

¿INCONSTITUCIONALIDAD EN ABSTRACTO O EN CONCRETO?

¿ABSTRACT OR CONCRETE CONSTITUTIONAL JUDICIAL REVIEW?

*Pablo Rodríguez Grez**

Resumen

El presente artículo tiene por objeto precisar cuál es la competencia del Tribunal Constitucional para conocer del recurso de inaplicabilidad. Si se estableciera que a este corresponde resolver *en abstracto*, el ámbito de sus atribuciones se reduciría considerablemente, limitándose a contrastar el precepto legal objetado con las normas constitucionales. A la inversa, si dicha apreciación debe hacerse *en concreto*, se amplían las referidas atribuciones a tal extremo que un mismo precepto legal puede ajustarse en ciertos casos a la Carta Fundamental y en otros contradecirla, dependiendo de la interpretación que en uno y otro caso se acuerde. Habida consideración, entre otras razones, de que la cuestión debe resolverse en la fase de admisibilidad y que admitir una apreciación *en concreto* implicaría asignar al Tribunal Constitucional facultades hermenéuticas propias de los jueces del fondo, debe concluirse que a los jueces constitucionales está confiado un control normativo que supone siempre una apreciación *en abstracto*.

Palabras clave. Tribunal Constitucional, control concreto, control abstracto

Abstract

The purpose of this article is to precise the power of the Constitutional Court in reviewing the as-applied action of unconstitutionality (*recurso*

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Artículo recibido el 5 de febrero de 2013 y aceptado para su publicación el 4 de marzo de 2013. Correo electrónico: cadasme@udd.cl

de inaplicabilidad) in judicial review of statutory rules. If the Court resolves the cases using an abstract review (only comparing the legal statutory rule with the constitutional norms), then its powers would be reduced. On the contrary, if the judicial review action is considered as a concrete (as applied) examination, the Court's powers would be increased in a way that the same legal rule can be considered as adjusting the Constitution in some cases, and contradicting constitutional norms in others, depending on judicial interpretation. Since this question must be addressed in the preliminary admissibility examination, and that the concrete review model gives the Constitutional Court powers that belong to non-constitutional ordinary judges, it must be concluded that constitutional justices should only review the statutory rules using an abstract examination.

Keywords. Constitutional Court, concrete judicial review, abstract judicial review

El Tribunal Constitucional chileno no ha resuelto definitivamente cuál es el alcance del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. ¿Deben nuestros jueces pronunciarse sobre si el precepto impugnado contraviene el mandato del constituyente cualquiera que sea su interpretación y, por ende, la aplicación que se escoja; o bien su decisión referirla a una determinada interpretación, atendiendo a la influencia de la norma en el juzgamiento de la gestión en que incide? En el primer caso nos hallamos ante una inconstitucionalidad *en abstracto* (se contrapone el mandato legal con el mandato constitucional), en el segundo caso, ante una inconstitucionalidad *en concreto* (se contrapone una cierta aplicación del precepto con el mandato de la Carta Fundamental)¹.

¹ Nosotros distinguimos a la hora de describir el ordenamiento jurídico dos tipos diferentes de mandatos: “normas” y “reglas”. Los primeros son mandatos generales y abstractos; los segundos son mandatos particulares y concretos. Las normas (Constitución, ley y reglamento) tienen como función esencial dotar a la construcción de las gradas inferiores de validez jurídica, lo que se logra mediante la transferencia de los “elementos normativos” de la norma superior a la inferior o regla, a través de un proceso de concretización gradual que permite individualizar al destinatario final del mandato normativo. Podría decirse, entonces, que la validez jurídica arranca de la “información genética” que proporciona la norma superior a la norma inferior o regla en su caso. De allí que, siguiendo a Bobbio, pueda afirmarse que la norma tiene dos funciones: de “ejecución” del mandato superior (la ley ejecuta lo ordenado en la Constitución; el reglamento, lo ordenado por la ley; las reglas, el mandato de las leyes y reglamentos); y de “producción” de una norma inferior o regla (la Constitución produce los preceptos legales; y éstos, los reglamentos y las reglas). De lo indicado se desprenden dos conclusiones de importancia: el ordenamiento jurídico se desarrolla bajo la premisa de una progresiva singularización y concreción de los diversos mandatos normativos; los que se cumplen a través de las reglas,

I. Interpretación jurídica e inconstitucionalidad

Comencemos por destacar que el alcance del recurso de inaplicabilidad está directamente relacionado, y aun condicionado, por la teoría de la interpretación, ya que ella (la interpretación) no es más (ni menos) que el método mediante el cual se aplica una norma jurídica por la respectiva potestad. Dicha norma jurídica puede tener distintas lecturas y, por lo mismo, conducir a diversas conclusiones a la hora de singularizarse su mandato. Corresponde al intérprete determinar cuál es la lectura correcta (desentrañar el verdadero sentido y alcance de la ley), decisión que resuelve su aplicación al caso que se trata de juzgar. Recordemos, por otra parte, que la “validez jurídica” (capacidad de la norma para obligarnos) está dada por los elementos normativos que se transmiten de la norma superior a la norma inferior o la regla. Gracias a ello es posible hacer del sistema jurídico un todo coherente y armónico, característica esencial de su estructura escalonada. El derecho no admite contradicciones, y si las hay, arbitra los mecanismos para resolverlas y recomponer su unidad. Si admitimos –lo que es evidente– que el sistema jurídico está compuesto por un conjunto de “normas” y de “reglas” organizadas jerárquicamente, y que las superiores (de mayor poder vinculante) condicionan en parte el contenido de las inferiores, sin afectar un margen propio que pertenece a cada una de las potestades (legislativa, reglamentaria, jurisdiccional, administrativa y autonomía privada) para completar la elaboración del mandato que les está confiado (ley, reglamento, sentencia, resolución administrativa, actos y contratos), se llegará a la conclusión que el método interpretativo por excelencia está dado por la Constitución, ya que nada debe contravenir sus mandamientos. Aquí radica, precisamente, la vigencia del principio de “supremacía constitucional”².

puesto que son ellas las que descienden a la regulación de la vida social. El imperado cumple directamente las “reglas” e indirectamente las “normas”, puesto que éstas transmiten sus elementos esenciales a la creación inferior y, gracias a ello, adquieren validez jurídica. El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad forma parte del sistema de “control de juridicidad” de que está dotado el sistema jurídico, lo cual equivale a decir que éste vela porque no se produzca una contradicción entre la norma superior (Constitución) y la inferior (ley).

² Hans Kelsen, al tratar el orden escalonado del sistema jurídico, sostiene que... “la norma de grado superior regula el acto por el cual es creada la norma de orden inferior (o acto de ejecución, según los casos); así, pues, no sólo determina el procedimiento con arreglo al cual ha de crearse la norma, sino que, eventualmente, prescribe también cuál ha de ser el contenido de la misma...”. Más adelante agrega: “Pero esta determinación no es nunca completa. La norma de la grada superior no puede vincular exhaustivamente al acto que la ejecuta. Siempre tiene que quedar un margen más o menos amplio de libre

Ahora bien, el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no hace más que expresar lo señalado, ya que se trata de evitar que se aplique un precepto legal que no se aviene con lo ordenado por el constituyente. Así las cosas, el intérprete deberá escoger siempre, para precisar el sentido de una norma legal, aquello que mejor se avenga y corresponda con lo previsto en la Carta Fundamental. Creemos firmemente que más allá de los elementos de interpretación formal y de manera preferente, debe optarse, en cualquier instancia, por privilegiar la voluntad de la Constitución, haciéndola prevalecer. Sólo una vez agotada esta alternativa puede, razonablemente, recurrirse a los elementos tradicionales de interpretación, dejando a salvo lo más sensible del sistema jurídico: su coherencia, armonía y unidad³. Desde este punto de vista, la función del Tribunal Constitucional comienza a esclarecerse, puesto que fuerza concluir que el precepto atacado debería tener el sentido, intención y espíritu que permita armonizarlo con el texto constitucional. Sólo si dicho recurso no facilita el esclarecimiento de la norma legal o ella se abre a varios posibles sentidos, entrará en juego el problema que nos planteamos. Conclúyese, entonces, que la tarea primordial de un tribunal constitucional es descubrir si existe un sentido, entre otros susceptibles de precisarse, que determine que el precepto legal impugnado guarda armonía con la Carta Fundamental –en cuyo caso la inaplicabilidad es improcedente–, o en descubrir que en ningún sentido puede su texto armonizarse con el mandato del constituyente –en cuyo caso deberá declararse inaplicable–. *Resulta lógico*

apreciación: de modo que, por relación al acto ejecutivo de creación o mera ejecución material, la norma de la grada superior tiene siempre el carácter de un marco que dicho acto se encarga de llenar...”. En estos párrafos queda en evidencia lo que venimos sosteniendo: la norma superior condiciona el valor de la norma inferior trasmitiéndole su “información genética” (elementos normativos), de manera que sólo su contenido complementario (aquel material que llena el marco incompleto) puede entrar en contradicción con la norma superior. Desde esta perspectiva, la inconstitucionalidad se funda en dos posibles hipótesis: la correcta transferencia de los elementos normativos (necesaria información “genética constitucional”); y la revisión del material que incorporó el legislador (autor de la norma de la grada inferior). Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, pág. 64.

³ No puede desconocerse que este planteamiento, en el fondo, importa la aplicación del elemento “sistemático” de interpretación formal. En efecto, al atenderse al contenido del mandamiento constitucional para precisar el sentido y alcance del precepto legal cuestionado, lo que se hace es recurrir a otro texto de jerarquía jurídica superior que, en virtud del principio de “supremacía constitucional”, condiciona la aplicación del precepto legal, cuando entre una y otra norma existe la “debida correspondencia y armonía” (artículo 22 del Código Civil). En consecuencia, deberá privilegiarse siempre aquella interpretación en que no exista incompatibilidad entre el precepto legal y el precepto constitucional. Lamentablemente, no se ha insistido suficientemente en la importancia de este elemento interpretativo, dejándolo relegado a un segundo plano.

deducir que si existe un sentido en que el precepto legal impugnado puede coordinarse sin contradicción con la norma constitucional, es porque fue éste el que consideró el legislador al elaborarlo.

En esta perspectiva, la idea de una inaplicabilidad *en concreto* resulta insostenible, ya que lo que determina el destino del recurso es la confrontación entre el mandato constitucional y el mandato legal de manera que este último resulte subordinado al primero. Claro está que lo señalado implica reconocer –lo cual es casi obvio– que el esfuerzo interpretativo del tribunal recaerá en el texto constitucional para fijar sus fronteras e integrar en ellas, si es posible, el contenido de lo ordenado en la ley. Anticipemos, en consecuencia, que la inaplicabilidad no puede acogerse en el supuesto de que, entre las posibles interpretaciones que admite la norma constitucional invocada y el precepto legal impugnado, pueda hallarse una cualquiera que posibilite eliminar la contradicción en que se funda el recurso de inaplicabilidad.

Más claro aún. Sostenemos que la función primordial del Tribunal Constitucional es clausurar toda posibilidad de que el precepto legal atacado pueda compatibilizarse o incompatibilizarse con el mandato constitucional, escogiendo una entre varias opciones interpretativas divergentes (aquella en que se supone que se aplicará con carácter decisivo al caso planteado). En este supuesto, necesariamente, deberán desdeñarse otras interpretaciones de suerte que un mismo precepto legal puede ser constitucional e inconstitucional al mismo tiempo.

Empero, nuestro planteamiento desencadena dos cuestiones de la mayor relevancia. *Por una parte, puede ocurrir que la interpretación que no contradice el mandato constitucional se distancie del problema sometido al tribunal que conoce de la gestión o litigio en que se promueve el recurso de inaplicabilidad. Por la otra, que la Magistratura Constitucional fije una interpretación del precepto legal atacado que, si bien no obliga al juez de la instancia, emana de un tribunal de la más alta jerarquía institucional.* Ambos problemas, como se analizará más adelante, se hallan resueltos, incluso en mismo texto constitucional.

Creemos que lo expuesto corresponde a lo que podríamos llamar la justificación dogmática del recurso de inaplicabilidad. No nos parece posible entrar a delimitar sus efectos y su alcance sin antes despejar estos conceptos generales. El recurso de inaplicabilidad forma parte del sistema de “control de juridicidad” del sistema normativo y debe, por lo tanto, insertarse en este ámbito.

II. Análisis de las norma que permitirían sostener una inconstitucionalidad “en concreto”

La letra de la Constitución de 1980, luego de la reforma introducida por Ley N°20.050, da pie para sostener que el Tribunal Constitucional debe ejercer un control *en concreto*. En efecto, el artículo 93 N° 6 de la Carta Política consagra, como atribución del Tribunal Constitucional:

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

En la misma disposición, al regularse este recurso, se agrega:

“En el caso del número 6°, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que se verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, *que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución del asunto*, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”.

Además del precepto constitucional citado, debe invocarse el artículo 84 de la Ley N°17.997, orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N°5 de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Este artículo enumera las causales por las cuales el Tribunal debe declarar inadmisibile el recurso de inaplicabilidad en los siguientes términos:

“Procederá declarar inadmisibile en los siguientes casos: 5.- Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto”.

Las disposiciones transcritas tienen su razón de ser en el primero de los problemas que planteábamos precedentemente, esto es, en el hallazgo de una interpretación del precepto legal atacado que, sin contravenir la Constitución, se aparte de la materia respecto de la cual se promovió el recurso de inaplicabilidad. En tal caso, no cabe pronunciamiento alguno,

puesto que la norma, si bien puede vulnerar la Constitución, no regula la materia relativa a la gestión o litigio pendiente. Rechazar el recurso de inaplicabilidad en este escenario resultaría confuso e inductivo a error, porque existen interpretaciones posibles que ponen en entredicho la ley con la Constitución (como se explicó en las páginas anteriores). Pero no se advierte inconveniente alguno en declarar inadmisibile el recurso, no porque el precepto esté conforme al texto de la Carta Fundamental, sino porque no incide en la materia sometida a conocimiento de la Magistratura.

A mayor abundamiento, ninguno de los preceptos citados permite deducir de modo inobjetable que la inconstitucionalidad que hace posible declarar una norma legal inaplicable debe apreciarse **en concreto**. En efecto, lo que interesa al Constituyente es evitar que el Tribunal Constitucional entre a conocer de recursos inútiles o inductivos a error, por medio de los cuales se ataquen disposiciones que no tienen relación con el conflicto o gestión sometido a conocimiento de un tribunal ordinario o especial, o que sólo la tienen muy tangencialmente, distorsionándose, por este medio, la función que les compete. La sola lectura del N°6 del artículo 93 de la Carta Fundamental descarta toda posibilidad de arribar a otra conclusión, puesto que la letra de la norma alude a un precepto legal cuya aplicación resulte contraria a la Constitución, no a una determinada interpretación de su contenido (aplicación). Asimismo, la cuestión no aparece referida a la suerte definitiva del recurso, sino a su admisibilidad, lo cual supone, como es lógico, un estudio preliminar o anticipado sobre un punto preciso: la relación del precepto impugnado con la materia de que trata la gestión o litigio pendiente. La admisibilidad más bien nos conduce a una cuestión adjetiva, de naturaleza procesal, que se satisface formal y no materialmente.

Parece obvio que si el precepto no tiene relación con la gestión que conoce el juez, el recurso carece de objeto y de fin. Es incuestionable que la “inaplicabilidad” sólo tiene sentido en la medida que dicho precepto legal pueda ser aplicado..., pero si ello no es posible porque la cuestión promovida no tiene relación con el precepto atacado o no se señala de qué manera podría afectar a la gestión o juicio en que se promueve la inaplicabilidad, el recurso debe declararse *inadmisibile*, porque no existirá “agravio constitucional” bajo ningún supuesto. Nótese, desde luego, que la cuestión aparece planteada en una fase previa en que se examina la admisibilidad del recurso.

La regulación de este recurso, contenida en el mismo artículo 93 de la Carta Política, confirma nuestra apreciación. Es cierto que esta reglamentación pone aun mayor énfasis en lo que reclama el Constituyente, al decir que debe verificarse “que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto”. La exigencia es la

misma y tiene por objeto lograr idéntico fin: evitar que el tribunal entre a conocer sobre una materia que no tiene incidencia en la gestión que justifica la existencia de un recurso extraordinario. Finalmente, la norma legal invocada (artículo 84 N°5 de la Ley N°17.997) aclara cualquier duda que pueda abrigarse, ya que ella alude a los antecedentes de la gestión pendiente, deduciéndose de los mismos que el precepto atacado no tendrá aplicación o que ella no resultará decisiva en la resolución del asunto.

No es difícil imaginar qué ocurriría en el evento de que pudiera deducirse el recurso, impugnando un precepto legal por contrariar el mandato constitucional, sin imponer al recurrente el deber de verificar (demostrar) que efectivamente él incide directamente en el juzgamiento de la cuestión que se ha promovido ante tribunal ordinario o especial.

Conviene advertir, desde luego, que es racionalmente imposible, en no pocos casos, establecer con precisión cuándo un precepto legal “puede resultar decisivo en la resolución de un asunto”. Esta tarea corresponde exclusivamente al juez que conoce de la gestión en que se promueve el recurso de inaplicabilidad y está estrechamente relacionada con la interpretación que se asigne al indicado precepto. Por lo mismo, ello deberá resolverse con cierta laxitud (con prudencia), tanto porque encierra un juicio esencialmente relativo, como porque ello es propio de una decisión de carácter jurisdiccional que está radicada en el juez de la instancia.

Desde luego, como lo hemos sostenido reiteradamente, la interpretación es un mecanismo destinado a la aplicación del derecho. El intérprete, a través de este medio, consigue singularizar el mandato general y abstracto contenido en la norma (ley). La interpretación es función esencial y excluyente del juez, único llamado a perfijar, con el valor de cosa juzgada, el “verdadero sentido y alcance de un precepto normativo”, lo cual se logra mediante lo que hemos llamado “interpretación formal”. A partir de ello, también corresponde únicamente al juez elaborar la “regla” mediante la cual dará aplicación a la norma. Ninguna interpretación o consideración puede apartarse de esta realidad, sin afectar el principio de la separación de los poderes del Estado y de independencia judicial, ambos de rango constitucional. Si se aceptara que el Tribunal Constitucional es el llamado a fijar una cierta interpretación del precepto legal impugnado para los efectos de confrontarlo con el mandato constitucional, se estaría desplazando una prerrogativa esencial e indelegable del juez a este organismo y, como si ello fuere poco, marginando una norma de la posible solución de la gestión pendiente. No cabe duda que esta conducta, en sí misma, implicaría una gravísima infracción constitucional...

Nuestro comentario incide en lo que llamados el segundo problema, esto es, en la circunstancia de que el Tribunal Constitución, aceptando

la inaplicabilidad *en concreto*, opte por una cierta interpretación para los efectos de precisar si el precepto legal impugnado puede resultar decisivo en la resolución del asunto. Si lo indicado ocurre, pueden plantearse dos diversas situaciones: que la interpretación le lleve, en definitiva, a acoger el recurso de inaplicabilidad (marginando el precepto de la gestión pendiente), o que, a la inversa, le lleve a desestimarlo. En la primera hipótesis no podrá el juez resolver la gestión pendiente invocando la norma declarada inaplicable (no obstante lo irregular que ello puede resultar desde el momento que tal determinación se funda en el ejercicio de una facultad que no concierne al Tribunal Constitucional); en la segunda hipótesis, por exótico que parezca, el juez no queda obligado a mantener la interpretación dada por la magistratura constitucional (lo cual también resulta anómalo, ya que concurrirían dos interpretaciones contrapuestas). Sin embargo, al menos teóricamente, esta última situación no debería presentarse en la práctica, porque, como ya se dijo, la interpretación del Tribunal Constitucional y la del juez no podrían antagonizarse, puesto que el principio fundamental en materia hermenéutica –según se explicó– consiste en buscar la armonía y correspondencia entre la norma legal y la norma constitucional.

Ninguno de los problemas planteados en los párrafos precedentes se presenta en el evento de apreciar *en abstracto* la inconstitucionalidad que autoriza la declaración de inaplicabilidad. En tal supuesto, podría fijarse como principio fundamental que sólo puede declararse inaplicable un precepto legal cuando es imposible, cualquiera que sea la interpretación que se proponga, armonizar su sentido, intención o espíritu con el texto de la Carta Política Fundamental. En otras palabras, si de alguna manera es dable armonizar el precepto legal con la norma constitucional, la inaplicabilidad queda eliminada de raíz.

No podríamos cerrar estas reflexiones sin reiterar que la cuestión debatida se presente en la fase de *inadmisibilidad* del recurso de inaplicabilidad y que la exigencia de verificarse que la aplicación del precepto impugnado pueda resultar decisiva en la resolución del asunto, corresponde a un principio general empleado por el legislador en varios otros recursos. Así, por vía de ejemplo, tratándose del recurso de casación en el fondo (de competencia exclusiva de la Corte Suprema), el artículo 767 del *Código de Procedimiento Civil*, que lo reglamenta, dispone que él procede contra determinadas sentencias

“siempre que se haya pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en los dispositivo de la sentencia”.

A su vez, el artículo 772 del mismo *Código* prescribe que el escrito en que se formaliza el recurso debe señalar “de qué modo ese o esos errores de derecho influyen sustancialmente en los dispositivo del fallo”. Por consiguiente, pueden existir los errores jurídicos que se denuncian, pero si no han tenido influencia substancial en lo dispositivo del fallo, el recurso debe ser desestimado.

Otro tanto, puede decirse en relación con el recurso de casación en la forma. El artículo 768 inciso 4° del mismo cuerpo legal, luego de enumerar las causales que autorizan su interposición, agrega que

“No obstante lo dispuesto en este artículo, el tribunal podrá desestimar el recurso de casación en la forma, si de los antecedentes aparece de manifiesto que el recurrente no ha sufrido un perjuicio reparable sólo con la invalidación del fallo o cuando el vicio no ha influido en lo dispositivo del mismo”.

Las normas citadas son expresión del llamado “principio de trascendencia”, conforme al cual no hay nulidad sin daño. Este principio lo podemos proyectar al ámbito constitucional y sostener que no cabe declarar la inaplicabilidad de un precepto legal cuando el mismo no tiene relación con la materia sometida a decisión de un tribunal ordinario o especial o, teniéndola, no resulta decisivo para resolución del asunto. Tras esta situación opera el mismo principio. Con justa razón se ha afirmado que el proceso judicial no es una “misa jurídica”, sujeta a una estricta ritualidad, sino una experiencia práctica y una realidad social inescapable.

De lo dicho se infiere que al declarar *inadmisible* un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en razón de que no puede el precepto legal impugnado resultar decisivo en la resolución del asunto, lo que se procura es liberar al Tribunal de pronunciarse sobre una cuestión inútil, meramente formal, sin trascendencia práctica y que puede desviarse en otra dirección. Un ejemplo clarificará lo que se señala. Un recurso de inaplicabilidad podría prestarse para obtener abusivamente la suspensión de un procedimiento, obteniendo ventajas indebidas en el curso del procedimiento. Contra ello reacciona, creemos nosotros, la inadmisibilidad que comentamos.

III. Doctrina y jurisprudencia

La doctrina advierte un cambio muy significativo del recurso de inaplicabilidad producto de la reforma introducida a la Constitución por la

Ley N°20.050 de 26 de agosto de 2005. Se afirma que mientras la Corte Suprema realizaba un control abstracto, el Tribunal Constitución realizaría un control concreto. Eduardo Aldunate Lizana sintetiza los argumentos dados por el Tribunal, para sostener esta tesis, indicando cuatro razones esgrimidas al efecto:

- a) el examen abstracto de la disposición sigue siendo indispensable para “iluminar su aplicación al caso concreto”, modificándose la oportunidad en que se produce la confrontación: antes del año 2005 la Corte Suprema la apreciaba al confrontar el precepto con el caso concreto, en tanto a partir del año 2005 “lo hará después de confrontarlo con el caso concreto, cuando se manifiesten los resultados de su aplicación”;
- b) se afirma que la decisión jurisdiccional del Tribunal Constitucional

“ha de hacerse en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto y no necesariamente en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional”;

- c) en consecuencia cuando se declara inaplicable un precepto legal ello no implica que este sea inconstitucional, sino que

“únicamente en el caso concreto dentro del cual se formula el requerimiento, dicha norma legal impugnada no podrá aplicarse por resultar, si así se hiciere, contrario de la Constitución;

y

- d) como corolario se transcribe lo expresado en el fallo que se invoca sobre que...

“no será siempre posible extraer conclusiones jurisprudenciales o doctrinas de carácter general acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de determinados preceptos legales. Por lo tanto, ello no impediría que el precepto legal declarado inaplicable en sucesivos casos concretos, puede permanecer dentro del ordenamiento jurídico, y otros sean tan ostensiblemente inconstitucionales per se, que justifiquen su inmediata expulsión del orden jurídico nacional”⁴.

⁴ Eduardo ALDUNATE LIZANA, “Jurisprudencia constitucional 2006-2008: Estudio selectivo”, pp. 7 y ss. Las referencias a las sentencias del Tribunal Constitucional se destacan entre comillas y corresponden a un voto disidente (Rol N°480-06) y fallo recaído en Rol N°546-96.

Trascribe el autor que citamos el pronunciamiento en sentencia Rol N°1061-08 de dos ministros que distinguen variantes sobre el problema, incorporando el análisis abstracto y advirtiendo la posibilidad de declarar la inaplicabilidad cuando la inconstitucionalidad apareciera en el texto mismo (“per se”).

A juicio del autor citado, puede concluirse que las atribuciones de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, sobre la base de contrastar un control “abstracto” y un “control “concreto”, es un argumento, a lo menos, parcialmente equivocado e inductivo a error. Sostiene a este respecto que

“Si la diferencia no radica en el hecho de realizarse el control con ocasión de una gestión o causa en concreto, sólo puede referirse al modo en que control se imbrica en el contexto de la actividad jurisdiccional. Desde esta perspectiva, y tradicionalmente, cuando se habla de control concreto, se hace referencia a un control concreto en que el contraste normativo entre el respectivo precepto (cuestionado por la incidencia que tiene en la cuestión a resolver) y la Constitución es hecho por el tribunal que conoce del asunto. La concreción está dada aquí precisamente por el apoderamiento jurisdiccional que el tribunal hace del asunto, tanto desde la perspectiva del razonamiento y decisión relativos a la integración del sistema de fuentes, incluyendo la interpretación de textos normativos, como desde el ángulo de la conexión de los datos fácticos, y su calificación jurídica, con el sistema de fuentes, y todo ello a la luz de los elementos de juicio, de carácter procesal, que los relacionan (como por ejemplo, la aportación de la prueba)”⁵.

La posibilidad de reconocer a la jurisdicción constitucional la facultad de declarar la inaplicabilidad del precepto impugnado, adentrándose en la solución del conflicto que da motivo a la interposición del recurso (lo que resulta al asignársele la atribución de interpretarlo –en función del caso que suscita el recurso de inaplicabilidad–, ya sea para acogerlo o para rechazarlo), nos arrastra a varias inconsistencias, comenzando por la usurpación de prerrogativas que corresponden a los tribunales ordinarios o especiales. Aldunate Lizana coincide con esta crítica al sostener que

“Concluyendo se puede resumir que, en lo tocante a los hechos, en ocasiones el Tribunal argumenta que no le corresponde entrar a conocer de ellos por invadir las facultades del juez de la instancia; en otras ocasiones el Tribunal afirma su competencia y la importancia para conocer de los hechos de la causa para resolver la inaplicabilidad, y en tercer matiz, es

⁵ ALDUNATE LIZANA, “Jurisprudencia constitucional...”, *op. cit.*, pág. 11.

posible distinguir casos en que esta afirmación no va seguida de un efectivo análisis de los hechos de la causa, siendo que ellos eran determinantes para resolver el eventual efecto de inconstitucionalidad. Esta disparidad de criterios no es tanto un reproche que se pueda hacer a los juzgadores, sino que da cuenta del problema planteado anteriormente; se trata de un diseño de control concreto que no es control concreto desde el momento en que no otorga al órgano de jurisdicción constitucional el conocimiento del asunto, en sentido jurisdiccional, sino meramente informativo”⁶.

Como puede constatar, se trata de una materia compleja que está lejos de concitar acuerdo y que ofrece aristas divergentes.

Otro autor, Alan Bronfman, observa la dificultad de adscribir nuestro sistema al modelo de control en abstracto o concreto:

“La acción de inaplicabilidad prevista en el número 6 del artículo 93 de la Constitución, tiene un inicio propio de control concreto, pues su admisión a trámite depende de la existencia de un juicio pendiente en el que podría aplicarse la norma cuestionada. Asimismo, al término del proceso tiene efectos declarados por la Constitución típicos del control concreto. No obstante lo anterior, en la regulación del proceso pueden identificarse también elementos que pertenecen más bien a un modelo de control abstracto. Una mirada general a las consecuencias del control de inaplicabilidad sugiere que la explicación que ofrece el modelo concreto es, al menos, insuficiente”⁷.

Lo indicado pone acento en la concurrencia de factores que inducen a pensar de una u otra manera. Sin embargo, el control de constitucionalidad “en concreto” está ligado a la experiencia de los países anglosajones y parte con el célebre caso “Marbury versus Madison” de mediados del siglo XIX. A nuestro juicio, entre una y concepción, se abre un abismo, razón por la cual el aporte que puede prestar la experiencia de los sistemas jurídicos anglosajones no es significativo. Lo que estimamos que no puede lesionarse, y que el sistema consuetudinario salva sin dificultades, es la atribución del juez para escoger la norma que servirá de base a su construcción jurídica y la determinación del sentido y alcance que tiene este mandato. Ambas cosas son la base misma de la jurisdicción y lo que se pone en jaque admitiendo un sistema de control concreto de constitucionalidad.

A pesar de lo que venimos afirmando, antes de la modificación del año 2005, refiriéndose a la inaplicabilidad regulada, entonces, en el artículo 80 de la Constitución, don Alejandro Silva Bascuñán, escribía:

⁶ ALDUNATE LIZANA, *op. cit.*, p. 16.

⁷ Alan BRONFMAN. “El carácter privado del proceso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, pág. 255.

“¿En que se afirma nuestro parecer de que la tarea de la Corte, cuando se trata del art. 80, no es simplemente debatir y definir una conclusión abstracta? Proviene de la constatación de que, por seria y profunda que sea la gestación de un precepto legal, por firme y sólida que haya sido la reflexión de los órganos colegisladores, en cuyo análisis hayan procurado ponerse en el caso de todas las situaciones previsibles, la vastedad, densidad y variedad de situaciones del ordenamiento jurídico, la complejidad de la conducta humana y la infinidad de las distintas expresiones de la actividad y propósito de los integrantes de la sociedad política, hacen que, en el hecho, sea absolutamente imposible o casi imposible, para quienes redactan la ley, imaginar y tener en cuenta todas las proyecciones que pudieran derivarse del texto legal y abarcar y comprender consecuentemente en su dispositivo todos los casos particulares en los cuales el precepto vaya a hacerse efectivo”⁸.

Discrepamos de este planteamiento, ya que lo descrito corresponde a las dificultades que envuelve la tarea legislativa, auxiliada, en no pocas leyes, por el Tribunal Constitucional. Antes de la reforma constitucional de 2005, no cabe duda que el recurso de inaplicabilidad constituía un control abstracto de constitucionalidad, si bien el Tribunal Supremo, entonces, se aproximaba al problema en relación a un conflicto concreto.

Varios fallos de nuestro Tribunal Constitucional tratan este tema, sin que exista consenso sobre la materia.

En la primera sentencia que se invoca, de 27 de julio de 2006, recaída en la causa Rol N°480-2006, el Tribunal rechazó el requerimiento sosteniendo que

“Lo que el Tribunal debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado, producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución”. (considerando veintisiete).

Particularmente importante para los efectos de este trabajo es el voto del Ministro Mario Fernández Baeza, que concurre al fallo con una interesante prevención. Aun cuando del estudio de la historia fidedigna del establecimiento de la reforma de la Ley N°20.050 no aparecen indicios ciertos de que el sistema de control cambió al traspasarse al Tribunal Constitucional, el previniente señala que la apreciación de constitucionalidad que hacía la Corte Suprema surgía de la *confrontación del precepto legal con el caso concreto*, el tanto esta Magistratura aprecia la constitucionalidad *después de confrontarlo con el caso concreto, cuando se manifiestan* “los

⁸ Alejandro SILVA BACUÑÁN, *Tratado de derecho Constitucional*, pág. 197.

resultados de su aplicación". Afirma, acto seguido, que el examen abstracto de constitucionalidad del precepto impugnado, previo a su confrontación con el caso concreto,

“puede dirigirse hacia conclusiones distintas y hasta antagónicas con el nuevo alcance de la resolución de inaplicabilidad. Así, *sería posible que una norma claramente inconstitucional en lo abstracto, pueda ser aplicada al caso concreto* dependiendo de la conformidad de sus efectos con la Carta Fundamental”.

Se agrega, finalmente, en lo que interesa, que el examen abstracto de conformidad constitucional debe extenderse a todas las disposiciones de la ley a la cual está integrado el precepto legal impugnado, citándose el principio interpretativo constitucional de la “organicidad” (denominado “unidad de la Constitución”).

La segunda sentencia que citaremos fue pronunciada el día 8 de mayo de 2007, en autos Rol 473-2006. En ella se reitera el cambio de sistema que se atribuye al control de constitucionalidad confiado primero a la Corte Suprema y luego al Tribunal Constitucional, afirmándose que las circunstancias y características del caso concreto de que se trata

“han adquirido en la actualidad una relevancia mayor de la que debían atribuírsele 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, el que en un caso determinado se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá igual declaración*”.

De lo afirmado en esta sentencia se concluye que el Tribunal Constitucional no es un órgano de control normativo, sino de aplicación circunstancial de los preceptos legales en relación a los mandatos constitucionales. De la misma manera, la inaplicabilidad ha pasado a ser una materia cuya decisión es esencialmente inoportuna y relativa, lo primero (inoportuna) porque la apreciación de la situación de hecho se hace antes de la confrontación con la norma constitucional y por quien no es el llamado a valorar los medios de prueba (los cuales pueden ni siquiera haber operado), y lo segundo (relativa) por cuanto de los efectos de la aplicación se deducirá la inaplicabilidad. Sin perjuicio de lo manifestado, tampoco puede sostenerse con rigor que el constituyente, al aprobar la reforma del año 2005, haya

entendido que cambiaba el sistema de control de constitucionalidad (de abstracto a concreto), como se da por establecido.

La tercera sentencia que nos interesa comentar fue dictada el 24 de enero de 2008, bajo el Rol N°810. En ella se insiste en que entre las características de la actual acción de inaplicabilidad debe destacarse que

“mientras antes se trataba de una confrontación abstracta entre la norma legal cuestionada y una disposición constitucional, ahora se trata de un cotejo entre la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto y la Constitución, no debe perderse de vista que, tanto antes como ahora, para que la acción pueda prosperar, debe estarse siempre en presencia de un conflicto de constitucionalidad, esto es, frente a una contradicción directa, clara y precisa, entre determinado precepto legal que se pretende aplicar en el caso concreto, con la propia Constitución, pues el juez constitucional no puede interpretar o corregir la ley ordinaria si no es con relación a su constitucionalidad”.

Toda esta justificación parece debilitarse, puesto que en lo que sigue, la misma sentencia pone énfasis en que

“La tarea de interpretar la ley les corresponde a los tribunales de justicia... y, en nuestro sistema judicial, el órgano llamado a unificar su interpretación es la Corte Suprema, a través del recurso de casación. La labor del Tribunal Constitucional consiste en velar por el respeto del principio de supremacía constitucional y, por ende, tratándose de una acción de esta clase, resolver si la aplicación en el caso concreto de que se trate del precepto legal impugnado, resulta o no contraria a la Carta Fundamental y, como efecto natural de una decisión estimatoria, prohibir al juez de la causa aplicarlo a la resolución de ese caso concreto” (considerando noveno).

El razonamiento siguiente parece querer sentar, como principio rector, el que la inaplicabilidad sólo cabe cuando concurren los dos elementos que se proponen: la aplicación al caso concreto y la circunstancia de que ello arrastre a una contradicción abstracta entre la norma constitucional y el precepto legal impugnado. Este planteamiento no nos parece aceptable.

Finalmente, invocaremos una cuarta sentencia, pronunciada con fecha 15 de marzo de 2012, bajo el Rol N°1669-2010-INA. Se trata de una sentencia de mayoría, en la cual se rechaza el requerimiento, con el voto en contra de los Ministros Marcelo Venegas Palacios, Enrique Navarro Beltrán e Iván Aróstica Maldonado. La mayoría del Tribunal reitera la posición conforme la cual el recurso de inaplicabilidad debe fundarse en los efectos inconstitucionales de la aplicación del precepto legal que se impugna. Lo que interesa, entonces, son las reflexiones del voto disidente.

Comienza esta disidencia señalando:

“1°) Que el control “concreto” de constitucionalidad, en que consiste el recurso de inaplicabilidad, no se ocupa –por ello– de consultas hipotéticas o meramente teóricas, sino de la impugnación precisa de algún determinado precepto legal, en cuanto pueda tener cabida y recibir aplicación en una específica gestión judicial pendiente. Cayendo la premisa del caso dentro del dominio de los jueces del fondo, entonces, solo al Tribunal Constitucional no más le corresponde declarar inaplicable ese precepto legal si contraviene una norma de la Carta Fundamental, ora porque inmediatamente así se colige de un simple cotejo lógico entre uno y otra, ora porque mediatamente así se revela tras la aplicación práctica de aquél. Tal como concluyera esta Magistratura en sentencia recaída en autos Rol N°810”.

Lo sostenido por los disidentes reafirma que la inconstitucionalidad que se sanciona o surge de inmediato en un cotejo lógico entre el precepto legal y la norma constitucional, o bien en un proceso mediato que se funda en la aplicación práctica de dicho precepto. Lo indicado es muy distinto de lo aseverado por la mayoría del Tribunal Constitucional, que, incluso, admite que una misma disposición legal pueda ser constitucional e inconstitucional, dependiendo de la interpretación que se escoja para su aplicación. La aplicación práctica del precepto más bien parece representar un recurso auxiliar para detectar un entredicho entre precepto impugnado y norma constitucional.

“2°) Que, mientras en el primer caso, respecto de un precepto legal en sí mismo inconstitucional basta para acoger el recurso una proyección del mismo, indicativa de que habrá de aplicarse tal como lo previene su texto, en el segundo tal declaración debe justificarse en aquellos antecedentes que dan cuenta de que su previa ejecución anticonstitucional puede continuar igualmente en el futuro. Procediendo constatar ahora, a la luz de los antecedentes que rolan en el expediente, que el presente asunto hace parte de esa segunda forma en que se puede manifestar una inconstitucionalidad, y que así debió fallarse”.

En esta parte la reflexión de los disidentes ponen las cosas en su lugar: la aplicación del precepto impugnado es una pauta, un elemento o antecedente que permite medir el grado de oposición que existe entre la norma constitucional y el precepto legal impugnado. Más adelante, el voto disidente esboza, respecto de la materia tratada en el recurso, una interpretación distinta que hace desaparecer el reproche de inconstitucionalidad, afirmando en el numeral que sigue “que, sin embargo, ello es de resorte

exclusivo de los jueces del fondo”, puesto que, sin decirlo expresamente, se reconoce que la tarea interpretativa llamada a integrar un cuerpo legal corresponde al juez de la instancia. Creemos que sobre la base de lo manifestado por los disidentes puede esbozarse otra solución al problema planteado que, atendida su importancia, bien merece un atención especial en pro del perfeccionamiento de nuestro sistema jurídico.

IV. Conclusiones

Las principales conclusiones de este trabajo pueden sintetizarse en la siguiente forma:

1. Nuestra Carta Fundamental establece un control de constitucionalidad *en abstracto* mediante el recurso de inaplicabilidad de que conoce el Tribunal Constitucional. La consideración del caso concreto al que debe aplicarse el precepto impugnado es un requisito de *admisibilidad* que el Tribunal debe considerar con laxitud, atendiendo a la fundamentación del recurso y los antecedentes acompañados y que sirve, además, para aclarar la contradicción que justifica la inaplicabilidad
2. No ha habido una transformación sustancial entre el recurso de inaplicabilidad que, hasta la reforma de 2005, conocía la Corte Suprema y el actual recurso de que conoce el Tribunal Constitucional. La historia fidedigna del establecimiento de la reforma del año 2005 no permite afirmar que el Constituyente haya considerado esta posibilidad ni haya previsto esta consecuencia.
3. La facultad de interpretar la ley corresponde excluyentemente a los tribunales del fondo. Por ende, al Tribunal Constitucional sólo le cabe cotejar el precepto impugnado con las normas constitucionales y declarar la inaplicabilidad toda vez que exista entre ambas una incompatibilidad insuperable. Su función interpretativa queda limitada a la determinación del verdadero sentido y alcance de la norma constitucional y del precepto legal atacado.
4. No es efectivo que una norma legal pueda ajustarse y contradecir simultáneamente el mandato constitucional. Si tal ocurre, se rompe la estructura, coherencia y unidad del ordenamiento jurídico. Si al momento de interpretar el precepto legal impugnado se llega a la conclusión que éste tiene varias posibles lecturas, bastará que una cualquiera de ellas pueda hallarse en armonía con la Constitución, para desestimar el recurso de inaplicabilidad.

5. La exigencia de la Constitución, para declarar admisible el recurso de inaplicabilidad, en orden a que el precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución del asunto sometido a conocimiento de un tribunal ordinario o especial, tiene un carácter esencialmente práctico y mira la fundamentación de lo pedido. La normativa constitucional en esta parte no hace más que recoger el “principio de trascendencia” procesal y evitar con ello la interposición de recursos inútiles.

Bibliografía

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Jurisprudencia constitucional 2006-2008: Estudio Selectivo*, Santiago, Editorial LegalPublishing, 2009.
- BRONFMAN, Alan, “El carácter privado del proceso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, Valparaíso, Chile, 2° Semestre de 2011.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa, 1993.
- SILVA BACUÑÁN, Alejandro, *Tratado de derecho Constitucional*, Tomo VIII, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- Tribunal Constitucional (2006): rol 480, del 27 de julio de 2006.
- Tribunal Constitucional (2007): rol 473, del 8 de mayo de 2007.
- Tribunal Constitucional (2008): rol 810, del 24 de enero de 2008.
- Tribunal Constitucional (2012): rol 1669, del 15 de marzo de 2012. Sitio electrónico del Tribunal Constitucional de Chile.