravedad y condena moral de los delitos involucrados en la prohibición y la libertad de configuración normativa que ostenta el legislador en la determinación de los contenidos legislativos”*.<sup>48</sup> Ello contrasta con la actitud del Tribunal en otros casos en que ha hecho una confrontación abstracta entre el precepto legal impugnado y el bloque de constitucionalidad entendido como un todo. En otras palabras, la deferencia con el legislador, se constituye en una herramienta arbitraria en manos del Tribunal.

El voto disidente, por su parte, se hace cargo de aplicar el test de razonabilidad, lo que representa un adecuado enfoque de lo que debiera realizar un control de tipo concreto (voto de los ministros Bertelsen, Vodanovic y Correa). Como señala Zúñiga, *“para que la prohibición de ejercer un trabajo no produzca un resultado contrario a la Constitución debe resultar razonable estimar que ese trabajo atentaría en contra de alguno de los cuatro únicos valores en que constitucionalmente puede fundarse”* (cuando se oponga a la moral, seguridad o salubridad públicas o que lo exija el interés nacional y que una ley lo declare así). En el caso concreto, por tanto, lo que se *“debe examinar entonces es si existe fundamento razonable en estimar que la defensa de una persona imputada por un crimen o delito contemplado en la Ley de Drogas*

<sup>48</sup> Véase FERRADA (2009), p. 5.

*por un profesor contratado por una universidad estatal atenta en contra de la moral, la seguridad o salubridad públicas o si esa prohibición queda exigida por el interés nacional*".<sup>49</sup> A juicio de los disidentes, la prohibición aludida no pasa el examen o test de razonabilidad: *"la prohibición y la sanción de destitución contempladas en los dos primeros incisos del artículo 61 carecen de razonabilidad, ya que no parecen ser un medio idóneo para combatir el tráfico de drogas o la probidad de la Administración pública en caso de aplicarse a un abogado que desempeña una función pública docente por horas en una universidad pública; agregando que es ajeno a la misión institucional de una universidad enfrentar el tráfico de drogas"*.<sup>50</sup> El control de la razonabilidad de la aplicación de una prohibición legal se realiza contrastando el caso concreto con el fin que subyace a la norma (o considerando el fin u objeto protector de la norma).

Claramente, el voto de disidencia hace un análisis detallado del caso concreto, permitiendo que sean las circunstancias del caso las que ilustren los resultados inconstitucionales, a través del test de razonabilidad. La expresión de valores fundamentales que limitarían la libertad de trabajo no pueden admitir una interpretación amplia, cargada de moralidad, como en el deficientemente argumentado voto de mayoría. El voto disidente va aún más allá, al hacer un análisis al amparo de la autonomía de la que gozan diversos entes públicos como las Universidades. En efecto, ello les permite adecuar una prohibición general (la establecida en la Ley de Drogas) a la diversidad de realidades presentes en la administración del Estado. En resumen, podemos señalar que el razonamiento contenido en el voto disidente, en nuestra perspectiva, representa un buen ejemplo para el entendimiento del recurso de inaplicabilidad.

Para Ferrada, este voto *"razona precisamente sobre el exceso que implica aplicar la norma prohibitiva y sancionatoria en cuestión a un profesor universitario, rigor que excedería los fines tenidos en vista por el legislador al momento de formular una norma"*.<sup>51</sup> Ello podría haber convertido a esta causa en un caso de laboratorio, un caso en que la aplicación de la norma estaría generando una inconstitucionalidad, en virtud de los antecedentes fácticos. Así, se trataba de un caso en que la aplicación de una norma a un caso concreto no se estaba ejecutando para uno de los casos típicos para los cuales fue establecida la norma. Por ello, la aplicación de la norma a este caso concreto no implicaba poner en cuestión la justicia de la norma abstractamente considerada. El artículo 61 de la Ley N° 20.000, por tan-

---

<sup>49</sup> ZÚÑIGA (2008a).

<sup>50</sup> Ibídem.

<sup>51</sup> FERRADA (2009), p. 6.

to, podría haber sido moderado en su alcance no porque sea injusta la conducta prohibitiva que se impone a ciertos individuos, sino porque decidir ese caso (en que se estaba aplicando esa norma a un profesor de derecho penal) conforme a esa norma era contrario esa regla. En palabras de Montesquieu. “se debía moderar la ley por la misma”. Es justamente esta comprensión del recurso de inaplicabilidad la que justificaría la nueva atribución en manos del TC. Una que haga un control concreto, contrastando la razonabilidad de la aplicación de una regla a un caso con la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la misma, y no un control abstracto, que discute razones de justicia que se ofrecieron previamente cuando se establecieron las normas.

Reiterando lo señalado más arriba, debemos decir que el razonamiento contenido en el voto disidente, en nuestra perspectiva, representa el mejor ejemplo de una adecuada comprensión del recurso de inaplicabilidad. En efecto, aquí, la legitimidad del sistema de administración de justicia se incorpora no a través del principio de universalidad (que se discute en el Congreso), sino a través del principio de adecuación, que supone la “*consideración adecuada y completa de todos los contextos relevantes*”.

4. Otro ejemplo de jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, a nuestro juicio, es expresivo de las dificultades que éste ha tenido para suplir mediante sus fallos los problemas de diseño constitucional que generó la reforma del año 2005 en materia de inaplicabilidad corresponde no a caso específico, sino que a un conjunto de casos relacionados con la Ley de Isapres: tres sentencias que han acogido recursos de inaplicabilidad en contra la tabla de factores contenida en el artículo 38 ter de la Ley de Isapres,<sup>52</sup> y una sentencia que no acogió a tramitación una acción de inconstitucionalidad en contra del mismo precepto legal.

Las tres primeras sentencias descansan en similares argumentos, aunque la segunda y la tercera agregan nuevas razones que apoyan la impugnación del precepto legal en disputa. El mismo precepto legal ha sido analizado por el Tribunal Constitucional tanto en controles concretos como en controles abstractos y ha generado respuestas contradictorias por parte de nuestra judicatura. Ello motiva que los presentes fallos sean dignos de interés, ya que pueden ilustrar las dificultades que enfrenta nuestro pretendido ‘sistema’ de control de constitucionalidad, que vincula de manera significativa ambos tipos de control.

Como se ha señalado más arriba, el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es un control concreto de constitucionalidad. En tal carácter,

<sup>52</sup> Ley N° 18.933, crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por ISAPRE y deroga el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de Salud, de 1981, Diario Oficial 9 de marzo de 1990.

analiza si los antecedentes fácticos del caso específico de que se trate llevan a que la aplicación de un precepto legal al mismo genere efectos inconstitucionales, de modo de inaplicar el precepto legal con un efecto relativo. En los cuatro fallos en comento, el Tribunal Constitucional se encarga de remarcar esta especial característica del nuevo recurso. Sin embargo, y como veremos, a pesar de sus esfuerzos el Tribunal ha sido incapaz de entregar una adecuada comprensión del recurso de inaplicabilidad como un control concreto. Así, por ejemplo, en el considerando vigésimo primero del primer fallo,<sup>53</sup> se listan los hechos o antecedentes del caso, pero de ningún modo se advierte de qué modo estos especiales antecedentes ilustran respecto del resultado inconstitucional que genera el precepto legal que se aplica al caso específico. Más bien, parece una fórmula vacía de cumplir con la nueva configuración del recurso de inaplicabilidad.

Para justificar el hecho de que se trataba de un control concreto, que no cuestiona la constitucionalidad de la norma en abstracto, el Tribunal Constitucional basó su argumentación en que, si bien pueden haber cambios unilaterales de los precios del contrato de salud previsional, como lo permite la ley, la cuestión es que estos cambios pueden ser tachados de inconstitucionales cuando “*impidan al cotizante perseverar en él, darle término, optar por otra Isapre o trasladarse de sistema*”.<sup>54</sup> Por ello, “*el examen de constitucionalidad de la atribución que el artículo 38 ter, en relación con el artículo 2º, ambos de la misma Ley Nº 18.933, otorgan a la Isapre requerida para establecer, libremente, los factores de la tabla aplicable a la requirente, debe constatar si se respetan las exigencias de orden público contenidas en el artículo 19, Nº 9, del Código Político, pues en el evento contrario cabe pronunciar su inaplicabilidad para el caso concreto y singular de autos*”.<sup>55</sup> De este modo, el Tribunal buscó examinar si la discrecionalidad que se le entrega a la Isapre en la modificación unilateral de los precios del plan de salud —en base a la tabla de factores que contempla el artículo 38ter de la Ley de Isapres— puede estar limitada por razones de orden público que surgen del contenido sustantivo del derecho a

<sup>53</sup> Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad, artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933, conocida como Ley de Isapres*, Rol Nº 976-2007 (2008).

<sup>54</sup> En la segunda y tercera sentencias de inaplicabilidad se consideran argumentos relativos a la igualdad ante la ley y el derecho a la seguridad social. Ello, quizás, pueda ser objeto de otro análisis. Ver Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad, artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933 —introducido por la Ley Nº 20.015—, que actualmente corresponde al artículo 199 del D.F.L. (Ministerio de Salud) Nº 1, de 2005*, Rol Nº 1218-2009 (2009); *Requerimiento de inaplicabilidad, artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley (Ministerio de Salud) Nº 1, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. Nº 2.763, de 1979, y de las leyes Nºs. 18.933 y 18.469*, Rol Nº 1287-2009 (2009).

<sup>55</sup> Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad, artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933, conocida como Ley de Isapres*, Rol Nº 976-2007 (2008).

la salud contenido en el artículo 19 N° 9. A pesar de ello, y en su paso argumentativo siguiente, el Tribunal no explica por qué ese específico aumento del factor (que es lo que, en concreto, se cuestiona) puede llegar a ser inconstitucional. Sólo señala que ‘deviene insostenible’ argumentar que en la especie no se ha respetado la proporcionalidad de las prestaciones. Sin embargo, el Tribunal no hace un juicio de ponderación para arribar a una conclusión que entregue luces acerca de cuál es la proporcionalidad que, en la especie, sería constitucionalmente adecuada. Para un mejor análisis de esta crítica, incluiremos el siguiente considerando, contenido en el primero de los fallos en cuestión:

*“SEXAGÉSIMO PRIMERO. Que la evolución de los factores de edad y sexo en el ciclo vital de la requirente, consultada en la tabla incorporada a su contrato de salud representa una diferencia que, si bien está justificada en cuanto a su existencia en condiciones objetivas y generales de riesgo, no lo está en lo relativo a su magnitud, la que oscila desde el factor 1,00 al factor 4,00, facultando así a la Isapre para cuadruplicar el valor del plan de salud pertinente. Esta circunstancia, al cumplir la requirente sesenta años de edad, le ha irrogado un alza del factor 3,00 a 3,50 y el aumento, ya señalado, del precio base de su plan de salud. Deviene insostenible, en consecuencia, argumentar que, en la especie, haya sido respetada la proporcionalidad de las prestaciones que exige un contrato válidamente celebrado”.*

Como puede apreciarse, el Tribunal Constitucional sólo se limita a señalar (en una evidente petición de principio), que no se encuentra justificada la “*magnitud de la diferencia resultante de la aplicación de los factores asignados a la tabla (...) en función del rol que han de servir las Instituciones de Salud Previsional*”. A pesar de su afirmación, el Tribunal no explica por qué la específica requirente del caso concreto se ve afectada en su derecho de elegir el sistema de salud libremente. El Tribunal no prueba que esto pase efectivamente en el caso que es sometido a su consideración y, por eso, gran parte del lenguaje que ocupa en los considerandos cercanos al comentado se refieren al ‘afiliado’ en términos generales: “*en el caso extremo, cuando el afiliado no puede seguir pagando el nuevo costo del plan, cual sucede en la causa aquí decidida, queda obligado a abandonar el sistema privado de salud que había escogido para incorporarse al equivalente público*”. En otras palabras, el Tribunal se posiciona en la hipótesis del afiliado que, debido a su incapacidad patrimonial, se ve afectado en sus derechos constitucionales relacionados con la protección de la salud y, específicamente, con respecto a la libertad que tiene para elegir el sistema de salud que prefiera. Lo único que señala el Tribunal Constitucional como antecedente fáctico al respecto, es que la requirente indicó que no podía seguir pagando, pues su “*situación previsional es desmedrada, producto de las*

*inestabilidades que experimentó durante su vida laboral activa*".<sup>56</sup> En otras palabras, bastaría agregarle al escrito de presentación de un recurso una frase que diga que no se puede pagar, pero sin que el Tribunal deba ponderar esa afirmación o someterla a actividad probatoria alguna.

Como podemos advertir de los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional, el recurso de inaplicabilidad se transforma en un procedimiento para controlar la discrecionalidad de las atribuciones de las Isapres con respecto al precio de los planes de salud que puedan generar efectos lesivos de derechos fundamentales, cuestión que parece propia del proceso de protección, muchos de los cuales quedan pendientes con la presentación de recursos de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. Ello es correctamente entendido, a nuestro juicio, por el voto de minoría del fallo en comento, que advierte que la magnitud del alza discrecional es una cuestión que cabe resolver a los jueces del fondo en el recurso de protección: *"Más allá de estos márgenes legales, autorizados por el artículo 38 ter impugnado, no le corresponde a esta Magistratura determinar si la específica alza determinada por la Isapre en el caso de la requirente fue legal o arbitraria, pues ello es precisamente la materia del recurso de protección que han de resolver los jueces del fondo"*. Todo ello es refrendado por Francisco Zúñiga, quien, en esta misma línea argumentativa, critica el fallo diciendo que *"compete a los Tribunales Superiores de Justicia en sede de protección determinar la antijuridicidad lesiva de derechos fundamentales de la modificación del costo o precio del plan de salud otorgado en el marco del contrato de salud previsional, todo lo cual es propio del proceso de amparo de estos derechos. Nuevamente el Tribunal Constitucional en sede de inaplicabilidad transforma el control concreto en un seudo amparo constitucional extraordinario de derechos fundamentales con el efecto expícito revocatorio supercasatorio de sus sentencias"*.<sup>57</sup>

Lo señalado precedentemente contrasta con el control concreto de constitucionalidad que han realizado los tribunales superiores de justicia con ocasión de los recursos de protección que se han interpuesto en la materia. De hecho, como señala Zúñiga, los recursos de protección han motivado un control efectivamente concreto (que debería, en la práctica, guiar el análisis que motiva la acción de

<sup>56</sup> Ello es notado por el voto de minoría, que advierte que la requirente no demostró su incapacidad de seguir pagando: *"Que también debe desestimarse el argumento en análisis, pues la requirente no acreditó encontrarse en la situación económica desmedrada que podría impedirle pagar el precio que se le cobra y así privarla del derecho, del que alega ser titular, de permanecer, por el mismo precio, en el plan de salud que escogió. Como resulta evidente, acoger la pretensión de la requirente y mantenerle el precio, no obstante el aumento en el riesgo, implica, en un sistema privado de seguros de salud como el que rige a los afiliados a ese sistema, cargar a otros con los costos de salud de la requirente, otros que, en la especie, pueden aun ser más pobres o más viejos que ella, lo que, de ser así, redundaría en mayor inequidad"*.

<sup>57</sup> ZÚÑIGA (2008a).

inaplicabilidad), que busca evaluar la proporcionalidad entre el aumento del precio y el efectivo aumento de los costos que irroga el plan de salud a la Isapre en las nuevas condiciones. Así, “*en la nutrida jurisprudencia de amparo los conflictos cotizante-Isapre por modificación de precio del plan de salud, son resueltos por los tribunales superiores de justicia por la vía de constatar que la modificación de precios de los planes por Isapres se fundamenta en un cambio efectivo y variable del valor de las prestaciones médicas, en razón de variación sustancial de costos, para asegurar la equivalencia de las obligaciones del contrato de salud previsional, sometiendo así la facultad de la institución privada a un estándar de razonabilidad y justicia que asegure el equilibrio de las prestaciones*”.<sup>58</sup>

El conjunto de fallos materia de esta sección terminan con la Sentencia Rol N° 1.444-2009<sup>59</sup>, que no acogió a tramitación una acción de inconstitucionalidad presentada por tres diputados y dirigida a solicitar al Tribunal Constitucional la expulsión del ordenamiento jurídico del artículo de la Ley de Isapres materia de las acciones e inaplicabilidad analizadas más arriba. El motivo ofrecido por el Tribunal para no acoger la acción de inconstitucionalidad es que el requerimiento no satisfizo la exigencia de contener ‘una petición razonablemente fundada’. En concreto, se señaló que si bien se citaban las sentencias previas de inaplicabilidad que apoyaban la pretensión de inconstitucionalidad, no se desarrollaron los argumentos constitucionales que le servían de apoyo a esta última.<sup>60</sup>

El tratamiento otorgado por el Tribunal Constitucional a la acción de inconstitucionalidad que nos ocupa vino a profundizar la confusión que advertimos an-

<sup>58</sup> ZÚÑIGA (2008b), p. 108. No es nuestro interés analizar si los recursos de protección están siendo bien usados para controlar la constitucionalidad de actividades privadas amparadas en normas legales y administrativas. En ese plano, han surgido algunas críticas a la jurisprudencia que, en la materia, han venido asentando las cortes de apelaciones: “*Al revisar los fallos, las cortes han establecido una regla propia y diferente a la aprobada por el Congreso, exigiendo en los incrementos de precios base una justificación de la isapre para cada caso en particular. Ello se contradice con la obligatoriedad de la ley de que las alzas se apliquen en forma general a todos los contratos. La justificación individual de un alza de precios sólo podría hacerse sobre la base de los casos que han tenido un gasto en salud mayor que lo normal, esto es, a los más enfermos. Los fallos aceptarían implícitamente que se discrimine a los enfermos más gastadores en salud. Lo contrario del espíritu de la ley. Las cortes no entienden los contratos de isapre como un seguro en que su precio no depende del gasto individual, sino que del gasto general*”. Tribuna de Andrés Tagle D., Diario *El Mercurio*, 16 de noviembre de 2009.

<sup>59</sup> Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de constitucionalidad, artículo 38 TER de la Ley N° 18.933, de Isapres, que autoriza a éstas para modificar unilateralmente el precio de los planes –contratos– de salud...*, norma que actualmente corresponde al artículo 199 del D.F.L. N° 1, de Salud, de 2005, Rol N° 1444-2009 (2009).

<sup>60</sup> El artículo 47 P de la Ley N° 17.997, modificada por la Ley N° 20.381 (2009), dispone lo siguiente: “*Si la cuestión de inconstitucionalidad es promovida mediante acción pública, la o las personas naturales o jurídicas que la ejerzan deberán fundar razonablemente la petición, indicando precisamente la sentencia de inaplicabilidad previa en que se sustenta y los argumentos constitucionales que le sirven de apoyo*”.

teriormente en este trabajo. Ello queda de manifiesto tanto en el voto de mayoría como el de minoría, como lo veremos a continuación. Así, el considerando 6º del voto de mayoría afirma que *“si bien los requirentes han manifestado expresamente que la inconstitucionalidad que solicitan sea declarada en este proceso se funda en ‘las mismas consideraciones’ contenidas en los fallos de inaplicabilidad dictados por este Tribunal que citan, en la pretensión que se contiene en el libelo se agregan argumentaciones que resultan incompatibles e incluso contradictorias con el control constitucional abstracto que se pide ejercer a este Tribunal en virtud de la atribución que le confiere el numeral 7º del inciso primero del artículo 93”*. Por otro lado, para argumentar a favor de la conformidad de la acción con el artículo 47 P de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el voto de minoría señala que, *“por una parte, en ella se indican las sentencias de inaplicabilidad previas en las que se sustenta (...) por otra parte, la indicación precisa de los fundamentos que le sirven de sustento es suficiente, ya que los requirentes solicitan a esta Magistratura que tal decisión se adopte ‘por las mismas consideraciones’ formuladas en los referidos fallos’ aludiendo a las sentencias de inaplicabilidad citadas. Obvio resulta, en consecuencia, que, accediendo a tal solicitud, tanto la fundamentación como lo resolutivo de ambas sentencias de este Tribunal, representen un respaldo sólido para lo reclamado en el requerimiento de autos”*.

Estos argumentos contradictorios son dignos de consideración, porque sugieren que existe confusión entre los ministros del Tribunal Constitucional en relación a la distinción entre el control concreto (propio de la inaplicabilidad) y el control abstracto (propio de la inconstitucionalidad). En efecto, de la lectura de los mismos queda en evidencia la falta de coherencia del sistema de control constitucional en manos del Tribunal. Por una parte, es efectivo que los diputados que interpusieron la acción pública de inconstitucionalidad se limitaron a indicar las sentencias previas de inaplicabilidad y a incorporar como argumentos adicionales las ‘mismas consideraciones’ formuladas en aquellas sentencias. Ello indica, al menos a simple vista, que los diputados –en tanto usuarios del sistema– no fueron capaces de distinguir entre control concreto y abstracto, pensando, más bien, que se trataba de dos etapas de un mismo proceso. En todo caso, y como hemos visto más arriba en este trabajo, a ello ha colaborado un inadecuado diseño del sistema de control de constitucionalidad y una deficiente y cambiante jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a esta distinción. Por otra parte, los ministros del voto de mayoría de la sentencia que nos ocupa argumentaron que la acción de inconstitucionalidad se distingue de la acción de inaplicabilidad justamente por su carácter abstracto. Fundados en ello, señalaron que la acción no se encontraba suficientemente motivada porque los requirentes esgrimieron los mismos argumentos alegados en sede de inaplicabilidad: *“argumentaciones*

*que resultan incompatibles e incluso contradictorias con el control constitucional abstracto que se pide ejercer a este Tribunal en virtud de la atribución que le confiere el numeral 7º del inciso primero del artículo 93*". Lo increíble de este argumento es que los ministros que redactaron este pasaje no advirtieron que en los fallos de inaplicabilidad comentados el voto de mayoría fue de un carácter marcadamente abstracto, como ya se ha señalado aquí.

Por otra parte, los ministros del voto de disidencia (Carmona, Cea y Fernández) pretendieron negar toda diferencia entre ambos tipos de control, al argumentar que los dos requisitos exigidos por el artículo 47P de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se encontraban perfectamente cumplidos al 'indicarse' las sentencias previas de inaplicabilidad (las que, en palabras de la misma ley, le 'sirven de sustento' a la acción) y al esgrimirse los 'mismos' argumentos que se habían expuesto en las sentencias estimatorias de inaplicabilidad. Con este argumento, bastaría fundar las acciones de inconstitucionalidad en una sola página: indicando las sentencias previas de inaplicabilidad más una referencia general a las 'mismas consideraciones anteriores' contenidas en las sentencias de inaplicabilidad.

En nuestra opinión, en esta sentencia, yerran todos los ministros del Tribunal Constitucional. Unos, al usar la distinción entre control concreto y control abstracto de manera arbitraria (esta distinción, manipulada discrecionalmente puede servir, por ejemplo, para negarse al conocimiento de cuestiones conflictivas, o para generar legitimidad en áreas de alto impacto mediático. En otras palabras, de acuerdo al caso que se enfrenta, esta distinción puede servir para un 'activismo soterrado' o para una 'deferencia aparentemente razonada' con el legislador). Los otros, al negar cualquier distinción significativa entre control concreto y control abstracto.

En el voto disidente de Mario Fernández, quien agrega argumentos de fondo en una sentencia de trámite, esta confusión llega a sus extremos. En efecto, en el considerando 10º se señala que "*no puede entenderse (...) que el requisito de la inaplicabilidad previa del precepto legal impugnado para declarar la inconstitucionalidad, sea una fase secuencial de ésta, pues se trata de una acción de naturaleza jurídica completamente distinta*"<sup>61</sup>, para después, en el considerando 19º, agregar que la acción de inconstitucionalidad presentada "*indica con precisión los argumentos constitucionales en los que se funda la pretensión, que coinciden con los que este Tribunal tuvo a la vista para dictar los fallos citados*"<sup>62</sup>. Estos dos argumentos son,

<sup>61</sup> Tribunal Constitucional de Chile: *Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que modifica la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional*, Rol N° 1288-2009 (2009).

<sup>62</sup> *Ibidem*.

a primera vista, contradictorios, pues si se trata de acciones de naturaleza jurídica completamente distinta, no se entiende por qué la acción de inconstitucionalidad se encuentra suficientemente motivada al hacer referencia a los mismos argumentos que se tuvieron en vista en las sentencias previas de inaplicabilidad.

La incompreensión de la distinción entre ambos tipos de control da pie para que, con ocasión de los recursos de inaplicabilidad, se puedan avanzar argumentos que cuestionan en abstracto la constitucionalidad de un precepto legal impugnado. De este modo, gran parte de las críticas que se pueden hacer a los razonamientos contenidos en estos fallos se origina en una argumentación altamente discutible y en extremo abstracta.<sup>63</sup>

5. Para finalizar con el análisis de las sentencias en que se hace patente la dificultad que ha demostrado el Tribunal Constitucional para articular una jurisprudencia coherente en materia de inaplicabilidad, analizaremos un conjunto de fallos referidos al hoy derogado artículo 116 del Código Tributario.<sup>64</sup>

El artículo 116 del Código Tributario permitía a los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos autorizar a funcionarios del servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando 'por orden del Director Regional'. En la doctrina especializada, se hablaba de los 'jueces delegados', puesto que habían sido autorizados por el superior para realizar actividades propiamente jurisdiccionales (UGALDE, 2007). Este precepto legal fue objeto de impugnación de diversos requerimientos de inaplicabilidad durante 2006 (85 en total), constituyendo más de un 40% de las causas ingresadas al Tribunal Constitucional ese año (85 de 206). Con el requisito habilitante de las acciones de inaplicabilidad acogidas, en el mes de marzo de 2007 el Tribunal decidió hacer uso de la atribución contemplada en el numeral 7º del artículo 93 de la Constitución, declarando de oficio la inconstitucionalidad y posterior derogación del comentado artículo 116. El análisis de la jurisprudencia del Tribunal en esta materia se hace imperativo: se trata de un caso que pone a prueba la distinción entre inaplicabilidad e inconstitucionalidad, permitiendo una reflexión acerca de los problemas de diseño que podría evidenciar esta doble etapa del control de constitucionalidad de preceptos legales. Además, tratándose de la primera declaración de inconstitucionalidad, se puso a prueba el diseño constitucional de los efectos del fallo derogatorio.

---

<sup>63</sup> Para un análisis crítico de los fallos del Tribunal Constitucional en los casos de Isapres, véase CODDOU (2010).

<sup>64</sup> Roles N°s. 499-2006 (1ª inaplicabilidad acogida respecto del artículo 116 del Código Tributario) y 681-2007 (primera inconstitucionalidad acogida en la historia del tercer TC), véanse en Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad, artículo 116 del Código Tributario*, Rol N° 499-2006 (2006); *Proceso de Oficio para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario*, Rol N° 681-2007 (2007).

Antes de comenzar es necesario distinguir dos temas relativos al diseño constitucional de las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional: el primero, la distinción entre ambos tipos de control y el análisis de la consideración del control concreto como un requisito habilitante del control abstracto; y el segundo, la operatividad de la decisión del constituyente de privar de efectos retroactivos al fallo de inconstitucionalidad.

En relación a la distinción entre control concreto y control abstracto y la consideración del primero como un requisito habilitante del segundo, en los diversos requerimientos de inaplicabilidad que conoció el Tribunal con motivo del artículo 116 del Código Tributario, continuó la línea jurisprudencial que había establecido con anterioridad la Corte Suprema.<sup>65</sup> En efecto, en general dichos fallos desatendieron la consideración de las particulares circunstancias que presentaba el caso concreto, alejándose incluso de lo que el propio Tribunal Constitucional buscaba enfatizar en el nuevo modelo: una distinción entre control abstracto y concreto, considerando especialmente la nueva redacción del artículo 93 N° 6 de la Constitución. En este punto es importante recordar que la impugnación del artículo 116 del Código Tributario se refería a las dudas que suscitaba la posibilidad de delegar la jurisdicción, una de las expresiones de la soberanía, a través de un acto administrativo, como la resolución del Director Regional de Impuestos Internos. El problema, como es de suponer, es que la impugnación contenida en la acciones de inaplicabilidad venía establecida en términos abstractos. En efecto, como señaló la Ministra Marisol Peña, “*si se examinan los primeros fallos recaídos en el artículo 116 del Código Tributario, podrá constatarse que ellos razonan mucho más en el sentido de una inconstitucionalidad en abstracto que sobre la base del sentido concreto con que el Constituyente de 2005 dotó a este tipo de requerimientos*”<sup>66</sup>. Las

<sup>65</sup> Véase BORDALÍ (2006) y SAENGER (2007).

<sup>66</sup> PEÑA (2008b), p. 228. Para Saenger, el Tribunal Constitucional no ha cambiado el enfoque del recurso de inaplicabilidad, de acuerdo a la forma en que lo concebía la Corte Suprema. En especial, analizando alguna jurisprudencia relativa al 116 del Código Tributario, señaló: “*La comparación entre el precepto legal (Normas de rango inferior) y la Constitución (Norma de rango superior) es entonces, un análisis intelectual, lógico, abstracto, independiente absolutamente de los hechos de los procesos. Es muy corriente encontrarse con recursos de inaplicabilidad que formulan verdaderas revisiones de las pruebas testimoniales, documentales, confesionales y otras de los procesos. Evidentemente que esto es un craso error. La labor antes de la Corte Suprema y hoy del Tribunal Constitucional es meramente abstracta y de comparación entre lo que dice la Carta como norma Suprema y los textos productos de la función legislativa (...) esta misma posición jurisprudencial ha sostenido el Tribunal Constitucional en los fallos que sobre esta materia ha dictado desde que está ejerciendo sus nuevas facultades a contar del 27 de febrero de 2006 pasado. En realidad, no hay variaciones de criterio con respecto de la anterior tendencia de la Corte Suprema*” (SAENGER, 2007, pp. 325-327). Saenger está en lo correcto al describir el carácter abstracto con que el TC ha ejercido sus atribuciones en materia de inaplicabilidad. El problema es que concibe que las reformas constitucionales de 2005 no variaron en nada el antiguo diseño del recurso de inaplicabilidad en manos de la Corte Suprema.

nuevas sentencias de inaplicabilidad, por tanto, no han hecho “*mayor referencia a los hechos, salvo en cuanto contexto, pero sin que las circunstancias del caso afecten decisivamente el razonamiento del Tribunal Constitucional*”.<sup>67</sup> La experiencia forense, al alegar estos casos, evidencia este defecto de manera ilustrativa: “*quienes hayan alegado tales causas ante el TC sabrán que se les solicita encarecidamente que no se refieran a los hechos del caso, los que serían suficientemente conocidos del TC*”.<sup>68</sup>

El problema de estos casos radica en que, “*un aspecto legal referido a la calidad del órgano jurisdiccional y a su competencia jamás podrá generar una particularidad que permita excepcionar su aplicación en el caso concreto. La falta de jurisdicción o de competencia de un órgano no puede ser considerada sólo respecto de un caso particular. Es para todos los ciudadanos o para ninguno. La única manera de impugnar una norma orgánica es pidiendo su declaración de inconstitucionalidad*”.<sup>69</sup> En otras palabras, la inaplicabilidad pasa a ser la mera excusa para que opere el mecanismo de la declaración de inconstitucionalidad. De este modo, “*el Tribunal podría obviar en su fallo todas las cuestiones fácticas del caso y no cambiaría en nada la decisión*”.<sup>70</sup> Así, entre las atribuciones contempladas en los artículos 93 N° 6 y 93 N° 7 de la Constitución no existe ninguna vinculación lógica: no hay diseño racional al distinguir dos tipos de control represivo, con objetos diferentes y, al mismo tiempo, exigir que uno sea el requisito habilitante del otro. Si el diseño constitucional sigue funcionando con esta incoherencia, “*nuestro Tribunal Constitucional deberá seguir operando con instrumentos alejados de la lógica para lograr que rija la supremacía constitucional. Es decir, deberá decretar una inconstitucionalidad con efectos relativos inter partes para después, eventualmente, pasar a una inconstitucionalidad con efectos anulatorios erga omnes. Pero a la primera le llamaremos inaplicabilidad y a la segunda inconstitucionalidad, siendo que las dos en la práctica son hipótesis de inconstitucionalidad*”.<sup>71</sup> De este modo, al acoger los recursos de inaplicabilidad, el Tribunal Constitucional “*estaba preparando de esa forma la declaración de inconstitucionalidad*”.<sup>72</sup> La utilización de este verbo, por parte de uno de los más destacados comentaristas de este nuevo tribunal, es ilustrativo al respecto: el tribunal, al acoger recursos de inaplicabilidad en un gran número, no estaría sino preparando el camino para la futura declaración de inconstitucionalidad. Así,

---

<sup>67</sup> DÍAZ DE VALDÉS (2007), p. 454.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> BORDALÍ (2006), p. 252.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

<sup>71</sup> *Ibid.*, pp. 254-255.

<sup>72</sup> DÍAZ DE VALDÉS (2007), p. 438.

no sorprende que la argumentación del Tribunal en ambos tipos de control sea similar. Este mismo comentarista es consciente del problema, al advertir que “*cabe cuestionar dicha concordancia a la luz de la distinta naturaleza de ambas acciones. En efecto, una de las diferencias fundamentales que justifican la mantención de dos controles diferentes de constitucionalidad a posteriori de normas legales por el TC, es que uno de ellos –la inaplicabilidad– sería un control concreto de constitucionalidad, mientras que la segunda acción –la declaración de inconstitucionalidad– correspondería a un control abstracto de constitucionalidad. En el primer caso sería fundamental tomar en debida consideración los hechos y circunstancias del caso real al que se está aplicando la norma legal impugnada, mientras que en el segundo basta la comparación directa y exclusiva de la norma legal cuestionada con la Constitución Política de la República*”.<sup>73</sup>

Posteriormente, al conocer de la cuestión de constitucionalidad y derogar el cuestionado artículo, el Tribunal Constitucional vuelve a expresar el mismo razonamiento jurídico que se venía realizando con ocasión de las acciones de inaplicabilidad. Así, podemos advertir que esta sentencia “*no tiene cambios con respecto a las razones que tuvieron los treinta fallos anteriores, señalando que la norma en cuestión vulnera principios de derecho público elementales como el conocimiento exclusivo de las causas por parte de los Tribunales de Justicia contenido en el artículo 76 de la Constitución; la validez de los actos de los órganos del Estado, consagrado en el artículo 6º del cuerpo legal citado; el principio de juridicidad, dispuesto en su artículo 7º; la legalidad de conformación y atribución de tribunales, artículo 77; y no ser juzgado por comisiones especiales, consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso 4º del Código Político*”<sup>74</sup>.

A partir de lo señalado precedentemente, podemos concluir que tampoco en este conjunto de casos exhibió el Tribunal Constitucional la claridad necesaria para distinguir, en la práctica, cuál es la diferencia entre el control concreto y el control abstracto.

## V. CONCLUSIÓN

La reforma a la jurisdicción constitucional introducida en el año 2005 ha sido una de las más importantes de cuantas se han efectuado a la justicia chilena en los últimos quince años. En lo esencial, robusteció los poderes de control de

<sup>73</sup> *Ibíd.*, p. 453.

<sup>74</sup> GUERRERO (2008), p. 17. Lautaro Ríos y Rodrigo Pica, al comentar esta sentencia, no reparan en la diferencia entre ambos tipos de control: para ellos, tanto el conflicto constitucional como los preceptos constitucionales son los mismos en ambos controles (RÍOS y PICA, 2008).

constitucionalidad del Tribunal Constitucional, por la vía de despojar a la Corte Suprema del conocimiento de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y mediante la incorporación de la nueva ‘acción de inconstitucionalidad’ a nuestro ordenamiento constitucional, mecanismo que –por primera vez en nuestra historia– permite a un órgano jurisdiccional expulsar del ordenamiento jurídico leyes consideradas inconstitucionales.

Complementando el robustecimiento de los poderes de control del Tribunal Constitucional, la reforma introdujo un cambio crucial en la integración del mismo, al eliminar a los miembros de la Corte Suprema de entre sus integrantes, lo que a su vez permitió que la influencia de la cultura formalista y deferente al legislador (característica del poder judicial) desapareciera del Tribunal Constitucional. El hecho que los integrantes ‘judiciales’ del mismo fueran luego sustituidos por académicos y ex políticos (que, en general, favorecen un activo uso de los poderes de control del Tribunal, la aplicación directa de la Constitución y la incorporación de los tratados de derechos humanos a un ‘bloque de constitucionalidad’) son factores que han contribuido al desarrollo de un ‘nuevo’ Tribunal Constitucional, cuya jurisprudencia lo ha posicionado en tan sólo cuatro años como un actor crucial del escenario público nacional.

Por otra parte, el ‘estreno en sociedad’ de la ‘nueva’ justicia constitucional no ha estado exenta de dificultades. Ello se debe, en parte, a que el constituyente derivado del 2005 cometió importantes errores en el diseño de la acción de inaplicabilidad, particularmente en su articulación con la acción de inconstitucionalidad y el control preventivo, lo que ha dificultado la distinción entre el control ‘concreto’ (propio de la acción de inaplicabilidad) y los controles ‘abstractos’ (propio de los controles preventivos y la acción de inconstitucionalidad). Producto del problema de diseño señalado, el Tribunal Constitucional se ha visto obligado a intentar resolver esta situación por vía jurisprudencial, cuestión que no le ha resultado nada fácil, ya que, como hemos visto en esta investigación, continúa confundiendo ambos tipos de controles o simplemente utilizando criterios ‘abstractos’ para determinar la inaplicabilidad de preceptos legales.

Las dificultades que se advierten en el Tribunal Constitucional para zanjar definitivamente la muy diferente naturaleza jurídica de la inaplicabilidad y los controles abstractos que también resuelve el Tribunal no es algo que deba tomarse a la ligera, puesto que un adecuado tratamiento jurisprudencial de un esquema que ya presentaba problemas de diseño es absolutamente crucial para generar un mínimo de coherencia. Por lo dicho, el Tribunal Constitucional de Chile debiera considerar como una importantísima prioridad el esclarecer mediante su jurisprudencia las fronteras conceptuales entre inaplicabilidad y los controles abstractos de

constitucionalidad que realiza, de manera de fijar así un escenario más claro para los usuarios de esta importante jurisdicción. En todo caso, y teniendo en cuenta que se trata de un órgano relativamente joven (el ‘nuevo’ Tribunal Constitucional apenas sobrepasa los cuatro años de existencia), se está aún a tiempo para introducir los necesarios ajustes en su práctica constitucional.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian (2002): *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid. Trotta), p. 254.
- ALDUNATE, Eduardo (2010): “Neoconstitucionalismo”, en *Anuario de Derecho Público UDP* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, en prensa).
- ALDUNATE, Eduardo (2009): “El Neoconstitucionalismo”, presentación oral en el *Coloquio de Justicia Constitucional*, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, junio 24 de 2009.
- ATRIA, Fernando (2001): “Inaplicabilidad y Coherencia: contra la ideología del legalismo” en *Revista de Derecho* (Valdivia) (Vol. 12, Nº 1), pp. 119-156.
- BARAHONA, Jorge (2008): “En torno al daño moral: Entre los principios, las reglas y las excepciones. Un comentario crítico al fallo del Tribunal Constitucional que declaró inaplicable el artículo 2331 del Código Civil”, en A.A.V.V. *Sentencias Destacadas 2008. Una Mirada desde la Perspectiva de las Políticas Públicas* (Santiago, Libertad y Desarrollo), p. 424.
- BRAHM, Enrique (1999): *Propiedad sin Libertad: Chile 1925-1973. Aspectos relevantes en el avance de la legislación socializadora* (Santiago. Universidad de los Andes), p. 268.
- BORDALÍ, Andrés (2006): “Sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del juez tributario (Tribunal Constitucional)”, en *Revista de Derecho* (Valdivia) (Vol. XIX, Nº 2), pp. 231-255.
- CARBONELL, Miguel (2003): *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Trotta), pp. 286.
- CAZOR, Kamel (2008): “Comentarios de sentencias del Tribunal Constitucional”. [Fecha de consulta: 28 de marzo de 2010]. Disponible en: [http:// www.lexis-nexis.cl/acceso/](http://www.lexis-nexis.cl/acceso/)
- CODDOU, Alberto (2010): “El TC y los derechos sociales: el caso de las Isapres”, en *Anuario de Derecho Público* (Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales) (de próxima publicación).
- CORREA, Jorge; VARGAS, Juan Enrique, y PEÑA, Carlos (2001): *El Rol del Estado y el Mercado de la Justicia* (Santiago, Cuaderno de Análisis Jurídico, Nº 42).

- COUSO, Javier, y CODDOU, Alberto (2009): "Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena". [Fecha de consulta: 28 de marzo de 2010]. Disponible en: <http://www.icso.cl/archivos/working-papers-icso-udp-2-2009-couso-coddou.pdf>
- COUSO, Javier, y HILBINK, Lisa (2010): "From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideational Roots of Rights Adjudication in Chile", en Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa, eds., *Courts in Latin America* (Cambridge: Cambridge University Press, en prensa).
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2008): "Inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario: Primera Sentencia Constitucional Derogatoria de una Norma Legal", en *Actualidad Jurídica (UDD)* (Año 8, N° 16), pp. 435-478.
- FAÚNDEZ, Julio (2007): *Democratization, Development, and Legality. Chile, 1831-1973* (New York, Palgrave Macmillan), pp. 296.
- FERRADA, Juan Carlos (2009): "Las renunciaciones y vacilaciones del Tribunal Constitucional en la protección de los derechos fundamentales: comentario a propósito de la STC 1133/08", en *2º Coloquio sobre Jurisprudencia Constitucional* (Instituto de Derecho Público, Universidad Austral) (manuscrito en poder del autor).
- FIGUEROA, Rodolfo (1996): "La acción de inaplicabilidad y el principio de igualdad", en GÓMEZ, Gastón *et al.*, *Estudios sobre jurisdicción constitucional* Cuadernos de Análisis Jurídico (Santiago, Universidad Diego Portales, Serie Seminarios, N° 31).
- GÓMEZ, Gastón (1999): "La jurisdicción constitucional: funcionamiento de la acción o recurso de inaplicabilidad, crónica de un fracaso" (Informe de Investigación, UDP). [Fecha de consulta: 28 de marzo de 2010]. Disponible en: <http://www.udp.cl/DERECHO/publicaciones.htm>.
- GONZÁLEZ, Felipe (2003): *Cultura Judicial y Enseñanza del Derecho en Chile* (Santiago, Cuaderno de Análisis Jurídicos Serie Publicaciones Especiales N° 15).
- GONZÁLEZ, Joel (2007): "El derecho de propiedad y la intangibilidad de los contratos en la jurisprudencia de los requerimientos de inaplicabilidad. Sentencias del Tribunal Constitucional en recursos de inaplicabilidad, de fechas 26 de diciembre de 2006 y 6 de marzo de 2007" en *Revista Chilena de Derecho* (vol. 34 N° 2), pp. 345-360.
- GUERRERO, Gonzalo (2008): "La fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional chileno. Una aproximación desde la reforma constitucional de 2005", en IV Congreso Estudiantil de Teoría del Derecho y Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. [Fecha de consulta: 28 de marzo de 2010]. Disponible en: <http://www.congresoconstitucional.cl>.

- HILBINK, Lisa (2007): *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship. Lessons from Chile*. (New York, Cambridge University Press, 2007).
- HOLLAND, Kenneth (1991): *Judicial Activism in Comparative Perspective* (London: MacMillan), p. 220.
- HUNEEUS, Carlos (2009): *La Guerra Fría Chilena: Gabriel González Videla y la Ley Maldita* (Santiago, Random House Mondadori S.A.), p. 404.
- MARCAZZOLO, Ximena (2008): “Comentario a fallo del Tribunal Constitucional, Rol Nº 1.133-08-ina, que se pronuncia sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 61 de la ley 20.000”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público* (Año 8 Nº 37), pp. 135-160.
- MASSMAN, Nicolás (2009): “La admisibilidad del recurso de inaplicabilidad: a tres años de la reforma”, en *Revista Ius et Praxis* (Año 15 Nº 1), pp. 263-293.
- NOGUEIRA, Humberto (2007): “Los derechos contenidos en tratados de derechos humanos como parte del parámetro de control de constitucionalidad: La sentencia Rol Nº 786-2007 del Tribunal Constitucional”, en *Revista Estudios Constitucionales* (Año 5 Nº 2), pp. 457-466.
- NOGUEIRA, Humberto (2005): *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur en la Alborada del siglo XXI* (Santiago, LexisNexis), pp. 116 y 121.
- PEÑA, Marisol (2008a): “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional chileno”, en *Revista Estudios Constitucionales* (Año 6 Nº 1), pp. 205-222.
- PEÑA, Marisol (2008b): “Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad: reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”. [Fecha de consulta: 28 de marzo de 2010]. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2559/36.pdf>.
- PICA, Rodrigo y RÍOS, Lautaro (2008): “Nuevos Hitos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional a Raíz de la Reforma de 2005”, en *Gaceta Jurídica* (Nº 336), pp. 7-15.
- PISARELLO, Gerardo (2007): *Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción* (Madrid, Trotta), p. 144.
- PFEFFER, Emilio (2005): *Reformas Constitucionales 2005* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), p. 668.
- PFEFFER, Emilio (2005): “Algunas Apreciaciones Acerca de las Ventajas y Desventajas del Control Preventivo y Represivo de Normas Infraconstitucionales”, en, Humberto Nogueira, coordinador, *Jurisdicción Constitucional en Chile y América latina: Presente y Prospectiva. Homenaje en Memoria de Germán Bidart Campos y Luis Favoreu* (Santiago, LexisNexis), p. 256.

- PICA, Rodrigo, y RÍOS, Lautaro (2008): “Nuevos Hitos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional a Raíz de la Reforma de 2005” en *Gaceta Jurídica* (junio 2008, N° 336), pp. 7-35.
- PEÑA, Marisol (2008): “Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad: reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno” en A.A.V.V., *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T.V. Juez y sentencia constitucional. [Fecha de consulta: 28 de marzo de 2010]. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2559/36.pdf>.
- SAENGER, Fernando (2007): “Acción de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Facultades del nuevo Tribunal Constitucional. Algunos casos jurisprudenciales” en *Revista Estudios Constitucionales* (Año 5, N° 1), pp. 305-348.
- SIERRA, Lucas: “Inflación”, columna publicada en ‘El Mercurio’, 25 de agosto de 2008.
- TAGLE, Andrés: “La judicialización de los seguros de salud”, tribuna publicada en ‘El Mercurio’, 16 de noviembre de 2009.
- TATE, Neil y VALLINDER, Torbjörn (1995): *The global expansion of judicial power* (New York, New York University Press), p. 556.
- Tribunal Constitucional (2009): *Memoria del Tribunal Constitucional 2007-2008* [Fecha de consulta: 28 de marzo de 2010]. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/documentos/downloadpdf/301>
- UGALDE, Rodrigo (2007): “¿Cuál será la suerte de las causas tributarias que actualmente se encuentran en la Excelentísima Corte Suprema pendientes de su resolución?”, en *Gaceta Jurídica* (N° 330), pp. 31-37.
- VARGAS, Juan Enrique, PEÑA, Carlos y CORREA, Jorge (2001): *El Rol de Estado y el Mercado en la Justicia* (Santiago, Universidad Diego Portales), p. 40.
- ZÚÑIGA, Francisco (2008a): “Comentarios de sentencias del Tribunal Constitucional”. [Fecha de consulta: 30 de marzo de 2010]. Disponible en: <http://www.lexisnexis.cl/acceso/>
- ZÚÑIGA, Francisco (2008b): “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* (N° 20), pp. 83-109.

#### JURISPRUDENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento respecto del Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Or-*

- ganización Internacional del Trabajo, el 27 de junio de 1989. Rol N° 309-2000. Sentencia de 4 de agosto de 2000.*
- Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento respecto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1998. Rol N° 346-2002. Sentencia de fecha 8 de abril de 2002.*
- Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Guido Girardi Lavín respecto del inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal, en la causa Rol N° 2.257-2006 que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 478-2006. Sentencia de fecha 8 de agosto de 2006.*
- Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Compañía Sudamericana de Vapores S.A., respecto del artículo 116 del Código Tributario, en la causa Rol N° 471-2006 seguida ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Rol N° 499-2006. Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2006.*
- Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Juan Pablo Longueira Montes respecto del inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal, en la causa Rol N° 7.203-2006, seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 529-2006. Sentencia de fecha 9 de noviembre de 2006.*
- Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Nelson Ávila Contreras respecto del inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal, en la causa Rol N° 7.714-2006, seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 533-2006. Sentencia de fecha 9 de noviembre de 2006.*
- Tribunal Constitucional de Chile: *Proceso de Oficio para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario. Rol N° 681-2007. Sentencia de fecha 23 de marzo de 2007.*
- Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por Fernando Saenger Gianoni, respecto del inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal. Rol N° 590-2006. Sentencia de fecha 5 de junio de 2007.*
- Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de Diputados para que se declare la inconstitucionalidad del número 3° del artículo único del Proyecto de Ley modificatorio de la Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en la parte en que dicha norma modifica el artículo 23 N° 1 del citado cuerpo legal. Rol N° 786-2007. Sentencia de fecha 13 de junio de 2007.*
- Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por don Francisco Godoy Rojas, respecto de la letra f) del*

*artículo 163 del Código Tributario, en la causa Rol N° 109.165-4 seguida ante el Primer Juzgado de Letras de San Bernardo. Rol N° 728-2007. Sentencia de fecha 3 de julio de 2007.*

Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Aarón David Vásquez Muñoz, respecto del artículo 387, inciso segundo, del Código Procesal Penal, en causa RUC N° 0600764824-1, del 8° Juzgado de Garantía de Santiago. Rol N°986-2007. Sentencia de fecha 30 de enero de 2008.*

Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de la Juez Presidente de la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción para un pronunciamiento y decisión respecto de la aplicabilidad o inaplicabilidad del artículo 450, inciso primero, del Código Penal, en la causa RUC 0600608856-0, RIT N° 110-2007, de ese tribunal. Rol N° 797-2007. Sentencia de fecha 24 de enero de 2008.*

Tribunal Constitucional de Chile: *Solicitud de pronunciamiento y decisión del Juez Presidente de la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, respecto de la inaplicabilidad del artículo 450, inciso primero, del Código Penal, en relación al artículo 19, número 3° de la Constitución Política de la República, en la causa RUC 0600911246-2, RIT N° 164-2007, de ese tribunal. Rol N° 829-2007. Sentencia de fecha 6 de marzo de 2008.*

Tribunal Constitucional de Chile: *Solicitud de pronunciamiento y decisión de la Juez Presidente de la Tercera Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, respecto de la inaplicabilidad del artículo 450, inciso primero, del Código Penal, en relación al artículo 19, número 3° de la Constitución Política de la República, en la causa RUC 0700007912-4, RIT N° 159-2007, de ese tribunal. Rol N° 825-2007. Sentencia de fecha 6 de marzo de 2008.*

Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las "Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad", aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud. Rol N° 740-2007. Sentencia de fecha 18 abril de 2008.*

Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4.972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 976-2007. Sentencia de fecha 26 junio de 2008.*

Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Américo Gioia Gobbi respecto del inciso segundo, del artículo 21 del Decreto Ley N° 2.186, de 1978, Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, en causa*

*Rol N° 2.612-2007, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Rol N° 1.038-2008. Sentencia de fecha 14 de agosto de 2008.*

Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Patricio Rodrigo Meneses Fariás respecto del artículo 230, inciso primero, del Código Procesal Penal, en la causa RIT N° 179-2005, RUC N° 0510001570-08, del Juzgado de Garantía de San Fernando. Rol N° 815-2007. Sentencia de fecha 19 de agosto de 2008.*

Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad de Hernán Pfeifer Frenz, Paulina Alegría Madrid y Carmen Polanco Lazo respecto de la segunda frase, del inciso primero, del artículo 171 del Código Sanitario, en causa caratulada "Pfeifer Frenz, Hernán, y otras con Instituto de Salud Pública", Rol C-7770-2008, del 11° Juzgado Civil de Santiago. Rol N° 1.061-2008. Sentencia de fecha 28 de agosto de 2008.*

Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad de Waldo del Villar Mascardi respecto del artículo 61 de la Ley N° 20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, en causa Rol N° 76-2008 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Rol N° 1.133-2008. Sentencia de fecha 18 de noviembre de 2008.*

Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Ximena Osorio Sagredo respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 –introducido por la Ley N° 20.015–, que actualmente corresponde al artículo 199 del D.F.L. (Ministerio de Salud) N° 1, de 2005, en la causa Rol N° 10.913-2008, de la que conoce actualmente, como árbitro arbitrador, el Intendente de Fondos y Seguros de Salud. Rol N° 1.218-2009. Sentencia de fecha 7 de julio de 2009.*

Tribunal Constitucional de Chile: *Control de constitucionalidad del proyecto de ley, aprobado por el Congreso Nacional, que modifica la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Rol N° 1.288-2009. Sentencia de fecha 25 de agosto de 2009.*

Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Pedro Fernández Bitterlich respecto del artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley (Ministerio de Salud) N° 1, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 2.763, de 1979, y de las leyes N°s. 18.933 y 18.469, en el recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la Isapre Colmena Golden Cross S.A., Rol N° 7.952-2008, que se encuentra en apelación de la sentencia de primera instancia, de la que conoce la Corte Suprema bajo el Rol de ingreso N° 7.779-2008. Rol N° 1.287-2009. Sentencia de fecha 8 de septiembre de 2009.*

Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Juez Presidente del Juzgado de Familia de Pudahuel, señor Carlo Marcelo Casaula Mezzano respecto del artículo 206 del Código Civil, en la causa RIT N° C-111-2009, seguida por investigación/reclamación de paternidad, caratulada “Muñoz con Muñoz”*. Rol N° 1.340-2009. Sentencia de fecha 24 de septiembre de 2009.

Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Agrícola Bauzá S.A. respecto de los artículos 124 y 125 del Código de Minería y 8º, inciso quinto, de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras, N° 18.097, en el juicio ante el Tercer Juzgado de Letras de Ovalle, Rol N° 85-2004, caratulado “Domancic Dragicevic, Drago, con Bauzá Álvarez, Lorenzo”*. Rol N° 1.284-2008. Sentencia de fecha 24 de septiembre de 2009.

Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de constitucionalidad de los diputados María Antonieta Saa, Enrique Accorsi y Ramón Farías respecto de “la Tabla de Factores contemplada en el artículo 38 TER de la Ley N° 18.933, de Isapres, que autoriza a éstas para modificar unilateralmente el precio de los planes –contratos– de salud...”, norma que actualmente corresponde al artículo 199 del D.F.L. N° 1, de Salud, de 2005*. Rol N° 1.444-2009. Sentencia de fecha 31 de diciembre de 2009.

#### JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA

Corte Suprema: *Recurso de Nulidad Jonathan Méndez Urra. Recurso de Nulidad*. Rol N° 5.420-2008. Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2008.

#### JURISPRUDENCIA CORTES DE APELACIONES

Corte de Apelaciones de Santiago: *Solicitud de desafuero del Diputado Guido Girardi Lavín*. Rol N° 2.257-2006. Sentencia de fecha 23 de agosto de 2006.

Corte de Apelaciones de Santiago: *Solicitud de desafuero del Senador Nelson Ávila Contreras*. Rol N° 7.714-2006. Sentencia de fecha 11 de diciembre de 2006.

#### LEYES

Ley N° 20.253, Modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana, y refuerza las atribuciones preventivas de las policías. Diario Oficial, 14 de marzo de 2008.

Ley N° 18.933, crea la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por ISAPRE y deroga el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de Salud, de 1981, Diario Oficial 9 de marzo de 1990.

Ley N° 17.997, Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, Diario Oficial 19 de mayo de 1981.

Ley N° 20.381, Modifica la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, Diario Oficial 28 de octubre de 2010.

#### DIARIOS

Diario *La Segunda*, 10 de septiembre de 2008.

Diario *El Mercurio*, 16 de noviembre de 2009.

