

Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad: requerimiento de jueces entre legalidad y constitucionalidad

Resumen

Este trabajo aborda la nueva acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en particular las características que presenta la legitimación activa conferida a los jueces para interponer esta acción, lo que se complementa con un análisis crítico de la jurisprudencia constitucional más reciente.

Palabras clave

Acción de inaplicabilidad, requerimiento de jueces, jurisprudencia constitucional, legitimación procesal.

Introducción

Con motivo del Seminario “Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, organizado por el Departamento de Derecho Público, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, abordaremos la nueva acción de inaplicabilidad instituida en el N° 6 del inciso primero e inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución Política de la República (en adelante CPR o simplemente Constitución) y, en particular, el “requerimiento de jueces” o “cuestión de inaplicabilidad”, es decir, la vía procesal de activación del Tribunal Constitucional por jueces, y los rasgos característicos que presenta la legitimación procesal activa conferida a los jueces para interponer esta acción de inconstitucionalidad vía un “requerimiento”, “oficio” o automotivado de inaplicabilidad, cuando abocados a una gestión seguida ante un tribunal ordinario o especial surgiese un duda razonable acerca de la constitucionalidad de un precepto legal que fuere derecho material del asunto sometido a su competencia. Luego, advertimos que la “autocuestión de inconstitucionalidad” del Tribu-

**Profesor Derecho Constitucional, Universidad de Chile y Universidad Diego Portales.*

nal Constitucional es una hipótesis de activación del control de normas aplicable a otros ordenamientos como el español.

También abordaremos críticamente una reciente jurisprudencia contradictoria acerca del binomio legalidad-constitucionalidad, es decir, por una parte, la doble vinculación a la Constitución y a la ley de los tribunales del fondo en virtud de los artículos 6º y 7º de la Carta. Esta doble vinculación es en primer lugar primaria a la ley sustantiva y adjetiva de los tribunales del fondo, confiriéndosele así sentido a la casación, y es en segundo lugar principal a la Constitución obligando a estos tribunales a una interpretación conforme a la Carta, agotando las posibilidades de una aplicación y hermenéuticas de las fuentes infraconstitucionales (v.gr. ley y tratados), y de esta manera solo impetran la “cuestión de inaplicabilidad” ante el Tribunal Constitucional cuando existiere una duda razonable acerca de la constitucionalidad de una norma legal que sea derecho material de un asunto sometido a su competencia. Por ello, la dilemática cuestión acerca de la vinculación del Tribunal Constitucional a la Constitución (Derecho de la Constitución) o su desvinculación de esta pasando a ser una vinculación a un lábil y amorfo “bloque de constitucionalidad” o “bloque constitucional de derechos”.

Asimismo, preliminarmente es menester precisar que el “requerimiento de jueces” es una novedosa opción del Poder Constituyente derivado de 2005, frente a un viejo tema del Derecho Procesal Constitucional; que tratándose del control abstracto de constitucionalidad postula conferir la titularidad y ejercicio expedito de la acción de inconstitucionalidad a las minorías en un proceso político democrático abierto (Kelsen¹). El control concreto de constitucionalidad abre la titularidad y ejercicio de la acción de inconstitucionalidad a las “partes” (acción o “recurso”) y al juez (“cuestión de inaplicabilidad”), y se instrumenta a través de un “requerimiento”, “oficio” o “auto motivado”. En materia de legitimación procesal activa parecen esclarecedoras las palabras de Nogueira Alcalá al respecto: “La legitimación activa en el ámbito de la jurisdicción constitucional es la capacidad procesal que le reconoce el Estado a una persona natural o jurídica, como asimismo a órganos o agentes del Estado, conforme establezca la Constitución o la ley, para actuar en procedimientos jurisdiccionales como demandantes, demandados, terceros o representantes de cualquiera de ellos. La legitimación activa para accionar varía de acuerdo con la naturaleza del procedimiento (abstracto o concreto) y la configuración de los contenciosos constitucionales, pudiendo clasificarse en cuatro los grupos legitimados, ellos son: determinadas autoridades u órganos constitucionales; un número o porcentaje de parlamentarios que integran una de las Cámaras o la Asamblea legislativa, los jueces ordinarios; las personas que tengan un interés legítimo; cualquier persona (acción pública)”. Agrega

¹ Kelsen, Hans (2001): *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)* (trad. Rolando Tamayo Salmorán) México: Universidad Nacional Autónoma de México.

este autor que la legitimación debe ser situada en el tipo específico de control de constitucionalidad de que se trate: “El control abstracto funciona como un procedimiento contra normas infraconstitucionales, especialmente leyes o normas con fuerza del ley o normas que deriven directamente de la Constitución, además pueden agregarse normas administrativas. En tales procesos se impugnan tanto vicios formales derivados de la creación de las normas como materiales derivados de su conformidad o no con la Carta Fundamental, control que puede concretarse durante el proceso de formación de la norma (control preventivo) o una vez que la norma jurídica se encuentra incorporada al ordenamiento interno (control represivo)[...]. Es necesario distinguir entre la declaración de inconstitucionalidad del contenido de la norma y sus efectos jurídicos, los cuales pueden ser solamente de inaplicación o bien de eliminación del enunciado normativo del ordenamiento jurídico. Ello depende de cada ordenamiento jurídico en particular, como asimismo, de los efectos que pueda darle el respectivo Tribunal Constitucional a sus fallos”².

La configuración de la nueva acción de inaplicabilidad confiere legitimación procesal activa a las “partes” o “intervinientes”, o bien al “juez”, vías que comúnmente se denominan en los usos forenses “recurso” y “cuestión de inaplicabilidad”, respectivamente, o genéricamente “requerimiento”, en la gestión seguida ante un tribunal ordinario o especial. De la información extraída de las Memorias de Tribunal Constitucional (2006, 2007 y 2008)³, podemos señalar que del total de ingresos de causas a esta Magistratura, un 85% equivale a requerimientos de inaplicabilidad, a saber: 206 causas el año 2006 (admisibles 108), 286 causas el año 2007 (admisibles 69) y 235 causas el año 2008 (admisibles 139); y del total para el período, 175 requerimientos corresponden a jueces (Corte Suprema, 131; Corte de Apelaciones de Iquique, 4; Corte de Apelaciones de Temuco, 3; Corte de Apelaciones de Talca, 5; Corte de Apelaciones de San Miguel, 13; Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 3; Corte de Apelaciones de Concepción, 3; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1; y juzgados, 12). Estas cifras demuestran que la intervención de jueces en la activación del proceso de constitucionalidad, conducente al control jurisdiccional, concreto, represivo y facultativo de constitucionalidad de la ley que hace posible la inaplicabilidad, es secundaria y en lo grueso circunscrita a “causas tributarias” del artículo 116 del Código Tributario, si se le compara con la actividad desplegada por las partes.

En suma, la acción de inaplicabilidad como vía para abrir el proceso de consti-

² **Nogueira Alcalá**, Humberto (2006): *Justicia y Tribunales Constitucionales en América del Sur*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, pp. 221-222.

³ **Tribunal Constitucional** (2007): *Memoria 2006*. Véase también **Tribunal Constitucional** (2009): *Memoria 2007-2008*. Además, **Cea Egaña**, José Luis (2007): “Un año de labor del Tribunal Constitucional”. Discurso leído en la presentación de la Memoria del Tribunal Constitucional correspondiente al año 2006, realizada el 12 de abril de 2007.

tucionalidad activada por los jueces, muy poco nos dice de la apertura de estos a una cultura jurídica sensible a la Constitución como subsistema normativo ius-fundamental y, conjeturalmente, mucho nos dice de una cultura jurídica fuertemente “legiscentrista”. Bajo esta afirmación, en gran medida conjetural, late una crítica a los “jueces burócratas”, pero también una defensa del “juez esclavo de la ley”, como afirmara nuestro Bello, porque la vinculación a legalidad de los jueces permite separar el instituto de la “casación” del “control de constitucionalidad” en dos Judicaturas (Corte Suprema y Tribunal Constitucional) y reforzar la legitimidad instrumental o burocrática de los jueces al quedar vinculados en último término al principio democrático en la medida que la “ley parlamentaria” es expresión de la voluntad de las cámaras del Congreso Nacional y del Presidente de la República colegislador, órganos que resumen la representación política de la ciudadanía, aún con la mediación de los partidos políticos y el mercadeo político profesional o *lobby*.

Los problemas más sustantivos arrancan de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional que vamos a analizar por vía ejemplar, la que no termina por cuajar una fórmula para el binomio legalidad-constitucionalidad y la vinculación al ordenamiento jurídico de los tribunales del fondo y del Tribunal.

I. Acción de inaplicabilidad y legitimación procesal

1. La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

1.1. Concepto

Esta institución está actualmente regulada en el artículo 93, inciso primero N° 6 e inciso undécimo de la Constitución. Es un tipo de control de constitucionalidad jurisdiccional, concreto, represivo y facultativo; es decir, control jurisdiccional (modalidad de control jurídico que de suyo somete al juzgador al uso de reglas de argumentación y hermenéutica propias del control jurídico de un tribunal) por cuanto el Tribunal Constitucional, como órgano de control de constitucionalidad, ejerce una jurisdicción de naturaleza jurídica y orgánica con competencias “ajenas a decisiones sobre conflictos de intereses particulares o a casos concretos con contradictorio propios de la jurisdicción ordinaria”; control concreto por estar ligado a los extremos fácticos del caso en que la aplicación del precepto legal resulte contraria a la Constitución; control represivo porque concierne a preceptos legales, es decir, normas de rango legal que son parte del ordenamiento jurídico, o que producen efectos en situaciones o relaciones jurídicas, lo que permite admitir este control respecto de normas legales derogadas, pero con eficacia o vigencia con plazo de espera o simplemente vigencia ultraactiva y, al mismo tiempo, rechazar este control respecto de normas sometidas en su eficacia o vigencia a “*vacatio legis*”; y, por último, es un control facultativo, ya que,

tiene como sujetos activos legitimados a las partes y al juez, quienes actúan vía requerimiento o recurso, cuando se trata de parte como impropia se habla, o vía “cuestión de inaplicabilidad” respectivamente.

1.2. Características de esta acción constitucional

La acción de inaplicabilidad instaura ante el Tribunal Constitucional un proceso de constitucionalidad en que se verifica un control jurisdiccional, concreto, represivo y facultativo, según se ha expuesto. Es jurisdiccional porque el Tribunal Constitucional es un órgano de control de constitucionalidad que ejerce una jurisdicción de naturaleza jurídica y orgánica que, en esta materia, ejerce competencias “ajenas a decisiones sobre conflictos de intereses particulares o a casos concretos con contradictorio propios de la jurisdicción ordinaria”. En consecuencia, se trata de una acción constitucional, ejercida ante un Tribunal dotado de la jurisdicción y competencia para resolver un conflicto constitucional derivado de la infracción de la Constitución por normas legales, medidas en su aplicación al caso concreto.

Actualmente, la acción de inaplicabilidad sumada a la cuestión de inconstitucionalidad, integran la competencia exclusiva y privativa del Tribunal Constitucional que asume en plenitud la competencia de control concreto y control abstracto de normas legales vigentes, dejando de compartir el control de constitucionalidad con la Corte Suprema.

El objeto de esta acción de inaplicabilidad es la no aplicación de un precepto legal a una gestión seguida ante un tribunal ordinario o especial, cuando la aplicación de este precepto resulte contraria a la Constitución. Cobra importancia en esta acción, más allá de la posible inconstitucionalidad de la norma, la circunstancia que su aplicación al caso concreto, pueda resultar contraria a la Constitución, con lo cual el Tribunal Constitucional deberá prestar especial atención al mérito del proceso al interior del cual dicha norma legal impugnada podrá ser eventualmente aplicada. Se trata de un control de constitucionalidad concreto y no abstracto. La causa de pedir, usando una vieja expresión procesal, consiste en una norma legal, cuya aplicación al caso particular, produce una contradicción con la Constitución.

En su configuración anterior a la reforma constitucional de 2005, la acción de inaplicabilidad, para la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, poseía un carácter jurídico y abstracto, meramente doctrinario como reiteradamente se afirmó, toda vez que la inconstitucionalidad es un asunto de derecho. El fallo que se dictaba en el recurso no resolvía ninguna de las cuestiones que son materia de la controversia judicial en que él incidía y debía limitarse a decidir si la aplicación de la ley objetada de inconstitucionalidad al caso en concreto, era o no contraria, substancialmente, a la Carta Fundamental, pero no implicaba una declaración de inconstitucionalidad de efecto personal *erga omnes* de la norma impugnada.

Como lo sostiene reiteradamente la actual jurisprudencia del Tribunal Constitucional la acción de inaplicabilidad configurada en el actual artículo 93, inciso primero, N° 6 de la Constitución, responde en puridad a un esquema nuevo o distinto del tradicional de la Constitución de 1925 (artículo 86) y de la Constitución de 1980 (artículo 80), de un control concreto de constitucionalidad, en el cual los aspectos de hecho de la gestión judicial en que incide, resultan claves para construir el juicio de legitimidad constitucional de la norma legal impugnada, sometiendo al proceso de constitucionalidad a una inevitable casuística. Asimismo, debemos subrayar dos características de la acción de inaplicabilidad que el Tribunal Constitucional repetidamente señala: la acción instaura un proceso de constitucionalidad, que configura un control jurisdiccional, represivo, facultativo y concreto, y no un proceso de amparo de derechos fundamentales y, además, esta acción no es la vía procesal idónea para impugnar resoluciones judiciales de los tribunales del fondo, ordinarios o especiales, con la finalidad de revocar, enmendar, revisar, casar o anular estas, ya que, las cuestiones de mera legalidad son ajenas a este instituto y la subordinación al imperio de la ley por estos tribunales es una materia que compete exclusivamente a estos tribunales y al sistema recursivo establecido en las leyes de enjuiciamiento civil y criminal. (SSTC, roles N° 493/2006 (cons. 6°), 2ª Sala, de 27 de abril de 2006; N° 503/2006; N° 587/2007; N° 794/2007, 2ª Sala, de 12 de junio de 2007; N° 1.217/2008, de 31 de enero de 2009; N° 1.344/2009, 2ª Sala, de 26 de marzo de 2009; y N° 1.416/2009, 1ª Sala, de 14 de julio de 2009); como también ocurre con el “pronunciamiento valorativo sobre hechos litigiosos de la gestión pendiente” (SSTC roles N° 1.416/2009, cons. 20°, 1ª Sala, de 14 de julio de 2009; N° 1.130/2008, de 7 de octubre de 2008; N° 1.210/2008, 1ª Sala, de 11 de septiembre de 2008; N° 1.266/2008, de 29 de enero de 2009; y N° 1.324/2009, Sala de Turno, de 12 de febrero de 2009).

En consecuencia, no se puede seguir predicando el carácter abstracto o meramente “doctrinario” de esta acción de impugnación como lo señalaba reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema en el marco del artículo 80 de la Constitución antes de la reforma de 2005 y del artículo 86 de la Constitución de 1925. La distinción entre control concreto y control abstracto de constitucionalidad, pasa por definir el alcance del juicio de legitimidad constitucional que hace el Tribunal en el proceso de constitucionalidad y que aquilata en la sentencia; distinción que arranca del conflicto Constitución-norma infraconstitucional, Constitución-norma legal-aplicación con resultados contrarios a la Constitución y, a partir del conflicto determina el empleo de reglas hermenéuticas y la argumentación misma. De esta suerte, en el control concreto de constitucionalidad: *“[...] las características y circunstancias específicas y particulares del caso concreto adquieren especial relevancia al momento de resolver esta acción [...], habida consideración de que la decisión judicial recae respecto de la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto legal impugnado pueda tener en cada caso concreto, de modo que no se trata de una declaración abstracta y universal,*

desvinculada de la gestión judicial que la motiva” (v. gr. STC rol N° 616/2006, cons. 51°, de 6 de septiembre de 2007; también SSTC roles N° 480/2006, de 27 de julio de 2006 y N° 546/2006, de 17 de noviembre de 2006).

En efecto, la reforma constitucional de 2005 separó la acción de inaplicabilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, aunque haciendo a esta última dependiente de la primera, en cuanto se requiere sentencia estimatoria como uno de los presupuestos procesales de la cuestión de inconstitucionalidad, siendo hoy día posible que el Tribunal Constitucional declare con efecto general, por una mayoría cualificada de cuatro quintos de sus miembros en ejercicio⁴, la inconstitucionalidad de un precepto legal que previamente ha sido declarado inaplicable por el mismo Tribunal conociendo de la acción de inaplicabilidad.

La inaplicabilidad requiere una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial, en la que un precepto legal resulte decisivo para la resolución del asunto sometido a ese tribunal, es decir, debe tratarse de derecho material, sea “*lex decisoria litis*”, “*lex probatoria litis*” o “*lex ordenatoria litis*”; debiendo el actor fundar razonablemente la contradicción que el precepto legal impugnado tiene con la Constitución y, por ende, los vicios de forma, materia o competencia que transforman a dicho precepto legal en inaplicable. Esta declaración de inaplicabilidad, de efecto interpersonal relativo o *inter partes* y de efecto temporal “*ex tunc*”, pro pretérito o retroactivo, difiere de la declaración de inconstitucionalidad prevista en el artículo 93 N° 7° de la Carta Fundamental, que anula o invalida el precepto legal, con efecto *erga omnes* o general y efecto temporal “*ex nunc*” o pro futuro. De este modo, el Tribunal Constitucional tiene una herramienta para graduar la cosa juzgada de la sentencia constitucional estimatoria al transitar del control concreto al control abstracto. En esta graduación el Tribunal está consciente de cumplir un rol en el sistema político-institucional, lo que hace complejo el ejercicio de pasar del control concreto al control abstracto de constitucionalidad.

Asimismo, la acción de inaplicabilidad, objeto de sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional, es el presupuesto procesal de nuestra bastante original “cuestión de inconstitucionalidad”.

Un problema distinto es si la distinción, archirrepetida en la jurisprudencia del Tribunal, entre control concreto (acción de inaplicabilidad) y control abstracto

⁴ La doctrina ha señalado importantes críticas referidas al altísimo quórum de cuatro quintos de sus miembros en ejercicio establecido para la declaración de inconstitucionalidad. Véase **Nogueira Alcalá**, Humberto (2005): “El Control Represivo Concreto y Abstracto de Inconstitucionalidad de Leyes en la Reforma Constitucional 2005 de las Competencias del Tribunal Constitucional y los Efectos de sus Sentencias”, en: **Zúñiga Urbina**, Francisco (Coord.): *Reforma Constitucional*. Santiago: LexisNexis, p. 601; **Gómez Bernaldes**, Gastón (2005): “La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno”, en: **Zúñiga Urbina**, Francisco (Coord.): *Reforma Constitucional*. Santiago: Lexis Nexis, pp. 682-683.

(cuestión de inconstitucionalidad) es consistente con las reglas hermenéuticas y argumentativas empleadas por esta Judicatura al realizar el examen de legitimidad constitucional, cuestión que hemos abordado en otro lugar.

1.3. *Iniciativa para promoverla*

En cuanto a la legitimación procesal activa para pedir la inaplicabilidad, corresponde a una de las partes de la gestión, admitiendo a los litisconsortes (recurso o requerimiento de inaplicabilidad), la que deberá acompañar un certificado del tribunal de la gestión con menciones preceptivas, o por el propio “juez” que conoce de ella a través de un “oficio” o auto motivado (cuestión de inaplicabilidad), acompañando copia de las piezas principales del expediente, indicando nombre, domicilio y apoderados de las partes, todo lo que supone que la norma le suscite dudas al juzgador en cuanto a su constitucionalidad (nuevo artículo 47 A LOCTC, Ley N° 17.997 modificada por Ley N° 20.381). Pueden ser partes de un asunto contencioso, como no contencioso, en el cual hay interesados, que es quien promueve el asunto y a quien afecta los resultados de la declaración que pretende. Este concepto de parte comprende, por tanto, a la pluralidad de partes activas y pasivas, y al litis consorcio en sede civil, terceros, coadyuvantes, excluyentes o independientes (partes tardías). En el Código Procesal Penal se utilizan los términos “sujetos procesales” e “intervinientes”, los cuales deben ser asimilados al término “partes” y, en el mismo sentido, en el nuevo proceso penal, el profesor Colombo plantea la dificultad de emplear el término “partes”, por la eventual amplitud que posee a partir de la matriz imputado-Estado-víctima⁵.

Una novedad en esta materia consiste en la posibilidad de que quien asuma la iniciativa de promover la acción de inaplicabilidad sea el propio “juez” de la causa. Antes de la reforma constitucional de 2005, promulgada por la Ley N° 20.050, el juez de la causa estaba obligado a aplicar la ley vigente, por imperativo del principio de legalidad referido a la decisión jurisdiccional. En un sistema de jurisdicción legal como impera en Chile, el juez debe fallar con arreglo a derecho, es decir, debe aplicar la ley sin calificar su justicia o injusticia, su ajuste

⁵ **Colombo Campbell**, Juan (2006): “El requerimiento de Inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional. Artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República”. Santiago: Mimeo, pp.15-16, ponencia presentada en Seminario sobre Temas de actualidad organizado en la Pontificia Universidad Católica de Chile. También de Colombo (2009): “Enfoques conceptuales y caracterización del Derecho Procesal Constitucional a principios del siglo XXI” en libro colectivo coordinado por H. Nogueira A. “La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho” CECOCH- Librotecnia, Santiago, pp. 103-150. Del mismo autor (2008): “La suspensión del procedimiento como medida cautelar en la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley”, en: *Tribunal Constitucional*, serie Cuadernos, N° 37. También para una visión general de la reforma constitucional de 2005 en esta materia es valioso el trabajo del magistrado **Navarro Beltrán**, Enrique (2006): “El Tribunal Constitucional y las reformas constitucionales de 2005”, en: *Revista de Derecho Público*, N° 68. Santiago: Universidad de Chile, pp.11-31.

o desajuste respecto de la Carta Fundamental; sin perjuicio de disponer de un margen de creación jurisprudencial en virtud de reglas hermenéuticas a las que está sometido.

Dado que, en Chile, el sistema de control de constitucionalidad imperante desde 1925, que pasa a ser dual en 1970, es de tipo concentrado, el juez o tribunal del fondo nunca tuvo ni actualmente tiene la competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma legal, sino que –si el mérito del proceso lo exige– debe aplicarla lisa y llanamente. Pero a menos que la inaplicabilidad fuese declarada por la Corte Suprema, de oficio o a solicitud de alguna de las partes, el juez no tenía más posibilidad que aplicar la norma legal al asunto que estaba conociendo, estando en juego su responsabilidad penal ministerial inclusive. Después de la reforma constitucional, si la aplicación del precepto legal genera dudas en cuanto a su constitucionalidad, encontrándose pendiente el asunto que debe resolver, el propio juez puede promover la acción de inaplicabilidad de oficio (“cuestión de inaplicabilidad”)⁶.

A partir de la distinción entre el concepto de “tribunal” y el de “juez” y dado el tenor del artículo 93, inciso undécimo de la Constitución, el profesor Colombo Campbell ha planteado que “puesto que la Constitución establece como sujeto legitimado al juez, y no al tribunal (...) [ello] llama a preguntarse si, eventualmente, un juez de un tribunal colegiado podría individualmente plantear un requerimiento de inaplicabilidad, o si por el contrario, siempre debiera exigirse la mayoría necesaria para formar la sentencia en la que se inaplicaría el precepto [por lo que estima que] esta materia al igual que otras, deberá ser objeto de resolución del Tribunal Constitucional”⁷.

La legitimación procesal activa del “juez” a nuestro juicio abre la titularidad y ejercicio de la acción (“cuestión”) a todo magistrado (juez, ministro, titular o no) que sirva un órgano que ejerza jurisdicción, apertura del término coherente con el artículo 19 N° 3 de la Constitución. Luego, el “juez” puede servir tribunales unipersonales o colegiados, en tribunales ordinarios o especiales (integrados al Poder Judicial o sometidos a la superintendencia de la Corte Suprema y tribunales de Justicia Electoral) o incluso funcionarios u órganos de la Administración del Estado (“Administración Jurisdiccional”) revestidos de atribuciones jurisdiccionales, como ocurre con el “juez tributario” figura iuris admitida por el Tribunal

⁶ Se ha planteado que, atendiendo al tenor del artículo 93, el juez de la instancia tiene la opción, y no la obligación, de promover la inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, como asimismo, ante la convicción de que la aplicación de un precepto legal es contraria a la Constitución, simplemente no debe aplicarlo de acuerdo con el actual artículo 93 en relación con el mandato del artículo 6° de la Constitución Política de la República. Véase **Martínez Estay**, José Ignacio (2005): “Recurso de Inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y Juez Ordinario en la Reforma Constitucional”, en: **Nogueira Alcalá**, Humberto (Coord.): *La Constitución reformada de 2005*, pp. 465-466.

⁷ **Colombo Campbell**, Juan (2006): Ob. cit., p. 16.

con motivo de la jurisprudencia relativa al artículo 115 del Código Tributario. De esta manera, en los tribunales colegiados podrá deducir la acción de inaplicabilidad el colegio de jueces o el juez disidente o previniente.

Finalmente, debemos agregar que el “requerimiento”, sea “recurso” de parte u “oficio” de juez legitimado, deberá contener “[...] una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas” (nuevo artículo 47 B). El cumplimiento de estos requisitos indicados en los artículos 47 A y 47 B de la LOCTC, son preceptos esenciales a cumplir para ser acogido a tramitación, decisión que se expresa mediante “resolución fundada”, debemos entender de sala del Tribunal. Esta calificación previa a la admisibilidad: admisión a tramitación es una creación de la ley orgánica constitucional reformada, que es antecedida por una práctica judicial del Tribunal Constitucional, por aplicación del antiguo artículo 41 de la Ley N° 17.997.

1.4. Oportunidad para promoverla

El artículo 93 N° 6 de la Constitución no señala la oportunidad en que debe interponerse el recurso de inaplicabilidad; sin embargo, de su texto se colige que puede ser interpuesto por las partes mientras exista una gestión pendiente, esto es, mientras la sentencia no se encuentre firme (amparada por la cosa juzgada material o formal) o bien, si es un asunto incidental, mientras este no se encuentre “agotado procesalmente” y, por el juez, “hasta antes de dictar sentencia y antes de que se produzca el desasimio del tribunal en la causa”⁸. Confirma esta afirmación el artículo 47 C de la LOCTC.

1.5. La gestión en la cual incide

El nuevo artículo 47 C de la LOCTC dispone que el “requerimiento” de que se trate “[...] podrá interponerse respecto de cualquier gestión judicial en tramitación, y en cualquier oportunidad procesal en que se advierta que la aplicación de un precepto legal que pueda ser decisivo en la resolución del asunto resulta contraria a la Constitución”. Resulta llamativo del precepto transcrito dos restricciones: primero, el empleo del término “gestión judicial”, cuando el artículo 93 emplea el término “gestión” pendiente seguida ante un tribunal ordinario o especial y, segundo, el que el precepto legal pueda ser decisivo en la resolución” del asunto”, lo que ha sido objeto de un entendido en la STC rol N° 1.288/2008, de 25 de agosto de 2009, sentencia de autocontrol de constitucionalidad de la “ley adecuadora” de

⁸ Gómez Bernales, Gastón (2005): Ob. cit., p. 676.

la LOCTC (Ley N° 20.381), para salvar su constitucionalidad: entendido que designa “un asunto” cualquiera que se promueva en la gestión: lo resuelto está en concordancia con la propia jurisprudencia en sede de inaplicabilidad, que se abre a cuestiones principales o accesorias o incidentales promovidas ante un tribunal ordinario o especial.

Igual como acontecía antes de la reforma constitucional de 2005, la expresión “gestión” debe ser tomada en sentido amplio, comprendiendo causas “civiles” y “criminales”, contenciosas o no contenciosas, incluso procedimientos administrativo-disciplinarios seguidos por tribunales⁹. Recordemos que la Constitución de 1925 hablaba de “juicio” en vez de “gestión judicial”. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia interpretaron este concepto en sentido amplio, entendido como toda “gestión o reclamo que tienda a obtener el pronunciamiento de un tribunal para establecer, fijar o aclarar determinadas situaciones jurídicas”. Por esta razón, la Constitución de 1980 sustituyó el término “juicio” por “gestión” en el primitivo artículo 80.

La gestión judicial debe encontrarse pendiente y no fallada. Esta exigencia se explica porque, si el asunto se encuentra terminado, la jurisdicción se encuentra agotada, lo que hace innecesaria esta acción constitucional y carente de presupuesto procesal básico. Por ello, la acción de inaplicabilidad debe ser promovida dentro de los límites de la *litis* o gestión; comprendiendo en dicho término (*litis*), tanto la cuestión principal o de la cuestión accesorio o incidental en que se verifica la aplicación del precepto legal que se impugna¹⁰.

1.6. La norma legal impugnada

La expresión “precepto legal”, comprende la ley, la legislación delegada y la legislación irregular en general, preconstitucional y postconstitucional, por lo que como veremos más adelante la inconstitucionalidad sobrevenida o “derogación” de una norma legal es comprendida en el control de constitucionalidad, y no en el campo de la legalidad. Como veremos más adelante, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional emplea un concepto de “precepto legal” equivalente a regla de derecho, con unidad lingüística y de significado e independiente del enunciado normativo mismo. En un sentido similar lo plantea Gómez tempranamente al distinguir entre el control de preceptos legales y el control de

⁹ La Constitución de 1925 hablaba de “juicio” en vez de “gestión judicial”. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia interpretaron este concepto en sentido amplio, entendido como toda “gestión o reclamo que tienda a obtener el pronunciamiento de un tribunal para establecer, fijar o aclarar determinadas situaciones jurídicas”. La Constitución de 1980 sabido es que sustituyó el término “juicio” por “gestión” en el primitivo artículo 80.

¹⁰ Cabe tener presente que la Sala respectiva del TC junto con evaluar la admisibilidad de la acción, se encuentra facultada para decretar la suspensión del procedimiento o gestión en la cual incide la acción, de modo que la sentencia de inaplicabilidad no sea anulada en sus efectos directos e indirectos por la cosa juzgada producida en la gestión ante el tribunal del fondo.

enunciados legales, y para ello emplea el concepto de “precepto legal”, como producto de la interpretación, ya que, a su juicio, la inaplicabilidad funciona como “control de interpretaciones o significados de los enunciados (normas) aplicables a casos”; por lo que, ciertamente, la eventual sentencia estimatoria lo que hace es declarar inaplicables por inconstitucionalidad la o las interpretaciones o significados de las normas en referencia al caso concreto. Ello obliga al Tribunal a un ejercicio anticipatorio e hipotético acerca de la decisión del tribunal del fondo, que es llamado a aplicar la norma, realizando una interpretación de esta, que por obra del control concreto debe ser excluida por el juzgador.

A juicio de la mayoría de la doctrina, no cabe el control represivo y facultativo de los tratados internacionales, ya que, estos no se encuadran en el concepto de ley, sino que son una fuente de derecho internacional incorporada al derecho interno, pero cuya validez arranca de dicho orden internacional y en la que solo la aprobación parlamentaria de los mismos se somete a “los trámites de una ley”, conforme con el artículo 54 N° 1° de la Constitución, sin perjuicio del control abstracto, obligatorio y preventivo encomendado al Tribunal Constitucional sobre normas de un “tratado que versen sobre materias propias” de leyes orgánicas constitucionales (artículo 93 N° 1 C.P.R.) o del control abstracto, facultativo y preventivo encomendado a la misma Magistratura (artículo 93 N° 3 C.P.R.).

Congruente con dicho razonamiento, el proyecto de ley que modifica la LOC del Tribunal Constitucional, excluye a los tratados del control concreto-abstracto represivo en sede de acción de inaplicabilidad y de la cuestión de inconstitucionalidad, pues: “Un predicamento contrario expone al Estado de Chile a una responsabilidad de derecho internacional, en el evento que decida privar de eficacia a las normas de un tratado, los que en este punto se rigen por los principios de *pacta sunt servanda* y *bona fides*, caros principios de derecho internacional general incorporados a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1979¹¹”. Sin embargo, la STC rol N° 1.288/2008, de 25 de agosto de 2009, recaída en el autocontrol preventivo y obligatorio de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional dispone la declaración de inconstitucionalidad del artículo 47 B y la frase “o respecto de disposiciones de un tratado internacional vigente” comprendida en el artículo 47 G (47 F, Ley N° 20.381), inciso primero N° 4°, todos del artículo único, N° 57; con lo cual queda abierto el control jurisdiccional, represivo y concreto de constitucionalidad de cláusulas o disposiciones de tratados internacionales, al quedar encuadrados dentro del término “precepto legal” y la necesidad de complitud del control de supremacía constitucional; aunque cierra la posibilidad del

¹¹ Sobre la materia ver: **Nogueira Alcalá**, Humberto (2007): “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional” y **Ribera Neumann**, Teodoro (2007): “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”, en: *Revista Estudios Constitucionales*, Año 5, N° 1, pp. 59 y ss.; y 89 y ss., respectivamente.

control jurisdiccional, represivo y abstracto vía cuestión de inconstitucionalidad (cons. 35° a 62°).

La expresión “precepto legal” antes referida, también comprende los decretos con fuerza de ley propiamente tales, dictados en ejercicio de una delegación de facultades legislativas otorgada por el Congreso Nacional (artículo 64 C.P.R.), decretos con fuerza de ley que fijan textos refundidos, coordinados y sistematizados de las leyes, decretos que en la actualidad tienen una habilitación constitucional en virtud de la reforma constitucional del año 2005, como se desprende del artículo 64, inciso quinto, de la Constitución. También cabe dentro de la expresión “precepto legal” los decretos con fuerza de ley dictados por el Presidente de la República en virtud del acuerdo aprobatorio dado por el Congreso Nacional a un tratado internacional y para su debida ejecución, todo en virtud del inciso final del N° 1 del artículo 54 de la Constitución.

1.6.1. Contradicción entre la aplicación del precepto legal impugnado y la Constitución

En cuanto a la entidad de la contradicción entre el precepto legal impugnado y la Carta Fundamental, la jurisprudencia de la Corte Suprema afirmaba que debía ser tal, que para declarar la inaplicabilidad, la coexistencia entre ambas normas, legal y constitucional, debía ser imposible, por contener normas o finalidades jurídicas contrapuestas al ser aplicadas a un negocio determinado¹².

Sin embargo, como reiteradamente lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, debemos tener presente que si la acción de inaplicabilidad importa un control concreto de constitucionalidad, la contradicción debe ser el resultado de la “aplicación” del precepto legal impugnado al asunto específico en que se constituye en derecho material aplicable. Por el contrario, y en la medida que en la cuestión de inconstitucionalidad hay un control abstracto –derivado del previo control concreto por vía de acción de inaplicabilidad– la contradicción del precepto legal con la Constitución debe ser total, en el sentido antes señalado.

Esto significa, además, que la inaplicabilidad debe concernir a preceptos legales susceptibles de ser aplicados, es decir, dotados de eficacia o vigencia, lo que nos lleva a admitir la posibilidad de impugnar preceptos legales derogados expresa, tácita u orgánicamente, pero vigentes por tener un plazo de espera o poseer vigencia ultraactiva y a no admitir la posibilidad de impugnar preceptos legales sometidos en su eficacia o vigencia a una regla de “*vacatio legis*”. Esta posición es recogida, a propósito de irretroactividad de la declaración de inconstitucional-

¹² Ver sentencia de la Corte Suprema citada por el *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, Constitución Política de la República de Chile* (1993) Santiago: Editorial Jurídica de Chile, jurisprudencia del artículo 80, número 2, letra a), p. 212.

lidad del artículo 116 del Código Tributario y sus efectos en requerimientos de inaplicabilidad pendientes, por los ministros disidentes señores Fernández Fredes y Correa en la STC rol N° 659/2006, de 23 de octubre de 2007, fundamentos 1° a 9°. Tratándose de cláusulas o disposiciones de tratados internacionales, encuadradas pretoriamente por el Tribunal en el concepto de “precepto legal”, se plantea la duda de si su vigencia es la que determina el derecho interno o el derecho internacional, en la medida que la jurisprudencia de este órgano reconoce que es una fuente formal de derecho internacional.

La mencionada aplicación del precepto legal, decisiva en la resolución de un asunto, debe tener resultados contradictorios con la Constitución, lo que obliga a un ejercicio, por el Tribunal, anticipatorio e hipotético acerca del precepto legal en su aplicación al caso concreto. Tal ejercicio está fuertemente implicado con las “circunstancias fácticas del caso concreto”, y determinante en la definición misma del control concreto de normas (STC rol N° 1.295/2008, de 6 de octubre de 2009, cons. 21°).

En relación al ejercicio hipotético propio del control concreto, el señor ministro Fernández Baeza, en prevención a la STC rol N° 480/2006, de 27 de julio de 2006, sostiene que también procede la inaplicabilidad respecto de preceptos legales “por aplicar”, generándose una doble situación hipotética: “la aplicación futura y sus eventuales resultados”.

1.6.2. Trascendencia de la norma impugnada

Los preceptos legales impugnados deben ser aplicables al negocio judicial de que se trate. Y no solo deben ser aplicables, sino que dicha aplicación debe ser trascendente, esto es, la aplicación del precepto legal impugnado puede resultar “decisivo” en la resolución del asunto materia del proceso.

Ello importa que el Tribunal Constitucional deba establecer hipotéticamente que la norma es derecho material en la gestión y también decisiva en la resolución de la gestión, es decir, el precepto legal impugnado debe tener influencia en lo dispositivo de la sentencia o resolución judicial referida a la cuestión principal o cuestiones accesorias o incidentales. Como en la práctica jurisprudencial se desliza este ejercicio hipotético, de una decisión judicial adoptada por un tribunal del fondo, tanto la admisibilidad de la inaplicabilidad por una de las salas del Tribunal como la decisión misma son fuertemente hipotéticas y ello mismo incide en la debilidad de los efectos directos e indirectos de la sentencia constitucional en los tribunales del fondo.

1.7. La cosa juzgada que produce la sentencia

La sentencia estimatoria o desestimatoria dictada por el Tribunal Constitucional en sede de inaplicabilidad produce efectos relativos, acotados a la gestión judicial

que la motivó y respecto de quienes tienen la calidad de partes en dicha gestión. En consecuencia, produce cosa juzgada en la gestión que motivó la declaración del Tribunal Constitucional –cualquiera sea el contenido de la declaración que formula la sentencia– y, en todo caso, acotada a las partes de dicha gestión.

La sentencia del Tribunal en el control de constitucionalidad, ejercido conforme con las competencias previstas en el artículo 93 N^{os} 6^o y 7^o de la Constitución, puede ser estimatoria o desestimatoria de la acción ejercitada.

La sentencia desestimatoria no agrega ninguna cualidad especial al precepto legal cuya inaplicabilidad se desestimó, toda vez que este goza de una presunción de legitimidad constitucional, una presunción “*iuris tantum*”. Se trata de una sentencia que tiene una naturaleza declarativa. La cosa juzgada que genera esta clase de sentencias impide al actor de la acción de inaplicabilidad desestimada, renovar su pretensión ante el Tribunal Constitucional respecto de la misma gestión pendiente y por el mismo capítulo de impugnación, lo que el legislador orgánico consagra hoy como una regla (artículo 47 L LOCTC).

En cambio, la sentencia estimatoria, en sede de inaplicabilidad, conlleva la inaplicación del precepto legal impugnado en la gestión pendiente que le sirvió de presupuesto procesal, por el tribunal ordinario o especial que conoce la gestión referida. Y, en tal medida, tiene un efecto personal relativo –acotado a las partes de dicho juicio o gestión– y también un efecto temporal “*ex tunc*” o retroactivo. En consecuencia, se trata de una sentencia que, a partir de su dictación y notificación, produce efectos constitutivos de una situación jurídica que impide aplicar el precepto legal declarado inaplicable debiendo el Tribunal indicar “[...] de qué modo su aplicación en la gestión pendiente de que se trata resulta contraria a la Constitución” (artículos 47 M y 47 K LOCTC).

Usando una licencia lingüística y jurídica, la sentencia estimatoria de inaplicabilidad puede tener efectos indirectos, un efecto o alcance revocatorio o, en su caso, casatorio, en el evento que en dicha gestión se haya dictado sentencia definitiva o interlocutoria fundada en el precepto legal declarado inaplicable *ex post*. Ello porque la sentencia que declara la inaplicabilidad conlleva un mandato para los jueces que se encuentren actualmente conociendo de tal gestión, en sede de recursos de apelación o casación, de tal modo que dichos jueces deberán necesariamente revocar o casar en el fondo, incluso de oficio, dicha sentencia. En este sentido, el Tribunal Constitucional se erige en una suerte de tribunal de “super casación” y, funcionalmente hablando, supraordenado al Poder Judicial y a la Justicia Electoral, en el sentido que, en lo que respecta al control de constitucionalidad de una norma legal, la única y última palabra la tiene el Tribunal Constitucional.

De manera que si prospera la acción de inaplicabilidad, siendo declarada inaplicable una norma legal a una gestión determinada, en razón de que su aplicación

resulte contraria a la Constitución, esa sentencia dictada por el Tribunal Constitucional producirá cosa juzgada en la gestión judicial concernida, quedándole al juez de la causa vedado jurídicamente la posibilidad de aplicarla, circunstancia que lo obligará a resolver el asunto con cargo a otra norma legal o, en su defecto, tratándose de un asunto de naturaleza contenciosa civil, con cargo a los principios de equidad aplicables, en su caso, toda vez que se encuentra vinculado por el principio de la inexcusabilidad que predica el artículo 76, inciso segundo de la Carta Fundamental; el artículo 10, inciso segundo, del Código Orgánico de Tribunales y el artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil. En este sentido, se puede afirmar que, si la norma legal declarada inaplicable por el Tribunal Constitucional no puede ser aplicada por el tribunal ordinario o especial encargado de resolver la gestión en la cual incide, entonces ella pierde vigencia –fuerza normativa– en dicho asunto, produciéndose un efecto materialmente asimilable a una “derogación” con efectos particulares, circunscritos a dicha gestión jurisdiccional.

Cabría preguntarse entonces, ¿qué ocurriría si el tribunal del fondo, desoyendo la sentencia del Tribunal Constitucional, decide aplicar igualmente la norma declarada inaplicable a la gestión? Estimamos que, en tal caso, la sentencia dictada adolecería de un vicio de infracción de ley que influye sustancialmente en lo resolutivo de ella. Se trataría de una hipótesis de falsa aplicación de esa ley, porque el tribunal aplicó a los hechos una norma legal declarada inaplicable y, en consecuencia, que no se encontraba vigente para ese caso particular. Procedería, por tanto, la impugnación de dicha sentencia a través de un recurso de apelación, si ha sido pronunciada en primera instancia, o de casación en el fondo, si lo ha sido en alzada, haciendo consistir la infracción de la ley en una falsa aplicación de la norma declarada inaplicable, toda vez que ella ha perdido vigencia en virtud de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional referida a ese caso concreto y, por consiguiente, fuerza legal. E incluso, podría estimarse que se incurre en una falta o abuso grave, motivando la interposición de un recurso de queja en su contra.

Pero fuera de la “gestión” concernida por esta acción de inconstitucionalidad, la sola declaración de inaplicabilidad mantiene vigente el precepto legal impugnado. De manera tal que, en principio, puede ser aplicado en todo otro asunto que no sea la gestión judicial en la cual incidió, como se dijo.

Sin embargo, la declaración de inaplicabilidad hecha por el Tribunal Constitucional, puede abrir la puerta a la declaración de inconstitucionalidad de la norma legal, esta vez con efectos absolutos o generales. En tal caso, la sentencia estimatoria de inaplicabilidad se erige en un basal presupuesto procesal de la declaración de inconstitucionalidad de la misma norma legal, también efectuada por el Tribunal Constitucional en conformidad con el artículo 93 N° 7 de la Constitución y artículo 47 P de la LOCTC.

La idea, en esta materia, consiste en separar lo que constituye el control concreto de una norma legal, respecto del control abstracto de la misma, toda vez que es perfectamente posible que una norma legal resulte inaplicable –por resultar inconstitucional frente a una situación de hecho en concreto– y no resultar inconstitucional para la generalidad de los casos que ella está llamada a reglar o regular. Ello porque, usualmente, la ley, en su acepción de ley material al menos, es una normación general, abstracta, cierta y obligatoria; y, en esa medida, para las situaciones que regula, puede ser perfectamente constitucional.

Esta declaración de inconstitucionalidad exige un quórum reforzado de cuatro quintos de los miembros en ejercicio del pleno del Tribunal Constitucional, es decir, de mínimo ocho de los diez integrantes que posee esta Judicatura (artículos 92, inciso quinto, y 93 N° 7, C.P.R.) y deberá estar enlazada con la sentencia estimatoria de inaplicabilidad que le sirve de presupuesto y la inconstitucionalidad deberá fundarse únicamente en la infracción de normas constitucionales que fueron consideradas transgredidas en el control concreto (artículos 47 P y 47 V LOCTC).

En cuanto a la iniciativa para promover la declaración de inconstitucionalidad, esta puede ser promovida de oficio por el Tribunal Constitucional o por cualquiera persona que tenga capacidad procesal, porque el Poder Constituyente instaura una acción popular para obtener esa declaración. Si el Tribunal Constitucional resuelve –de oficio o mediante el ejercicio de una acción popular– declarar que la norma legal inaplicable es, además, inconstitucional, dicha sentencia producirá efecto nulificador o de invalidez, mal denominado “derogatorio”, de dicha norma, a contar de la fecha de publicación en el Diario Oficial, lo que debe ocurrir dentro de los tres días siguientes a su dictación, conforme con lo que dispone el artículo 94, inciso final, de la Constitución Política.

Dicha inconstitucionalidad-anulación (“derogación”) se produce siempre para el porvenir y no produce efecto retroactivo, es decir, no retrotrae sus efectos afectando procesos fenecidos en virtud de una sentencia ejecutoriada que haya podido hacer aplicación de la norma legal declarada inconstitucional. Con ello, las situaciones jurídicas nacidas al amparo de esa norma declarada inconstitucional quedan, por efecto de la institución de la cosa juzgada y por razones de seguridad jurídica, consolidadas, sin que lleguen a verse afectadas por la declaración de inconstitucionalidad.

Ello porque la sentencia estimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 93 N° 7° de la Constitución, importa una cosa juzgada cuyo contenido es la declaración de inconstitucionalidad, es decir, la sanción de anulación del precepto legal sometido a control. Y en la medida que esta cuestión de inconstitucionalidad constituye un control abstracto –que deriva de un control concreto efectuado por la sentencia constitucional que declaró inaplicable el precepto legal cuestionado– la sentencia posee un efecto personal *erga omnes* o

general y un efecto temporal “*ex nunc*” o pro futuro, salvando así el principio de seguridad jurídica. Por ello, la Constitución, incurriendo en una impropiedad del lenguaje, señala en el artículo 94, inciso tercero, que el precepto declarado inconstitucional “*se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia [...], la que no producirá efecto retroactivo*”¹³. En efecto, se trata de un efecto anulatorio y no derogatorio, pues inconstitucionalidad-anulación (nulidad) y derogación son institutos distintos, la primera (inconstitucionalidad), es una sanción máxima resultado de un sistema de garantías de tutela de la supremacía e integridad de la Constitución y la segunda (derogación), es un acto de un órgano determinado del poder estatal que, cumpliendo ciertas reglas, priva de validez y vigencia a través de un acto que posee, conforme a la Constitución, la aptitud derogatoria, pudiendo operar expresa o tácitamente, singular u orgánicamente¹⁴.

2. Legitimación procesal

Que la acción de inaplicabilidad sea ejercida por el juez que conoce del asunto o por alguna de las partes del juicio.

Acerca de este requisito, no existen mayores controversias que debatir, salvo hacer presente que dentro del concepto de “partes” debemos entender tanto las partes directas como aquellos terceros que actúan con interés dentro del proceso y a los cuales les puede afectar el resultado del mismo. Asimismo, también consideraremos a los “solicitantes” en una gestión voluntaria o no contenciosa.

En lo que concierne a un asunto práctico, debemos indicar que, pese a lo que podría creerse, han sido innumerables los requerimientos planteados al TC por los propios jueces que conocen del juicio, adquiriendo, con ello, una gran importancia, su legitimación activa para iniciar un requerimiento de inaplicabilidad.

La STC rol N° 1.324/2009, Sala de Turno, de 12 de febrero de 2009, plantea los términos generales de la legitimación procesal activa:

“2°. Que es sujeto legitimado para el ejercicio de la acción de protección, de acuerdo al citado artículo 20, la persona que por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías reconocidos en los preceptos a que se refiere la misma norma. Agrega dicho artículo que podrá ocurrir cualquiera a su nombre.

¹³ Artículo 94, inciso tercero, de la Constitución Política de la República, reformada mediante la Ley N° 20.050, publicada en el *Diario Oficial* de 26 de agosto de 2005.

¹⁴ Díez-Picazo, Luis María (1990): *La derogación de las leyes*. Madrid: Civitas.

Tratándose del ejercicio de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, la Constitución considera como sujetos legitimados a las partes de una gestión judicial pendiente y al juez que está conociendo de la misma, los que podrán requerir directamente y de propia iniciativa a esta Magistratura, previo a la resolución de la respectiva gestión pendiente.

Ahora bien, si son las partes del proceso las que deciden requerir la inaplicabilidad de una determinada norma de jerarquía legal que pueda ser derecho aplicable para la resolución de un asunto, deberán hacerlo directamente ante esta Magistratura, especificando la gestión pendiente en la que incide, individualizando el tribunal ante el cual se sustancia y cumpliendo con todos los presupuestos procesales establecidos por la Carta Fundamental y en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional.

Si es el juez el que se encuentra enfrentado a una duda de constitucionalidad acerca de un precepto legal que pueda aplicar como norma decisoria litis en el proceso que sustancia, es él quien debe directamente requerir ante este Tribunal Constitucional manifestando en forma expresa su voluntad de obtener una sentencia que se pronuncie sobre la materia, constituyéndose, de esta forma, en sujeto activo de la acción de inaplicabilidad.

Asimismo, tal decisión debe traducirse en un requerimiento formal de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que cumpla con los requisitos exigidos por las normas constitucionales y legales aludidas precedentemente, lo cual constituye una materia del todo ajena a los pronunciamientos relativos a peticiones que le formule la parte en otrosíes del escrito del recurso de protección deducido”.

II. Jueces: entre legalidad y constitucionalidad

Nuestro planteamiento es que la reforma constitucional de 2005, al concentrar y monopolizar el contencioso constitucional en el Tribunal Constitucional, tiene el efecto virtuoso de fortalecer la vinculación primaria de los tribunales del fondo al principio de legalidad y reforzar así el rol de la Corte Suprema como tribunal de casación. De este modo, los tribunales del fondo: entendiéndose por tales los tribunales ordinarios o especiales integrados al Poder Judicial, los tribunales especiales sometidos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, los órganos de la “Administración Jurisdiccional” y los tribunales de la Justicia Electoral (Tribunales Electorales Regionales y Tribunal Calificador de Elecciones); no podrán conocer y resolver de la inaplicabilidad-inconstitucionalidad de la ley, ni aun de la inconstitucionalidad sobrevenida; quedando reservada a la Judicatura Constitucional la declaración

de inaplicabilidad e inconstitucionalidad en base a vicios de inconstitucionalidad material, formal y/o competencial que aquejen a normas legales vigentes. La principal y doble vinculación de los tribunales del fondo a la Constitución los obliga en primer lugar a la aplicación y hermenéutica conforme a la Carta de las fuentes formales infraconstitucionales agotando las posibilidades de heterocomponer conflictos sometidos a su competencia y en segundo lugar, ante la duda razonable de constitucionalidad de una norma legal que es derecho material de un asunto sometido a su decisión, impetrar la acción (“cuestión”) de inaplicabilidad o la cuestión de inconstitucionalidad en su caso ante el Tribunal Constitucional.

1. ¿Inconstitucionalidad sobrevenida o derogación?

En este mismo orden de ideas, hablamos de inconstitucionalidad sobrevenida, cuando la aplicación de un precepto legal nacido al amparo de un texto constitucional deviene en inconstitucional después de una modificación introducida a la Carta o de la dictación de una nueva Constitución. La aplicación de la norma legal en cuestión, estando vigente la norma constitucional bajo cuyo amparo nació, resulta constitucionalmente incuestionable. Sin embargo, al introducirse la modificación constitucional o dictar la nueva Carta Fundamental, su aplicación se hace inconciliable con el nuevo texto constitucional.

La pregunta es: ¿dicha norma resulta derogada tácitamente por la nueva norma constitucional? o, por el contrario, ¿dicha norma legal no resulta derogada, siendo su aplicación materia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad? Este tema tiene importancia práctica, porque si optamos por la primera solución, serán los tribunales del fondo los que, considerando derogada la norma legal, deberán resolver el asunto sometido a su conocimiento, prescindiendo de ella. Con ello, se introduce el germen de un modelo difuso de Jurisdicción Constitucional, inconciliable con la concentración y monopolio del control de constitucionalidad conferido al Tribunal Constitucional por la reforma constitucional de 2005.

En tanto que, si se sigue la segunda opción, a la cual claramente adscribimos, para que dicha norma legal deje de ser aplicada por los jueces, será necesario, previamente, iniciar un juicio de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional; que con la reforma constitucional de 2005, incluso puede ser motivada por “el juez que conoce del asunto”. Lo que ocurre es que, hablar de derogación, en el sentido antes indicado, es una impropiedad conceptual de fondo, ya que, simplemente se trata de una inconstitucionalidad sobrevenida.

Tales normas preconstitucionales han sido consideradas, en nuestra jurisprudencia anterior a la reforma constitucional de 2005, como casos de derogación, fundados en el principio de la jerarquía normativa, razonamiento erróneo porque, en tal caso, no corresponde hablar de derogación –instituto aplicable a normas de

igual o inferior rango jerárquico— excluida la Constitución¹⁵. La derogación es un instituto que opera a nivel de la legislación o de la ejecución de normas, lo que quiere decir que un precepto legal solo puede ser derogado por otra norma de igual jerarquía; pero no por la Constitución.

La competencia del Tribunal Constitucional regulada en el artículo 93 de la Constitución no distingue entre inconstitucionalidad propiamente tal e inconstitucionalidad sobrevenida, razón por la cual, procede el ejercicio de la acción de inaplicabilidad, tanto respecto de normas legales dictadas antes y después de la vigencia de la Carta Fundamental, siendo determinante para declarar la inaplicabilidad, exclusivamente la circunstancia que la aplicación de dicho precepto legal —pre o postconstitucional— resulte contraria a la Constitución. En suma, la inconstitucionalidad sobrevenida es una materia de constitucionalidad y no de legalidad.

2. ¿Inconstitucionalidad de forma, competencial o de fondo?

La inconstitucionalidad de forma se produce cuando el precepto legal infringe normas constitucionales relativas al procedimiento de formación de la ley o normas orgánicas relativas a los órganos colegisladores, esto es, el Presidente de la República y el Congreso Nacional.

La inconstitucionalidad competencial se produce cuando el precepto legal excede la competencia legislativa o dominio máximo legal del artículo 63 de la Constitución; o bien, cuando el precepto legal ha sido aprobado infringiendo el reparto de competencia legislativa que la tipología de leyes interpretativas constitucionales, orgánicas constitucionales, de quórum calificado, de quórum calificadísimo y simples u ordinarias del artículo 66 contempla. Este doble reparto de competencias legislativas de los artículos 63 y 66 de la Constitución, encuentra múltiples remisiones a reservas de ley o reservas de ley de quórum especial¹⁶.

La inconstitucionalidad de fondo o materia se produce cuando el precepto legal infringe una norma iusfundamental de conducta, cuyo contenido son valores, principios constitucionales, derechos, deberes y garantías constitucionales.

Tradicionalmente, y como precisión de valor histórico, cabe señalar que la Corte Suprema rechazó la solicitud de inaplicabilidad de una norma legal por razones de inconstitucionalidad de forma en la tramitación legislativa, sin distinguir

¹⁵ **Kelsen**, Hans (2001): *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)* (trad. Roldando Tamayo Salmorán) México: Universidad Nacional Autónoma de México. También **Kelsen**, Hans (1995): *Teoría general del Derecho y del Estado*. (trad. Eduardo García Máynez). 5ª Reimp. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

¹⁶ Cf., v. gr., el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política, que consagra la reserva legal en materia de derecho a la vida e integridad física y psíquica y, al mismo tiempo, dispone que la pena de muerte solo puede ser establecida por delito tipificado en una ley aprobada con quórum calificado.

claramente entre inconstitucionalidad de forma y de competencia. Se afirmaba que este era un recurso de carácter doctrinario que solo autorizaba la declaración de inaplicabilidad por motivos de fondo cuando existía contradicción entre un precepto legal y la Constitución. La Corte Suprema sentó la doctrina de que este recurso “resguarda la constitucionalidad de fondo de las leyes, no la de forma, pues la última mira a la formación de la ley en términos que si esta no se genera no es ley; no es la existencia de cuerpos legales lo que el recurso ampara, sino su constitucionalidad para evitar que las percepciones debidamente generadas y promulgadas como ley, contrarían los principios normativos, los derechos que concede y las garantías que otorga la Carta Fundamental”. No obstante, en este tema hace tiempo ya, se había abierto una brecha en la doctrina tradicional de la Corte Suprema, cuya manifestación más reciente es el caso “Minera Tamaya” relativo a una superposición de pertenencias mineras e inaplicabilidad del artículo 96, inciso tercero, del Código de Minería, en que se alegó que esa norma era materia de una ley orgánica constitucional y no obstante ello, no fue objeto del control de constitucionalidad preventivo por parte del Tribunal Constitucional, configurándose una causal de inaplicabilidad formal. Pues bien, en ese fallo, hay un voto disidente de los ministros señores Aburto, Faúndez, Beraud y Araya, quienes estuvieron por acoger el recurso de inaplicabilidad, señalando que al no distinguir el artículo 80 de la Constitución, el control jurisdiccional de la Corte Suprema se refiere a inconstitucionalidad de fondo y de forma¹⁷.

La actual jurisprudencia de inaplicabilidad del Tribunal Constitucional no ha decantado aún suficientemente los diferentes tipos de inconstitucionalidad: material, formal y competencial, reduciéndola a las dos primeras, como ocurre con las sentencias sobre superposición de concesiones mineras. Con todo, cualquiera de los vicios de inconstitucionalidad (material, formal y competencial) sirven para el instituto de la inaplicabilidad-inconstitucionalidad, y su establecimiento debe darse en un proceso y en virtud de una sentencia de esta Judicatura.

III. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la cuestión de inaplicabilidad: legalidad-constitucionalidad

En este capítulo hemos procedido a reproducir fragmentariamente dos muy relevantes sentencias, una suerte de “leading cases”, de inaplicabilidad dictadas a “requerimiento” de jueces, contradictorias entre sí, y que se hacen cargo del mentado binomio legalidad-constitucionalidad.

¹⁷ Ver sentencias de la Corte Suprema, citadas por el *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, Constitución Política de la República de Chile 1980*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1993), jurisprudencia del artículo 80, número 5, pp. 215-216. Ver, además, **Zúñiga Urbina**, Francisco (2002): *Elementos de Jurisdicción Constitucional*. Tomo I-II. Santiago: Editorial Universidad Central de Chile, p. 161.

El binomio legalidad-constitucionalidad, recoge dos términos que designan las fuentes primarias y principales de vinculación de los tribunales del fondo y del Tribunal Constitucional, y tienen en esta jurisprudencia dos respuestas contradictorias entre sí, que analizaremos sumariamente y reproduciendo fragmentariamente las dos sentencias.

En la STC rol N° 1.065/2008, de 18 de diciembre de 2008, conocida como el caso “Jueces de Garantía y Agenda Corta”, el Tribunal Constitucional condensa una doctrina acerca de la autolimitación de esta Judicatura ante el legislador democrático y su decisión legislativa, la que goza de una sólida presunción de constitucionalidad; suerte de “auctoritas” o majestad de la ley, que refuerza la vinculación doble de los tribunales a la ley y a la Constitución; a la ley, porque sus decisiones, en especial en el ámbito penal-procesal penal, están de antaño fuertemente vinculadas a esta fuente formal del derecho y, a la Constitución, porque ante la duda razonable de constitucionalidad de la ley, dichos tribunales del fondo deben acudir a la “cuestión de inaplicabilidad” activando el proceso de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, única Magistratura competente para resolver acerca de la inaplicación e inconstitucionalidad.

Contradictoriamente, por partida doble, el Tribunal Constitucional niega y afirma la vinculación de esta Judicatura a la Constitución, tradicionalmente una vinculación directa y circunscrita a la Constitución o Derecho de la Constitución (STC rol N° 1.284/2008, de 24 de septiembre de 2009, cons. 3° a 6°), y ahora en la STC rol N° 1.340/2009, de 29 de septiembre de 2009, sostiene implícitamente su apertura a un “bloque constitucional de derechos”. Tal como lo esbozamos en la introducción la doctrina del “bloque constitucional de derechos” destruye la Constitución formal y cierra el paso a una potencial constitucionalización del obrar jurisprudente de los tribunales del fondo, tradicionalmente legiscentristas. Esta doctrina del “bloque constitucional de derechos”, no solo amplía sin fronteras el parámetro de control de constitucionalidad, sino que priva o limita a los jueces del fondo de una fuente formal incorporada al ordenamiento como son los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes, desfavoreciendo que estos tribunales del fondo hagan una interpretación conforme a la Constitución de la ley, los tratados y demás fuentes del ordenamiento y empleen pautas hermenéuticas garantistas para derechos fundamentales y derechos humanos que hagan posible su expansividad, progresividad y mayor imperio posible por una parte y confieran a tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados y vigentes, bajo las condiciones de densidad normativa y autoejecutividad, el carácter de fuentes de aplicación preferente frente a fuentes formales de derecho interno.

1. STC rol N° 1.065/2008, de 18 de diciembre de 2008

1.1. En cuanto a la cuestión de inaplicabilidad como única vía procesal para resolver el contencioso constitucional por el juez, el Tribunal señala:

“Décimo: Que, sobre esta materia, es del caso tener presente que, a partir de la reforma de 2005, los jueces pueden plantear también la cuestión de inaplicabilidad, además de las partes de la causa, en términos tales que –como lo hace presente el propio juez requirente– el control de constitucionalidad de las leyes se encuentra actualmente radicado exclusivamente en esta Magistratura [...]”.

1.2. En cuanto a la calidad de “litigante” en el contencioso constitucional y la calidad que posee el “juez” legitimado procesalmente, la sentencia indica:

“Undécimo: Que, incluso, el juez aludido otorgó patrocinio y poder a un letrado para que lo representara ante estos estrados, lo que ciertamente no constituye en modo alguno exigencia constitucional o legal. Por el contrario, la Carta Fundamental, en su artículo 93, inciso undécimo, indica que *“la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto”*, lo que da cuenta de la situación diversa en que se encuentran las partes en la gestión respecto del juez que debe aplicar la norma, en su caso. En concordancia con lo anterior, el artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales, expresa que los abogados *“son personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los tribunales de justicia los derechos de las partes litigantes”*. Ciertamente, el juez de la causa no tiene el carácter de parte litigante en la acción de inaplicabilidad. En efecto, el juez de la causa lo que formula es un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto, en términos tales de comunicar a través de una resolución fundada la controversia, tal como ha ocurrido en el caso de autos, cumpliendo así la exigencia constitucional establecida en el artículo 93 aludido. Precisamente por lo mismo, según consta a fojas 4, el juez requirente manifiesta tener una *“duda legítima y fundada en cuanto a la constitucionalidad del precepto legal mencionado”*, razón por la cual *“ha estimado del caso hacer uso de la herramienta constitucional consistente en plantear la cuestión al Excmo. Tribunal Constitucional”* [...]”.

1.3. Los efectos de la sentencia de inaplicabilidad ligados al carácter concreto del control de constitucionalidad activado, llevan a plantear o reiterar al Tribunal Constitucional un conjunto de precisiones, a saber:

“Decimooctavo: Que no debe olvidarse el carácter concreto de la acción de inaplicabilidad, de suerte tal que, para ser acogida, la aplicación del precepto legal impugnado al caso específico ha de resultar contraria a la Constitución, tal como lo preceptúa el artículo 93, N° 6, de la Constitución Política de la República; lo que relativiza, por una parte, el examen meramente abstracto de constitucionalidad y, por la otra, impide extraer conclusiones, reglas y principios generales a partir de una sentencia de inaplicabilidad, por lo que resulta necesario reiterar lo señalado por esta

Magistratura en cuanto a que lo decidido en un proceso determinado ha de entenderse referido solo y exclusivamente al mismo;

Decimonoveno: Que, en efecto, como lo ha indicado de manera reiterada este mismo Tribunal en diversas sentencias pronunciadas durante el último año, la acción de inaplicabilidad dice relación con el examen concreto de si el precepto legal invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución; lo que ciertamente marca una diferencia sustancial con el régimen vigente en Chile entre los años 1925 y 2005, en que la competencia en esta materia estaba reservada de manera privativa y exclusiva a la Corte Suprema de Justicia;

Vigésimo: Que, explicitando este punto, se ha fallado que *“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 un caso concreto y no necesariamente en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional”* (Rol N° 546/2006). De este modo, la declaración de inaplicabilidad no significa que siempre la norma impugnada sea *per se* inconstitucional, sino que únicamente en el caso concreto dentro del cual se formula el respectivo requerimiento. En otras palabras, *“en sede de inaplicabilidad, el Tribunal está llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución”*. (Rol N° 480/2006) [...]”.

1.4. El Tribunal Constitucional insiste en el punto anterior definiendo la naturaleza de la acción de inaplicabilidad en su configuración actual, oponiéndola al viejo instituto de la inaplicabilidad de las Cartas Políticas de 1925 y de 1980, señalando al efecto:

“Vigésimo primero: Que, en resoluciones anteriores, como las contenidas en los roles N° 478, 546, Capítulo I, 473, 517 y 535, este Tribunal ha precisado y se ha extendido en sus consideraciones acerca de la naturaleza de la actual acción de inaplicabilidad y sus evidentes diferencias con la similar prevista en la Carta Fundamental con anterioridad a la reforma del año 2005, destacando especialmente la constatación de que de la simple comparación del texto del actual artículo 93, N° 6, 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 –y más bien abstracta– entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora –en cambio– se está en presencia de una situación completamente 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, todo lo cual –ciertamente–, como se ha indicado, relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así

una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior;

Vigésimo segundo: Que lo expresado, entonces, deja de manifiesto que las características y circunstancias particulares y precisas del caso concreto de que se trate han adquirido, en el actual texto constitucional, una relevancia sustancialmente 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 *sub lite*, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional. De esta manera, como se ha precisado por esta Magistratura Constitucional, el que en un caso determinado se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá formular igual declaración (entre otros, Roles Nº 596/2006, 741/2007 y 755/2007). Así las cosas, lo que el Tribunal debe efectuar es un examen concreto de si la norma aplicada a la gestión produce efectos o resultados contrarios a la Constitución Política. En suma, como se ha sentenciado, es forzoso que siempre el conflicto sometido a su decisión consista en la existencia de una contradicción concreta y determinada entre el precepto legal que se cuestiona y la Carta Fundamental, lo que en algunas situaciones puede brotar con claridad del solo texto del precepto legal cuestionado y, en otras, emergerá de las peculiaridades de su aplicación al caso concreto (Rol 810/2007) [...]”.

1.5. Para el Tribunal Constitucional la peculiar naturaleza de la inaplicabilidad incide en la definición de la acción de inaplicabilidad activante de un control concreto de constitucionalidad y no de un recurso de inconstitucionalidad que abra un control abstracto de constitucionalidad; todo lo cual exige del “requerimiento” de jueces poner especial cuidado en determinar cómo se configura el conflicto Constitución-ley-aplicación al caso concreto. Sobre este punto se explica el Tribunal del siguiente modo:

“Vigésimo tercero: Que de la simple lectura del requerimiento de autos y de sus fundamentos esenciales se desprende que los reproches de constitucionalidad van más bien dirigidos a los preceptos legales en abstracto y no al caso concreto, todo lo cual configura esta presentación como un recurso de inconstitucionalidad y no de inaplicabilidad, lo que obliga a desechar el requerimiento;

Vigésimo cuarto: Que, en efecto, en el caso de autos, como ya se ha señalado, no se ha acreditado circunstanciadamente que la aplicación del precepto legal al caso concreto importe una vulneración específica a los principios del debido proceso, a la jurisdicción y al Estado de Derecho. En tal sentido, señala el requirente que el empleo de la disposición legal

en el caso de autos resulta *“del todo inconstitucional, en cuanto dispone que el imputado no pueda ser puesto en libertad mientras no se encuentre ejecutoriada la resolución que negare la prisión preventiva”* (considerando 2º). A su vez, en las consideraciones tercera y siguientes, el juez requirente hace referencia a la *“duda legítima y fundada en cuanto a la constitucionalidad del precepto legal mencionado”*. Se indica que *“el legislador en el artículo 149 del Código Procesal Penal ha hecho caso omiso de la exigencia constitucional del artículo 19 N° 7, letra e), esto es, una resolución judicial que prive de libertad al imputado y, peor aún, ha desconocido el valor de la resolución judicial que dispone la libertad del encausado”* (considerando 7º). Adicionalmente, se expresa que se infringiría la misma disposición constitucional al omitirse la exigencia de *“resolución judicial para privar de libertad al imputado”* (considerando 8º). En tal sentido, el juez recurrente expresa que *“el legislador ha creado un nuevo estatus del imputado (...) calidad que no tiene base constitucional y, en consecuencia, se coloca al imputado en el limbo jurídico por parte del legislador”* (considerando 10º). Por último, se reprocha por parte del juez requirente que *“el legislador ejerce funciones judiciales cuando en el artículo 149 del Código Procesal (sic) dispone directamente la privación de libertad del imputado y deja sin efecto una resolución judicial que deniega la prisión preventiva”* (considerando 11º);

Vigésimo quinto: Que, en la especie, si bien se invoca un precepto legal determinado, esto es, el inciso segundo del artículo 149 del Código Procesal Penal, esta Magistratura no puede desatender la circunstancia de que la aludida disposición fue declarada expresamente como orgánica y constitucional en sentencia de fecha 29 de enero de 2008, en los autos Rol N° 1.001-2007. No invoca la requirente en su presentación un vicio específico que permita modificar lo razonado en la aludida resolución, en su control en abstracto [...].”

1.6. El Tribunal Constitucional reconoce en el legislador democrático y en la ley la fuente formal legítima constitucionalmente para el desarrollo infraconstitucional de derechos y garantías y, al mismo tiempo, consigna su doctrina de autolimitación de esta Judicatura ante el legislador, presunción de constitucionalidad de la ley y deferencia hacia los poderes públicos, “auctoritas” de la ley que los tribunales del fondo no podrán desconocer.

En este sentido el Tribunal resuelve coherentemente el binomio legalidad-constitucionalidad, al afirmar:

“Trigésimo cuarto: Que, como lo ha indicado esta Magistratura en diversas sentencias dictadas el último año, la decisión de sustituir o modificar —en este caso— el sistema de acciones y recursos respecto de las decisiones judiciales en materia de libertad personal constituye una problemática que —en principio— deberá decidir el legislador dentro del marco de sus

competencias mediante una ley orgánica constitucional, como lo ordena claramente el artículo 77 de la Constitución Política, debiendo sostenerse que, en todo caso, una discrepancia de criterio sobre este capítulo no resulta eficaz y pertinente por sí misma para configurar la causal de inaplicabilidad, que en tal carácter establece el artículo 93, número 6º, de la Carta Fundamental;

Trigésimo quinto: Que, en este sentido, es necesario reiterar que el Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar porque la ley, o más bien –en esta sede– su aplicación a un caso concreto, efectivamente, no vulnere los límites constitucionales, lo que significa, a la vez, la garantía de cierta esfera de autonomía del legislador –como depositario de la voluntad democrática–, que comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de política, conveniencia y oportunidad que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa orgánica. De este modo, como se ha consignado por esta Jurisdicción Constitucional, solo cuando el Congreso Nacional excede su ámbito de atribuciones, infringiendo los márgenes contemplados en el texto, principios o valores esenciales de la Carta Fundamental, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad –de forma o fondo– en que este haya incurrido (Vid, entre otros, Rol N° 664/2006, consid. 22º). Como consecuencia de lo anterior, esta Magistratura ha afirmado que *“el Tribunal Constitucional no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control. Solo debe resolver si dichos actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales. De una parte, debe velar por que la ley (...) no vulnere los límites constitucionales y, de otra, no puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de la función pública que le corresponde al Congreso Nacional”* (Rol N° 591/2006, considerando 9º). Ha agregado, adicionalmente, que: *“En el caso del legislador, tal esfera de autonomía comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa. Solo cuando el Parlamento exceda su ámbito de competencia, infringiendo los márgenes contemplados en la Constitución, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que este haya incurrido”* (Idem. En el mismo sentido vid., entre otros, Roles N°s 231, consid. 7º; 242, consid. 3º; 465, consid. 23º; 473, consid. 11º; 541, consid. 15º, y, recientemente, 786). En suma, *“la Carta Fundamental establece órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales, y cuando estos últimos controlan la constitucionalidad de los actos de los primeros no pueden invadir su campo propio, por lo tanto, les está vedado entrar a calificar el mérito, oportunidad o conveniencia de las normas impugnadas”* (Rol N° 535/2006, consid. 11º, y en el mismo sentido Rol N° 517/2006, consid. 12º) [...].”

“Trigésimo séptimo: Que así por lo demás lo ha sostenido esta misma Magistratura al analizar la constitucionalidad de la legislación que modificó el sistema de penalidades en relación a responsabilidad juvenil. En efecto, en los autos Rol N° 786-2007, se insistió en *“la exclusividad de la competencia legislativa en la determinación de las penas como en la fijación de las modalidades de su cumplimiento”*, en términos tales que solo corresponde a esta Magistratura *“cerciorarse de que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícitos y de que no se vulneren los límites precisos que la misma Carta ha impuesto”* (consid. 30°);

Trigésimo octavo: Que, de este modo, no se divisa infracción a lo dispuesto en el artículo 19, N° 7, de la Constitución Política de la República, desde que, como lo indica su letra b), *“nadie puede ser privado de su libertad personal ni esta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”*. Precisamente en este caso es el legislador el que ha previsto ciertas normas aplicables al otorgamiento de la libertad en determinados delitos, socialmente reprochables, exigiendo una revisión por parte del tribunal superior jerárquico de lo resuelto por el juez de garantía;

Trigésimo noveno: Que tampoco se vulnera la letra e) del artículo 19, N° 7, de la Carta Fundamental, conforme a la cual *“la libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad”*, debiendo la ley establecer *“los requisitos y modalidades para obtenerla”*. Idéntico razonamiento cabe efectuar en relación a lo dispuesto en la letra c) del aludido artículo 19 N° 7, de acuerdo al cual *“nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal”*, obligándose a que respecto de toda persona arrestada o detenida se dé *“aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado”*. En efecto, será siempre el juez –de garantía o, en su caso, la Corte de Apelaciones– quien tendrá competencia para pronunciarse sobre la materia, situación que se encuentra prevista precisamente en la disposición legal que se reprocha como contraria a la Constitución Política por parte del juez requirente;

Cuadragésimo: Que, por lo mismo, tampoco se divisa infracción alguna a lo dispuesto en el artículo 76, inciso primero, de la Ley Suprema, desde que precisamente serán siempre los tribunales de justicia, como únicos titulares de la función jurisdiccional, los encargados de conocer soberanamente de la materia, confiriendo la libertad o, por el contrario, excepcionalmente, decretando la prisión preventiva, tal como lo ordena la Carta Fundamental, preservando en cada caso los principios que deben informar todo debido proceso, tal como lo ordena el artículo 19, N°

3, inciso quinto, de la misma, al obligar al tribunal superior jerárquico a resolver prontamente o, más tardar al día siguiente, como por lo demás ocurrió en el caso de autos en las dos oportunidades en que se ha aplicado el precepto legal cuestionado. En modo alguno, entonces, se infringe el inciso primero del artículo 83 de la Constitución Política de la República, como se afirma por el juez requirente, desde que el Ministerio Público no ejerce funciones jurisdiccionales, las que —como se ha señalado de manera reiterada— quedan siempre reservadas a los tribunales de justicia, ya sea el Juez de Garantía o la Corte de Apelaciones respectiva, en su caso”.

En suma, ante el binomio legalidad-constitucionalidad, el Tribunal Constitucional en la sentencia comentada se inclina por la vinculación a legalidad de los tribunales del fondo y en su vinculación a la Constitución, quedan obligados ante la “duda razonable” de constitucionalidad de un precepto legal a plantear el “requerimiento” o “cuestión de inaplicabilidad” ante la judicatura natural, exclusiva y privativamente competente.

Esta doctrina jurisprudencial es consistente con las definiciones que la reforma constitucional de 2005 introduce a nuestro sistema de jurisdicción constitucional y tiene la virtud, como reiteradamente lo hemos dicho, de asegurar la vinculación primaria de los jueces al principio de legalidad y fortalecer el rol de la Corte Suprema como tribunal de casación.

En tal binomio legalidad-constitucionalidad se expresa, en último término, la funcionalidad instrumental de las Judicaturas dirigida al imperio del derecho (al imperio de la ley y al imperio de la Constitución), funcionalidad que es clave para su legitimidad en la democracia constitucional. Tal legitimidad debe ser armonizada con el principio de separación de poderes arquitectural del Estado y con el principio democrático que soporta la legitimidad democrática del sistema de potestades.

Así, el Tribunal Constitucional tiene una posición una legitimidad instrumental conciliable con el principio de separación de poderes en la medida que la jurisdicción constitucional viene a poner a salvo o a custodiar el reparto de poder político o competencias normativas en el Estado, concebido este como una organización más o menos compleja, y al mismo tiempo custodia la separación o cesura Estado-individuos y sociedad civil, a través de la técnica de los derechos fundamentales y su protección, en la que tiene un rol primordial el amparo ordinario ante tribunales superiores de justicia. También el Tribunal Constitucional tiene una posición y legitimidad instrumental conciliable con el principio democrático al hacer posible, a partir de los fines y funciones de la jurisdicción constitucional, una legitimidad eminentemente burocrática, en que las decisiones de la Judicatura actualizan o reintegran el Derecho de la Constitución, desde una competencia tasada por la Constitución.

2. STC rol N° 1.340/2009, de 29 de septiembre de 2009

Contradictoriamente con la contundencia del Tribunal Constitucional para no admitir un “bloque de constitucionalidad” que le confriese forma anómala a la Constitución material (incorporando al corpus constitucional a las leyes orgánicas constitucionales) como lo reitera con meridiana claridad en la sentencia de inaplicabilidad rol N° 1.284/2008, de 24 de septiembre de 2009; en la STC rol N° 1.340/2009, de 29 de septiembre de 2009, resolviendo una cuestión de inaplicabilidad promovida por el Juez Presidente del Juzgado de Familia de Pudahuel, que impugna, en sede de investigación/reclamación de paternidad, la constitucionalidad del artículo 206 del Código Civil, por producir resultados inconstitucionales al impedir al presunto hijo de un sujeto que fallece con posterioridad a los 180 días siguientes al parto, demandar el reconocimiento de su filiación en contra de los herederos de ese presunto padre fallecido, inconstitucionalidad que se funda en la infracción de tratados internacionales de derechos humanos (artículos 3, 5.1 y 11.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículos 16 y 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y en la infracción de la garantía de igualdad ante la ley del N° 2 del artículo 19 de la Constitución, al establecer, la norma impugnada, una discriminación que no resistiría los test de racionalidad y proporcionalidad, entre presuntos hijos de padres fallecidos para demandar filiación, considerando solo el momento del fallecimiento del presunto padre.

2.1. En la STC rol N° 1.340/2009, de 29 de septiembre de 2009, el Tribunal Constitucional construye el conflicto constitucional, admitiendo implícitamente un “bloque constitucional de derechos” (integrado por derechos fundamentales y por “derechos esenciales”), al fundar la infracción genética del conflicto constitucional en el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental y sus obligaciones dirigidas a órganos del Estado, incluido tribunales, de respetar y promover derechos con fuente en la Constitución y en tratados internacionales ratificados y vigentes. De esta manera, el reenvío del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución al derecho internacional convencional de los derechos humanos, permite anómalamente darle forma a la Constitución material, transformándolo en parámetro del control de constitucionalidad y en fuente de derechos fundamentales, no de “derechos implícitos”, sino de derechos seudo explícitos, desplazando la decisión de iusfundamentalidad de la Constitución al Tribunal Constitucional.

Señala la STC rol N° 1.340/2009, de 29 de septiembre de 2009, lo siguientes:

“Cuarto: Que, de acuerdo a lo expuesto por el juez requirente y a los antecedentes del proceso que acompaña, puede sostenerse que el conflicto constitucional sometido a la decisión de esta Magistratura consiste en que, de aplicarse el artículo 206 del Código Civil, a la resolución de aquel, podría verse vulnerada la obligación que pesa sobre todos los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la

naturaleza humana, consignada en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental. Entre dichos derechos se encontraría, precisamente, el derecho a la identidad personal consagrado, con diferentes términos, en varios tratados internacionales de aquellos que han sido ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Lo anterior, porque la redacción del precepto legal impugnado dejaría al demandante en el proceso individualizado en el considerando anterior fuera de las hipótesis admisibles para ser considerado como legitimado activo en la reclamación de paternidad que ha deducido, privándolo, en consecuencia, de una acción procesal idónea para que le sea reconocida su filiación y, por ende, su derecho a la identidad personal [...].”

“Octavo: Que, en lo que atañe al derecho a la identidad personal, el requerimiento consigna dos órdenes de argumentaciones:

- a) Que diversos tratados internacionales de aquellos que Chile ha ratificado y que se encuentran vigentes, consagran este derecho. Este es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe que: *“Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos si fuere necesario”* (artículo 18).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos precisa, por su parte, que *“todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”* (artículo 24.2).

A su turno, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que: *“El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera (...)”* (artículo 7, numerales 1 y 2).

- b) Que de las referidas normas internacionales, unidas a doctrina autorizada que cita, se infiere que *“la identidad queda comprendido (sic) en la categoría de ‘los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana’ como reza el artículo 5° de la Constitución Política de la República, toda vez que atañe intrínsecamente a su propia individualidad tanto personalmente como en su dimensión social, sobrepasando el ámbito inicialmente resguardado referido a los derechos del niño para entender que beneficia a toda persona en su condición de tal”;*

Noveno: Que debe reconocerse, en efecto, que los diversos instrumentos

internacionales, ratificados por Chile y vigentes, que cita el juez requirente en apoyo de su argumentación, consagran el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos, en los términos aludidos en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental.

La afirmación precedente se concilia perfectamente con el criterio sostenido por esta Magistratura en el sentido de que el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1°, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra. Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país (Sentencia Rol N° 834, considerando 22°);

Décimo: Que, en esta perspectiva, el reconocimiento del derecho a la identidad personal –en cuanto emanación de la dignidad humana– implica la posibilidad de que toda persona pueda ser ella misma y no otra, lo que se traduce en que tiene derecho a ser inscrita inmediatamente después de que nace, a tener un nombre desde dicho momento y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidada por ellos. Si bien esta forma de entender el derecho a la identidad personal se deriva del artículo 7° de la Convención sobre los Derechos del Niño, no cabe restringir su reconocimiento y protección a los menores de edad. Ello, porque el derecho a la identidad personal constituye un derecho personalísimo, inherente a toda persona, independientemente de su edad, sexo o condición social.

La estrecha vinculación entre el derecho a la identidad personal y la dignidad humana es innegable, pues la dignidad solo se afirma cuando la persona goza de la seguridad de conocer su origen y, sobre esa base, puede aspirar al reconocimiento social que merece. Desde este punto de vista, el derecho a la identidad personal goza de un estatus similar al del derecho a la nacionalidad del que una persona no puede carecer.

Las consideraciones que preceden justifican, precisamente, incluir el derecho a la identidad personal entre aquellos derechos esenciales a la naturaleza humana a que alude el artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, y que se erigen como límite de la soberanía, debiendo los órganos del Estado respetarlos y promoverlos, ya sea que estén asegurados en la propia Carta Fundamental o en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes [...].”

“Decimoquinto: Que, ciertamente, no le corresponde a estos jueces constitucionales determinar si en la causa por investigación/reclamación de paternidad, caratulada “Muñoz con Muñoz”, RIT C-111-2009, que sustancia actualmente el Juzgado de Familia de Pudahuel, y que constituye la gestión pendiente, concurren los supuestos necesarios para aplicar la regla de excepción contenida en el artículo 206 del Código Civil, pues ello es una labor que compete exclusivamente al juez del fondo.

Tampoco corresponde a esta Magistratura pronunciarse acerca de si el artículo 206 del Código Civil debe aplicarse con preferencia a la regla contenida en el artículo 317, inciso segundo, del mismo cuerpo legal, que prescribe: *“Son también legítimos contradictores los herederos del padre o madre fallecidos en contra de quienes el hijo podrá dirigir o continuar la acción y, también, los herederos del hijo fallecido cuando estos se hagan cargo de la acción iniciada por aquel o decidan entablarla”*. La dilucidación de un conflicto de esta naturaleza también es propia del juez de familia que conoce de la causa *sub lite*.

En consecuencia, lo que en esta sede constitucional deberá decidirse es si la aplicación de la regla contemplada en el artículo 206 del Código Civil puede resultar contraria al artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, permitiendo que los órganos del Estado, el legislador y, eventualmente, el sentenciador de fondo incumplan su deber de respetar y promover el derecho a la identidad personal en estrecho ligamen con la dignidad humana proclamada solemnemente en el artículo 1°, inciso primero, del Código Político. Dicho en otros términos, lo que habrá de resolverse en este primer capítulo de inconstitucionalidad es si el derecho a la identidad personal resulta lesionado por haberse aprobado por el legislador y, eventualmente, por aplicarse por el juzgador una norma que limita la posibilidad procesal de que una persona conozca su origen y, por ende, su posición dentro de la sociedad [...]”.

“Decimonoveno: Que, como puede colegirse, las diversas posiciones referidas a la aplicación del artículo 206 del Código Civil revelan una antinomia constitucional entendida como aquella situación en la que *“los supuestos de hecho descritos por las dos normas se superponen conceptualmente, de forma tal que, al menos, siempre que pretendamos aplicar una de ellas nacerá el conflicto con la otra”* (Luis Prieto Sanchís. El juicio de ponderación constitucional, en Miguel Carbonell (Coord.). “El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 103).

Así, si se sostiene que el artículo 206 del Código Civil procura proteger los derechos a la honra familiar y a la integridad psíquica de los herederos del causante impidiendo que, más allá de los supuestos restrictivos que

contempla esa norma, se pueda accionar en contra de ellos para reclamar la paternidad o maternidad del causante fallecido, resultaría que su aplicación da efectivo cumplimiento a los derechos asegurados en los numerales 4º y 1º, respectivamente, del artículo 19 de la Carta Fundamental y, por ende, la norma impugnada no resultaría contraria a la Constitución.

Por el contrario, la interpretación consignada precedentemente podría implicar que, al amparar tales derechos constitucionales, se dejara sin efecto los derechos a la identidad personal, a la integridad psíquica y a la honra del demandante en un juicio de reclamación de paternidad, asegurados, respectivamente, por el artículo 5º, inciso segundo, y por el artículo 19, N.ºs. 1º y 4º, de la Constitución. Lo anterior, porque en el evento de haber fallecido el supuesto padre o madre, el afectado se vería impedido de accionar para reclamar su filiación contra los herederos de aquel o aquella, si no se encuentra en los supuestos previstos en el artículo 206 del Código Civil;

Vigésimo: Que, entonces, cabe preguntarse ¿qué solución debe propiciar el juez constitucional ante una antinomia de esta naturaleza? ¿Puede aplicarse el criterio de jerarquización de los derechos –sugerido para solucionar conflictos como el planteado– cuando los que se encuentran comprometidos son, en general, equivalentes (derecho a la integridad psíquica y a la honra de la persona y de su familia) y, más aún, se encuentran en directa ligazón con la dignidad humana, valor supremo que preside toda nuestra Constitución?;

Vigésimo primero: Que, apelando a los criterios propios de la hermenéutica constitucional, parece necesario conciliar los derechos comprometidos en la antinomia producida en virtud de aquel que alude a la concordancia práctica y que exige que el intérprete pondere los bienes y derechos en conflicto a fin de armonizarlos y solo en caso de no ser ello posible, dé prevalencia a uno sobre los otros, precisando claramente los requisitos o condiciones en que ello sería admisible. Se trata entonces de impedir el sacrificio total de cualquier principio, derecho o bien constitucional (Humberto Nogueira Alcalá. “Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos.” Editorial Librotecnia, Santiago, 2006, p. 122);

Vigésimo segundo: Que, siguiendo ese parámetro hermenéutico, debe tenerse presente que en la antinomia planteada el hijo que reclama la filiación de los herederos del padre o madre fallecido, no solo está ejerciendo sus derechos a la integridad psíquica y a la honra, sino que –como ya se expresó– su derecho a la identidad personal. Es decir, coincide con los herederos en el propósito de ejercer eficazmente los dos primeros derechos mencionados, pero hay uno adicional –el de la identidad personal– que solo está en juego tratándose de quien reclama la paternidad o maternidad.

Podría sostenerse, así, que una solución al conflicto planteado sería privilegiar la acción del hijo contra los herederos del supuesto padre o madre, sin restricciones como las que contempla el artículo 206 del Código Civil, porque, en el caso de este hay un mayor número de derechos comprometidos que en el caso de los herederos.

Sin embargo, una solución de esa naturaleza, a juicio de esta Magistratura, no da plena aplicación al principio de concordancia práctica ya explicado;

Vigésimo tercero: Que, más bien, habrá que intentar armonizar los derechos del supuesto hijo y de los herederos procurando que ninguno de ellos quede anulado. Desde esa perspectiva, puede sostenerse que los derechos a la integridad psíquica y a la honra de los herederos podrían verse afectados por el solo hecho de deducirse una acción de filiación que perturbe la tranquilidad y seguridad de la familia, unido a la posibilidad de que deba autorizarse la exhumación del cadáver del supuesto padre o madre para practicar las pruebas biológicas correspondientes más allá de los supuestos restrictivos que consagra el artículo 206 del Código Civil.

Sin embargo, resulta evidente que la eventual afectación de la honra de la familia y de la tranquilidad psíquica de sus integrantes se ve mitigada si la legislación permite que el accionante de mala fe pueda recibir alguna sanción por su proceder perturbador, como ocurre con alguna de las vías mencionadas en el párrafo final del considerando decimoctavo de esta sentencia.

Además, parece importante diferenciar entre el reclamo destinado a constatar la calidad de hijo y aquel que, además, pretende consolidar los efectos patrimoniales que de ello se derivan. Estos últimos se encuentran afectos a las limitaciones contenidas en el artículo 195 del Código Civil que precisa: *“La ley posibilita la investigación de la paternidad o maternidad, en la forma y con los medios previstos en los artículos que siguen. El derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable. Sin embargo, sus efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia.”* (Énfasis añadido).

Algunos autores –partidarios de defender la letra y el espíritu del artículo 206 del Código Civil– han llegado a esta misma conclusión. Así, se ha sostenido que: *“De lege ferenda, estimamos que puede estudiarse una reforma para hacer primar el derecho a la identidad, pero siempre que sea este interés el que se persiga por el demandante. De esta manera, de modo semejante a lo que previó la ley, en el art. 5º transitorio para los fallecidos antes de la entrada en vigor de la ley N° 19.585, se podría señalar que en tales casos la acción solo tendrá los efectos de determinar la filiación pero no consecuencias o efectos patrimoniales”* (Corral, ob. cit., p. 21);

Vigésimo cuarto: Que, por lo tanto, una interpretación armónica del sistema de reconocimiento de la filiación existente en Chile permite concluir que los herederos de la persona cuya paternidad o maternidad se reclama pueden quedar salvaguardados, en alguna forma, en su integridad psíquica y en la honra de su familia y, también, en su derecho de propiedad generado a raíz de la sucesión por causa de muerte; en este último caso, porque la posibilidad de reclamar la herencia del supuesto padre o madre siempre estará limitada por las reglas generales de prescripción y renuncia.

Expresado en otros términos, esta forma de entender la calidad de los herederos como legitimados pasivos permanentes y, en todo evento, en las acciones de reclamación de maternidad o paternidad no conduce a la anulación total de sus derechos que podrían verse comprometidos, sino que simplemente los restringe, posibilidad que no le está vedada al legislador, siempre que no pase a llevar la esencia de los derechos respectivos ni les imponga condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio, conforme al numeral 26 del artículo 19 de la Constitución, lo que no acontece en el presente caso;

Vigésimo quinto: Que, en el caso del hijo que, como ocurre en la especie, está reclamando el reconocimiento de su filiación, aunque no se encuentre dentro de los supuestos previstos en el artículo 206 del Código Civil a juicio del juez de la causa, se encontraría en la imposibilidad de accionar contra los herederos del supuesto padre viéndose privado absolutamente de la facultad de ejercer su derecho a la identidad personal, afectándose, además y de forma permanente, su integridad psíquica y su honra.

En efecto, si –como en el caso de autos– el supuesto padre ha fallecido después de transcurridos los ciento ochenta días siguientes al parto, el demandante quedará siempre con la interrogante abierta acerca de su origen y, por ende, de su verdadero nombre, que es un atributo de la personalidad. Esa hipótesis efectivamente podría darse en la causa *sub lite* en caso de que el juez estimase, precisamente, que el actor no se encuentra dentro de los supuestos contemplados en el precepto legal impugnado;

Vigésimo sexto: Del examen de la discusión parlamentaria que dio origen a la Ley N° 19.585 puede inferirse que algunos legisladores visualizaron la total afectación para el derecho a la identidad personal que podría producirse en caso de establecer limitaciones para accionar contra los herederos cuando el padre, como en el caso en examen, ha fallecido fuera de los supuestos que se contemplaban en el artículo que se venía discutiendo y que pasó a ser el artículo 206 definitivo del Código Civil. Los senadores Carmen Frei, Juan Hamilton, Ricardo Núñez, Carlos Ominami y Anselmo Sule plantearon una indicación (la N° 86) para reemplazar el artículo que se venía discutiendo en orden a “*suprimir el requisito de que, en este caso,*

la muerte del padre o madre haya ocurrido dentro de los ciento ochenta días siguientes al nacimiento, de forma que la acción pueda entablarse contra los herederos sin esa limitación". (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación);

Vigésimo séptimo: Que, en otro orden de consideraciones, el criterio de hermenéutica constitucional conocido como la regla del "efecto útil" exige propiciar interpretaciones que no priven absolutamente de efectos a los valores, principios y reglas constitucionales. Según Luchaire, "*cuando una disposición es susceptible de dos sentidos, es preferible entenderla en aquel que le permite tener algún efecto antes que en el sentido con el cual no podría producir ninguno*". (Citado por Nogueira, ob. cit., p. 119).

Así, también desde este punto de vista, no corresponde acoger una interpretación que, restringiendo la posibilidad de obtener el reconocimiento de la paternidad solo a la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 206 del Código Civil, pugne con el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, dejando sin efecto el derecho a la identidad personal, en estrecho ligamen con el valor de la dignidad humana, consignado en su artículo 1º, inciso primero [...].

2.2. Especial interés tiene la disidencia de los ministros señores Colombo, Navarro y Carmona en la STC rol 1.340/2009, de 29 de septiembre de 2009, disidencia partidaria de una competencia tasada del Tribunal Constitucional y que es coherente con la doctrina jurisprudencial de no abrir el parámetro del control de constitucionalidad, dados los quebrantos que produce a la seguridad jurídica y al sistema de fuentes formales del ordenamiento al menos; todo en línea o congruente con la STC rol N° 1.284/2008, de 24 de septiembre de 2009 dictada en la causa de inaplicabilidad denominada "servidumbres mineras".

En efecto, los ministros disidentes del Tribunal Constitucional argumentan coherentemente con lo resuelto días antes (24 de septiembre de 2009) por la misma Judicatura en sede de inaplicabilidad al negarse a la apertura del parámetro del control de constitucionalidad a leyes orgánicas constitucionales. Al efecto los ministros disidentes afirman:

"Primero. Que el Tribunal Constitucional no conoce de todo conflicto que se suscite. Solo está facultado para conocer de ciertos conflictos constitucionales que lista el artículo 93 de la Constitución de modo taxativo. El resto de los conflictos, los conocen otros órganos jurisdiccionales.

Segundo. Que los conflictos que conoce en sede de inaplicabilidad tienen en común el hecho que se produzca en ellos una vulneración de la Constitución, por violación de uno o más de sus preceptos, por una determinada

aplicación de un precepto legal a una gestión pendiente. Lo que evalúa esta Magistratura en esos casos “...no es la eventual aplicación incorrecta o abusiva de dicho precepto [impugnado] que pudiese efectuar un tribunal, la que corresponderá corregir a través de los diversos recursos que contemplan las leyes de procedimiento, sino la aplicación de dicho precepto, que rectamente interpretado y entendido infringe la Carta Fundamental...” (STC rol 794, 12/6/2007). En otras palabras, si se infringe la ley o el conflicto es producto de cierta interpretación errada de la misma –lo que puede ocurrir, entre otras razones, porque se le está dando un sentido que esta no tiene o porque la interpretación que se hace de ella es demasiado restringida y no aplica correctamente el elemento lógico de interpretación o porque la interpretación contradice lo dispuesto en un tratado internacional ratificado por Chile–. En todos aquellos casos no estamos frente a un conflicto del que esta Magistratura deba hacerse cargo. No corresponde transformar en conflictos de constitucionalidad los vacíos o las contradicciones de las normas legales si estas pueden ser solucionadas con una debida interpretación o integración. En ese sentido, esta Magistratura ha señalado que son inadmisibles los requerimientos que van dirigidos en contra de las actuaciones del juez en lugar de dirigirse en contra de los preceptos aplicados”.

La misma disidencia sitúa el conflicto planteado por el tribunal del fondo a través de la cuestión de inaplicabilidad como un problema de interpretación de la ley y, en consecuencia, no un conflicto constitucional, sino como una cuestión de legalidad, ya que, la eventual contradicción de una interpretación posible del precepto legal impugnado con la Constitución se salva por el tribunal del fondo o juez empleando reglas hermenéuticas que aseguren una interpretación conforme con la Carta.

Señalan los ministros disidentes del Tribunal Constitucional lo siguiente:

“Tercero. Que, en el presente caso, hay un problema interpretativo de nivel legal, pues hay dos posiciones que se enfrentan sobre el sentido y alcance del artículo impugnado. Una tesis, que llamaremos restrictiva, sostiene que el artículo 206 solo permite que los hijos del presunto padre o madre muerto para demandar a los herederos de este en búsqueda del reconocimiento filiativo, lo puedan hacer únicamente en los dos casos que contempla: hijo póstumo y padre o madre fallecidos dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto. La otra tesis, que llamaremos amplia, sostiene que este precepto debe mirarse como una excepción, pues hay otros preceptos del Código Civil que abren la posibilidad de demanda a otras situaciones que las contempladas en el precepto impugnado.

Los argumentos para una y otra tesis, han sido desarrollados en el voto de mayoría (considerandos 16° y 17°). Por lo mismo, no volveremos sobre ellos.

Cuarto. Que para construir la inconstitucionalidad, el requerimiento opta por la tesis restrictiva. La imposibilidad de demandar de reconocimiento filiativo a posibles hijos que se encuentran en situaciones distintas a las reguladas en el artículo impugnado es lo que funda la eventual vulneración del derecho a la identidad (no se permite demandar a todos por el reconocimiento de su origen) y de la igualdad ante la ley (aquellos que se encuentran en las situaciones del artículo son privilegiados en relación al resto).

Quinto. Que, como se observa, para construir la posible inconstitucionalidad se ha debido descartar la tesis que hace viable las posibles demandas y que elimina los reproches de infracción a la Constitución. Una vez tomada esa opción, se desarrollan los posibles conflictos entre derechos. Ello, a juicio de estos disidentes, implica, en primer lugar, tomar partido en un conflicto de nivel legal, invadiendo las atribuciones de los tribunales ordinarios y convirtiéndose en árbitro de disputas legales. El hecho de que exista jurisprudencia de diversos tribunales, incluida la Corte Suprema, resolviendo el presente conflicto, sin necesidad de recurrir a normas constitucionales, demuestra la existencia de dicho conflicto legal.

No le corresponde a esta Magistratura sustituir al juez ordinario definiendo una interpretación legal correcta. Una intervención en ese sentido lo convierte en un juez de casación, o sea, de guardián de la correcta aplicación de la ley”.

Los ministros disidentes estiman que ante tal problema de interpretación legal, el tribunal del fondo debe agotar las posibilidades de interpretación conforme a la Constitución y no fabricar la cuestión de inaplicabilidad a partir de una duda razonable montada sobre una hipótesis (producto interpretativo de la lectura del juez requirente) restrictiva y no garantista. En este sentido los ministros disidentes exhortan a:

“**Sexto.** Que, en segundo lugar, implica contradecir el principio interpretativo conforme al cual solo si se agotan las posibilidades de conciliar la norma cuestionada con la Carta Fundamental, cabe declarar la inconstitucionalidad. Pero si dicha posibilidad existe, tal declaración debe evitarse por estar en juego la presunción de constitucionalidad de las normas legales y la deferencia que esta Magistratura debe tener con el legislador.

Séptimo. Que, en efecto, como lo señala García de Enterría, la presunción de constitucionalidad no es solo la afirmación formal de que cualquier ley se tendrá por válida hasta que sea declarada inconstitucional, sino que implica materialmente algo más: *“primero, una confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución; en segundo término, que una ley no puede ser declarada inconstitucional más que cuando exista ‘duda razonable’ sobre su contradic-*

ción con la Constitución; tercero, que cuando una ley esté redactada en términos tan amplios que puede permitir una interpretación constitucional habrá que presumir que, siempre que sea ‘razonablemente posible’, el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha ley es precisamente la que permitirá mantenerse dentro de los límites constitucionales” (García de Enterría, Eduardo; “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”; Civitas; 3ª ed.; Madrid, 1985; p. 96).

Tal como lo explica Patricio Zapata, “la doctrina de la *“presunción de constitucionalidad”* postula que, existiendo dudas respecto a la constitucionalidad de un acto de otro poder del Estado, el TCCh debe, en principio, presumir su constitucionalidad y abstenerse de anular las disposiciones sospechosas. Tal presunción se destruiría únicamente cuando la oposición entre el acto sospechoso y la Carta Fundamental fuera concluyente”. (Zapata Larraín, Patricio, Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho Chileno y Comparado; Editorial Jurídica; Santiago, 2008; p. 243).

Esta misma Magistratura ha señalado, en relación al principio de constitucionalidad de la ley, que “...lo fundamental de este principio consiste en que se presumen válidas y legítimas las normas aprobadas por los Poderes del Estado y que solo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella. Este principio tiene muchos fundamentos, pero, por ahora, cabe solo señalar dos: la separación de Poderes y el recíproco respeto que los distintos órganos del Estado se deben entre sí y, tratándose de leyes, lo difícil que resulta reemplazar la norma expulsada del ordenamiento jurídico por la declaración de inconstitucionalidad, por las complejidades propias del proceso de formación de la ley...” (STC rol 309, 4/08/2000). Este principio es más intenso aún en la inaplicabilidad, pues el precepto debe “resultar decisivo en la resolución de un asunto”. Ello implica un juicio de utilidad o de eficacia del precepto legal objetado, pues si existen otros preceptos legales que permiten arribar a la misma conclusión que se produciría acogiendo la inaplicabilidad, la norma objetada no es decisiva.

Octavo. Que, en íntima conexión con el principio de presunción de constitucionalidad de la ley se encuentra el principio de la “interpretación conforme”, en virtud del cual el Tribunal intenta “*buscar la interpretación de las normas que permitan resolver, dentro de lo posible, su conformidad con la Constitución*” (STC rol 217). Y solo si ello no es posible, es decir, si se han agotado los esfuerzos de conciliación entre la norma objetada y la Constitución, cabe la declaración de inconstitucionalidad, pero no antes; “*no cabe pronunciarse por la inconstitucionalidad de una norma si la misma admite, correctamente interpretada, una lectura conforme a la Carta Fundamental*” (STC rol 1337).

Noveno. Que ambos principios tienen plena aplicación en el presente caso, pues existe una interpretación que armoniza el texto impugnado con la Carta Fundamental. Ello, sumado a la presunción de constitucionalidad, impide a esta Magistratura declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto legal impugnado, pues existe una duda más que razonable para proceder en este sentido. No es definitivo que exista una incompatibilidad indudable entre el artículo impugnado y la Carta Suprema”.

Finalmente, los ministros disidentes en aras de la coherencia de la argumentación precisan el contenido de la garantía institucional genérica de derechos fundamentales y derechos humanos del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución al señalar:

“Undécimo. Que, por otra parte, cabe considerar que el deber de respeto y promoción a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que estén establecidos en tratados internacionales ratificados por nuestro país y vigentes, es un mandato para los “órganos del Estado”. Pero dicho mandato lo deben cumplir desde sus propias atribuciones. El artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución Política, no es una habilitación de potestades para que cualquier órgano del Estado, bajo el pretexto de invocar su obligación de respeto y promoción, exceda o invada la competencia de otros órganos del Estado. Por lo demás, este mandato no es solo para el Tribunal Constitucional. Este no tiene el monopolio de la promoción y respeto de los derechos esenciales consagrados en los tratados internacionales. En tal sentido, los jueces encargados de resolver la gestión pendiente tienen más que una orientación para buscar una salida al conflicto interpretativo que nos ocupa y que concilie los textos legales con los preceptos internacionales.

En el presente caso, a juicio de estos disidentes, puede perfectamente armonizarse ley y tratados, sin poner entre medio la Constitución”.

No es este el lugar para extendernos en un merecido comentario crítico de las sentencias del Tribunal Constitucional, cuya inconsistencia es patente en relación a admitir un “bloque constitucional” que abra el derecho material de esta Judicatura, de suerte que el parámetro del control de constitucionalidad es el Derecho de la Constitución o Constitución, o un amorfo “bloque constitucional” en que la iusfundamentalidad no arranca de la posición y entidad de la fuente formal Constitución, sino de una “esencialidad” metafísica: la naturaleza humana y el taumatúrgico valor-principio de dignidad humana, como fundantes de derechos esenciales-fundamentales.

La artificialidad de incrustar el “bloque de constitucionalidad” y los peligros que esta fórmula importa para el sistema de fuentes y el principio democrático, por

una parte, y para la posición y legitimidad del Tribunal Constitucional, por otra, lo hemos puesto de relieve en otros lugares y criticando la postura que en este campo sostiene el distinguido profesor Humberto Nogueira Alcalá¹⁸.

IV. Conclusiones

Finalmente, cerrando el abordaje de la “cuestión de inaplicabilidad” cabe preguntar, lo mismo que otros juristas locales al adentrarse en los temas de jurisdicción constitucional y al comentario de jurisprudencia: *¿Quo Vadis* Tribunal Constitucional?, pregunta-dilema que nos reconduce a la posición del Tribunal en el balance de poder, el permanente “Scila” del activismo judicial y el permanente “Caribdis” de la autolimitación y deferencia con los poderes públicos democráticos y, en último término, con el pueblo, último depositario del Poder Constituyente.

En un Estado democrático, esta posición del Tribunal Constitucional la fija la Constitución, importando subordinación del Tribunal a esta y deferencia con los poderes públicos y, de ningún modo, la creación pretoriana del Derecho de la Constitución por quienes están llamados a actualizar e interpretar las normas iusfundamentales en un proceso político abierto y en una comunidad abierta de intérpretes de las mismas normas. Subyace a lo dicho algo elemental, la Constitución, en un sistema de fuentes formales del ordenamiento de raíz democrática, es un subsistema normativo infundamental expresión autodeterminada de las decisiones fundamentales que el pueblo adopta en un tiempo histórico y no el fruto de decisiones judiciales de quienes tienen una competencia tasada con “absoluta precisión” en la Constitución para su defensa (STC rol N° 1.295/2008, de 6 de octubre de 2009, cons.12º). En consecuencia, la posición jerárquica de la Constitución y doble dimensión de fuente de fuentes formales y de fuente de un derecho específico (Derecho de la Constitución), enlaza con el principio democrático, tal cual la modélica “Stufenbau Theorie” de la Escuela de Viena (Merkl y Kelsen) nos invita a concebir el edificio estatal.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional tiene una posición que determina su relación hacia los poderes públicos democráticos y, en especial, hacia el legislador democrático, posición que importa deferencia y de no admitir la justiciabilidad de las cuestiones políticas; velando por que “[...] la ley no vulnere los límites constitucionales, lo que significa... garantía de una cierta esfera de autonomía del

¹⁸ Zúñiga Urbina, Francisco (2006): *Control de Constitucionalidad y Sentencia*. Santiago de Chile: LOM, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 34. Véase también mi artículo titulado: “Derechos Humanos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno: apostillas sobre Tratados y Constitución”, en: *Revista de Derecho Político*. N° 71-71 (2008). Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, pp. 787-827. Para conocer nuestro comentario crítico de las STC rol N° 1.284/2008 de 24 de septiembre de 2009 y STC rol 1.340/2009 de 29 de septiembre de 2009, consultar Gaceta Jurídica N° 351, sección de jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

legislador, que comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de conveniencia y oportunidad política que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa orgánica” (STC rol N° 1.295/2008, de 6 de octubre de 2009, cons. 28°; en el mismo sentido SSTC roles N° 786/2007 y N° 896/2007, entre otras).

Las aporías de la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional acerca del binomio legalidad-constitucionalidad, abren una incógnita acerca del empleo futuro de la “cuestión de inaplicabilidad” por los jueces. Esta incógnita deriva de los desincentivos, en orden a entablar “cuestiones de inaplicabilidad” por los jueces, que la jurisprudencia del Tribunal produce en la medida que, por una parte, reafirma la vinculación primaria de los tribunales del fondo al principio de legalidad, en un sistema de fuentes en el cual aun la ley es la fuente central del ordenamiento jurídico y, por otra, contradictoriamente al ampliar el parámetro del control de constitucionalidad, al menos implícitamente afirmando un “bloque constitucional de derechos”, a través del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución y su reenvío a derechos humanos de fuente convencional, limita severamente las posibilidades de que los tribunales del fondo realicen una hermenéutica de la ley conforme a la Constitución y le confieran a los tratados internacionales de derechos humanos, dotados en sus disposiciones de densidad normativa y autoejecutividad necesarias, una aplicación preferente frente a fuentes formales infraconstitucionales, resolviendo así el conflicto de normas, e interpretando derechos conforme a reglas o principios que aseguren su más plena eficacia.

En términos simples, destruir la Constitución formal o Derecho de la Constitución, imponiendo una Constitución material, bajo la forma de “bloque constitucional de derechos”, no solo quiebra los principios ordenadores de las fuentes y el principio democrático, sino que genera en la separación, entre el campo de la legalidad propia de la competencia de los tribunales del fondo, y el campo de la constitucionalidad, la clausura de una sana o vivificante constitucionalización del obrar jurisprudente de los tribunales del fondo utilizando la técnica hermenéutica de la interpretación conforme a la Carta de la ley y las fuentes del derecho que utilizan en sus decisiones, y la clausura de una nueva cultura garantista de estos tribunales (y jueces) que les invite a utilizar los tratados internacionales de derechos humanos, como fuentes *extraordinem* incorporadas al ordenamiento jurídico. El “bloque constitucional de derechos” incorpora a la Constitución material a los tratados internacionales e insufla el parámetro del control de constitucionalidad que emplea el Tribunal Constitucional, utilizando para ello incorrectamente la garantía institucional del artículo 5° inciso segundo de la Constitución, y de este modo sustrae tales tratados del campo de la legalidad o decisión de los tribunales del fondo.

Asimismo, esta criticada orientación jurisprudencial del Tribunal, cierto aún en pañales, es prisionera de la suma de muchas patologías que aquejan a la jurisdicción constitucional, el activismo judicial, el cual en la demarcación de los campos de la legalidad y constitucionalidad, y vinculaciones de los jueces al principio

de legalidad y a la Constitución, termina siendo muy poco deferente con los tribunales del fondo. En especial es muy poco deferente con el Poder Judicial, el cual está enderezado, en ejercicio de su “potestad conservadora” a la tutela de derechos fundamentales a través del proceso de amparo ordinario y a la tutela de los derechos humanos en general, tutela judicial restauradora o reintegrativa que utiliza como derecho material el Derecho de la Constitución, la legislación y los tratados internacionales de derechos humanos.

En este escenario, como decíamos antes, el binomio legalidad-constitucionalidad resuelto contradictoriamente por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia reciente, más que abrir un puente entre esta Judicatura y los tribunales del fondo, lo cierra al clausurar los incentivos a los jueces para intervenir vía “cuestión de inaplicabilidad” en el control concreto de constitucionalidad de las leyes, anulando al mismo tiempo la posibilidad de abrir la cultura jurídica legiscentrista en que se forman y actúan los jueces a una imperiosa constitucionalización, por una parte, respetuosa de la vinculación de estos a la ley y por otra receptiva por los mismos jueces al paradigma garantista.

Por último, esta reciente y contradictoria jurisprudencia contribuye a deslegitimar al Tribunal Constitucional, un tribunal de derecho, llamado a insertarse en el sistema judicial con deferencia hacia el Poder Judicial y la Justicia Electoral, ya que, como lo indica la Judicatura Constitucional, la decisión acerca de conflicto de normas, integración e interpretación de normas legales corresponde exclusivamente a los tribunales creados por ley, y tratándose del orden judicial el órgano llamado a unificar la interpretación de la ley es la Corte Suprema (STC rol N° 1.295/2008, de 6 de octubre de 2009, STC rol N° 810/2008, cons. 9°, y SSTC roles N° 513/2006, N° 980/2007, N° 1.201 y N° 1.240). El Tribunal Constitucional encuentra su legitimidad instrumental en la actualización a través del proceso constitucional del Derecho de la Constitución, por lo que sus decisiones o sentencias son claves en tal legitimidad, deben ser fundadas, consistentes y comunicables a los poderes públicos, a los justiciables y a la opinión pública. Luego más allá del consenso-disenso que planteen las sentencias del Tribunal en la opinión pública, en la academia y en el foro, las que nutren a la doctrina y al debate constitucional, si cabe esperar de estas decisiones una cierta consistencia, y que permitan abrir un puente entre legalidad y constitucionalidad.

El Tribunal en su jurisprudencia de inaplicabilidad o control concreto también debilita el nexo con los tribunales del fondo, ya que, los efectos de la sentencia estimatoria tanto directo de inaplicación, negativo o inhibitorio en relación al precepto legal impugnado y efectos indirectos “revocatorio” y “casatorio”, se ven severamente limitados, exponiéndose a la emisión de “sentencias inútiles”, en la medida que esta Judicatura insiste en un control de constitucionalidad que es un control de aplicación de normas legales, en que la constitucionalidad se enjuicia a partir del caso concreto o por los efectos del precepto legal contradictorios con la Constitución, pero a partir de un ejercicio anticipatorio e hipotético, desvin-

culado de aplicación que el tribunal del fondo realice del precepto legal a través de sus decisiones (sentencia definitiva, sentencia interlocutoria o autos) recaídas en una cuestión principal, incidental o accesoria ventilada en la gestión judicial pendiente. En otro lugar no hemos planteado críticamente con esta doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, el cual en fecha reciente ha insistido en esta línea de trabajo (STC rol N° 1.295/2008, de 6 de octubre de 2009, considerandos 23° a 25°); línea que termina cerrando el puente entre constitucionalidad y legalidad a través de las sentencias estimatorias de inaplicabilidad, y exponiendo, a fuerza de hipotetizar en el control de aplicación de normas, a esta Judicatura suprema a la expedición de “sentencias inútiles”.

Sin embargo, prospectivamente estas orientaciones jurisprudenciales, pueden cambiar, pero se instalan en un contexto político institucional de pasado y presente en que esporádicamente el Tribunal Constitucional emerge como un actor del proceso político, dueño o creador pretoriano *deus ex machina* de su competencia, erigido en custodio supremo de la Constitución y de su “sistema material de valores” obra de un Poder Constituyente autoritario en lo político y neoliberal en lo económico, refugiada en un inocultable originalismo (textualista o intencionalista), y que realiza una lectura de la Ley Fundamental desde un anacrónico horizonte ideológico-valórico (neo) iusnaturalista o principialista, que verbigracia le permite la conversión de derechos humanos en derechos fundamentales, por una especial alquimia: la esencialidad-fundamentalidad de los derechos que emanan de la “naturaleza humana”.

Ciertamente se abre hoy un compás de espera, y dialécticamente cabe abrigar la esperanza de que se resuelva la jurisprudencia del Tribunal por la conciliación de legalidad y constitucionalidad, en la que los jueces tienen vía franca para acceder a esta Judicatura una vez agotadas las posibilidades de interpretación conforme a la Constitución y dispuestas las fuentes formales del ordenamiento destinadas a heterocomponer el conflicto desde las coordenadas de una cultura garantista. Asimismo cabe esperar que prime en el Tribunal Constitución una autocomprensión de este órgano como un tribunal de derecho, con una posición institucional orientada al balance de poder desde una competencia tasada en la Constitución, interactuando desde la deferencia y autolimitación con los poderes públicos democráticos e integrando armónicamente el “sistema judicial”, poseedor de una legitimidad instrumental, y por ende precaria en una “democracia constitucional”. El Tribunal Constitucional tiene un lugar en la siempre inacaba empresa o lucha por asegurar el imperio del derecho.