

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN CHILE. UN BALANCE CRÍTICO

Francisco ZÚÑIGA URBINA

SUMARIO: I. *Precisiones metodológicas*. II. *El Tribunal Constitucional en la Constitución de 1980*. III. *Corte Suprema en la Constitución de 1980. Control de constitucionalidad de la ley y acciones de rango constitucional*. IV. *Conclusiones*.

I. PRECISIONES METODOLÓGICAS

A modo de prolegómenos cabe hacer en esta ponencia algunas precisiones metódicas preliminares: históricamente jurisdicción constitucional, en el sistema americano y europeo, han significado control de constitucionalidad de las leyes, como resguardo o garantía de la supremacía de la Constitución. Sin embargo, con Rubio Llorente, quien sigue la huella de García-Pelayo en este punto, podemos hablar de dos conceptos: uno subjetivo o *formal*, y otro *sustancial* de jurisdicción constitucional.¹

En el marco del *concepto formal* de jurisdicción constitucional entendemos que quedan comprendidas las competencias que ejercen los Tribunales Constitucionales, sea cual fuere la “naturaleza” de los asuntos que se encomiendan a su competencia: control de constitucionalidad de las leyes, control de regularidad de las elecciones, contencioso electoral, justicia política, entre otros asuntos. Este concepto formal es simple, pues permite la comparación “a lo puramente externo”, pero muy superficial, utilizado con rigor excluye el control de constitucionalidad encomendado a tribunales supremos y, además, incluye materias como la “justicia política” caracterizada por tener una escasa racionalización

¹ Rubio Llorente, F., *Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa*, mimeo, 1996.

como instituto. Un segundo *concepto sustancial* de jurisdicción constitucional, construido no ya del derecho positivo sino de la teoría constitucional, identifica el concepto con el control de constitucionalidad de las leyes; congruente con la construcción teórica kelseniana.

La justificación posible —señala Rubio Llorente—, la idea de que, en virtud del principio de legalidad, es la ley la que ha de asegurar la adecuación constitucional de las decisiones administrativas y (sobre todo) judiciales, de manera que, garantizando el control de constitucionalidad de la ley, queda asegurada la constitucionalidad de toda la actividad del poder, parte de una visión extremadamente simplista que ignora la verdadera relación entre juez y ley y las inercias de la realidad; el amplio margen de discrecionalidad en la interpretación y aplicación de la ley que los jueces disfrutaban y la imposibilidad de que el legislativo opere con la presteza y la precisión suficiente para eliminar instantáneamente las normas legales declaradas inconstitucionales y redactar las leyes en términos tales que resulte imposible interpretarlas y aplicarlas de forma constitucionalmente inadecuada.

Consistente con lo escrito en otros lugares y ocasiones me parece adecuada teóricamente, para dar cuenta del examen dogmático-positivo y comparatista, la conceptualización sincrética de Rubio Llorente, que entiende por *jurisdicción constitucional aquella que “enjuicia toda la actividad del poder desde el punto de vista de la Constitución; la que tiene como función asegurar la constitucionalidad de la actividad del poder”*.

Para efectos de la materia que nos ocupa, esta conceptualización sincrética tiene varias ventajas teórico-prácticas, a saber:

a) Salvaguarda la finalidad de la jurisdicción constitucional como componente del Estado moderno: la regularidad de las funciones estatales entendidas como funciones normativas. En este contexto la Constitución y su núcleo: “la idea de un principio supremo que determina el orden estatal en su totalidad y la esencia de la comunidad constituida por este orden” (Kelsen), adquieren una auténtica o garantizada supremacía.

b) Engloba bajo la jurisdicción constitucional materias de diverso contenido que, en el proceso constitucional y determinada la competencia, expresan el encuadramiento jurídico de problemas políticos. Precisamente, someter los conflictos políticos a mecanismos de composición jurisdiccional es una nota característica de la “racionalización del poder” (Mirkiné Guetzevitch) en el Estado moderno. Luego, si la política engulle

a la jurisdicción, generando “politización de la justicia” (Loewenstein, Kirchheimer),² ello no es consecuencia inevitable del proceso político. Más bien tal “politización de la justicia” nos refiere a los caracteres peculiares del conflicto político-normativo, sin que se borren las diferencias entre el control político y el control jurídico.

c) El concepto de control jurídico, como control jurisdiccional, incardina perfectamente con la noción de garantía y la idea-fin de limitación del poder político, engarzando la jurisdicción constitucional en un Estado de derecho.

d) La jurisdicción constitucional como control jurisdiccional se extiende de la constitucionalidad de las leyes, a la constitucionalidad de todos los actos del poder estatal, incluidos los conflictos de poder y la conculcación de derechos fundamentales. El propio Kelsen reconoce en la Constitución un *plexo* de reglas sobre órganos y procedimientos, y un catálogo de derechos fundamentales. De esta manera, Constitución como derecho objetivo-subjetivo, requiere de la mediación de un órgano que confiera garantía a las normas constitucionales tanto en relación a potestades como derechos.³

A partir de las ventajas reseñadas en el uso de un concepto sincrético, replanteamos el análisis de la jurisdicción constitucional, no reducida al control de constitucionalidad de actos normativos como lo hacen los manuales tradicionales en Chile (Roldán, Andrade, Guerra, Bernaschina, Silva Bascañan, Quinzio, Verdugo), o interesantes monografías sobre la materia (Bertelsen, Fiamma, Gómez y otros); sino englobando todas las materias que importan enjuiciamiento de la regularidad constitucional de los actos del poder estatal. En suma, este concepto de jurisdicción constitucional es consistente con el Estado constitucional o Estado de derecho, que pretende subordinar a la Constitución toda la actividad normativa de los órganos del Estado.

² Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., 3a. reimp., Barcelona, Ariel, 1983, p. 321-325. Kirchheimer, Otto, *Justicia política*, trad. de R. Quijano R., México, UTEHA, 1968, pp. 37-46, 335-339.

³ Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988, pp. 114 y 115. También *Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, 2a. ed. vienesa de 1960, México, Porrúa, 1991, pp. 150-157.

II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980

En la doctrina nacional constituye un tópico caracterizar el sistema de jurisdicción constitucional (y de control de constitucionalidad en un sentido más restringido) como un sistema mixto (Bertelsen) o mezclado (Gómez).⁴ Pasando por encima del control político predominante bajo el imperio de las Constituciones de 1828 y de 1833, se ha sostenido con razón que el sistema de control de constitucionalidad de la ley instituido en la Constitución de 1925 fue “extremadamente limitado” (Gómez), dejando vigente el modelo de control político anterior, dado que el control represivo de la Corte Suprema vía inaplicabilidad resulta insatisfactorio. En el fondo no se habría cuestionado la autonomía del Parlamento ni la soberanía de la ley (Gómez), más aún se habría producido una expansión de la labor legislativa del ejecutivo consistente con un Estado benefactor.

El Tribunal Constitucional instituido por la gran reforma de 1970, no modificó en el fondo el modelo mixto y su lastre político, más aún si se tiene en cuenta su configuración como órgano resolutor de conflictos constitucionales entre órganos colegisladores. Se agrega que la deficitaria garantía de la supremacía constitucional, favorecieron la erección de nuevos órganos constitucionales de control como la Contraloría General de la República (1927-1943) y el propio Tribunal Constitucional (Ribera).⁵

Finalmente, el Tribunal Constitucional como órgano de resolución de conflictos, se sostiene no es en propiedad un “auténtico tribunal” dotado de facultades de control semejantes a tribunales constitucionales europeos, sino un órgano de control preventivo similar al Consejo Constitucional francés, lo que no impedía la dictación de leyes inconstitucionales. Concluye Gómez:

...en suma, la evolución histórica del modelo de control de constitucionalidad de la ley en nuestro país permite afirmar que se ha desarrollado de modo

4 Bertelsen Reppetto, Raúl, *Control de constitucionalidad de la ley*, Santiago, Jurídica, 1969. Gómez Bernaldes, Gastón, “Control de constitucionalidad y Tribunal Constitucional”, en Portales, U. Diego, *Estudios sobre jurisdicción Constitucional, Cuaderno de Análisis Jurídico*, núm. 31, Santiago, 1996; Andrade G., Carlos, “Tribunal Constitucional”, pp 277-309.

5 Ribera N., Teodoro, *Función y composición del Tribunal Constitucional*, Santiago, CEP, Documento núm. 74, 1986, pp. 10 y 11.

paulatino y no racionalizado. El control, en definitiva, se vio fuertemente influido por un modelo político que debilitó la idea de Constitución y la noción de los derechos fundamentales como técnicas de limitación del poder.⁶

Con todo, la subsistencia del control político de constitucionalidad no autoriza, a nuestro juicio, para definir un modelo mixto o mezclado, dado que en todo ordenamiento jurídico nacional, sea concentrado o difuso el modelo de jurisdicción constitucional, subsisten elementos del control político.

Nuestra opinión es que tal caracterización: sistema “mixto” o “mezclado” es una impropiedad, dado que no se combinan sistemas americano y europeo de control de constitucionalidad, sino en propiedad se trata de un *sistema concentrado, pero con dualidad de Judicatura*. Esto significa que el Tribunal Constitucional, que efectivamente se aproxima al Consejo Constitucional francés (control preventivo), y la Corte Suprema (control represivo de constitucionalidad) son órganos del sistema y la racionalización de los componentes del sistema de jurisdicción constitucional es aún limitada (v. gr. los conflictos de jurisdicción se encuentran radicados en la Corte Suprema y en el Senado) y además, la acción de inaplicabilidad resulta insatisfactoria o poco eficiente. Luego, desde una perspectiva teórica nuestro sistema de jurisdicción constitucional es concentrado, pero con dualidad de judicatura y de baja racionalización, por lo que desde una perspectiva de *lege constitutione* requiere de importantes reformas, tema que se abordará en la parte final de esta monografía.

Siguiendo con la doctrina nacional acerca de la jurisdicción constitucional es menester situar al Tribunal Constitucional en la Constitución vigente, resultando de interés recoger críticamente una aguda construcción dogmática del profesor T. Ribera, que liga al supremo guardián de la Constitución a una cuarta función estatal, “la función contralora o neutra” ajena a las funciones clásicas del poder estatal y carente de un poder activo, cuya finalidad es fiscalizar más no gobernar; sumando a dicha función también, al Tribunal Calificador de Elecciones, Consejo de Seguridad Nacional, Contraloría General de la República y Banco Central.⁷ El jurista nacional al igual que el brillante jurista germano Carl Schmitt reflota la vieja teoría del poder neutro de Benjamín Constant,

6 Gómez Bernal, G., *op. cit.*, nota 4, p. 18 y 19.

7 Ribera N., Teodoro, *op. cit.*, nota 5, pp. 15 y 16.

para justificar o legitimar la asignación de poder estatal a órganos, en coherencia con la arquitectura de un régimen autocrático. Tales órganos no representativos resultarían necesarios para guardar los equilibrios de poder fáctico, ajenos a la legitimidad democrática de los órganos del Estado propio de una democracia constitucional.

Para Ribera, la Constitución de 1980 consagra en forma pluriorgánica, un poder neutro o contralor de las funciones estatales activas tradicionales.

Esta función contralora —señala Ribera— posee en la Constitución de 1980 diversas características especiales tendientes a resguardar un efectivo ejercicio de las atribuciones fiscalizadoras. Tales son: *a)* el constituyente garantiza en forma especial la autonomía de estos órganos al contemplar en la carta fundamental o en leyes orgánicas constitucionales relativas a estos organismos disposiciones al respecto...; *b)* la independencia de estos organismos se salvaguarda en la medida que sus miembros salvo excepciones, son inamovibles...; *c)* la totalidad de estos órganos contralores gozan del privilegio de tener que ser reglamentados en virtud de una ley orgánica constitucional, lo que proporciona una mayor estabilidad y protección de sus actividades...; *d)* los órganos contralores contemplados en la Constitución de 1980 tienen por función el resguardar la institucionalidad y fiscalizar las funciones clásicas del poder con especial consideración de las funciones ejecutiva y legislativa. Su actuar debe limitarse a impedir que se transgredan las normas legales y constitucionales más no ejerciendo las funciones activas o socavando las competencias de los demás poderes.⁸

Retomando la crítica de Kelsen a Schmitt, sostenemos que en los planos teórico y práctico el Tribunal Constitucional como “guardián de la Constitución”, no requiere de la doctrina del poder neutro, para explicar dogmáticamente su inserción como órgano supremo del Estado. La doctrina del poder neutro es sólo un intento teórico-práctico de obviar la cuestión de la legitimidad democrática de los órganos supremos, en particular del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, de manera preliminar debemos destacar, en contraste con los tópicos críticos al Tribunal del periodo 1971-1973, la extraordinaria continuidad del Tribunal Constitucional (1971-1973) instituido por la Gran Reforma de 1970 en la Constitución de 1925 y el Tribunal Constitucional instituido por la Constitución de 1980, si bien dotado de com-

⁸ *Ibidem*, pp. 26-28.

petencias que exorbitan el resguardo de la supremacía constitucional, y con una composición diferente a su homólogo de antaño.

El Informe del Anteproyecto de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC) se hace eco de los tópicos anti-Tribunal e indica en la materia:

...casi todas las Constituciones, puede decirse, dictadas en los últimos treinta años contemplan la existencia de un Tribunal Constitucional llamado a velar por el principio de supremacía de la Carta Fundamental y a resolver los conflictos de carácter jurídico-constitucional que surgen entre los diversos órganos del Estado, y, especialmente, entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo. La Comisión, concordante con estos principios, propone en el anteproyecto la creación de un Tribunal Constitucional, pero con una integración distinta y atribuciones más amplias del que conocemos y que tuvo su origen en la reforma constitucional de 1970. “La naturaleza y transcendencia de la función que está llamada a cumplir exigen que la composición del Tribunal tenga un carácter *eminente jurídico y no político*, error este último en el que incurrió la reforma citada, el crear un tribunal en el que la mayoría de sus miembros tenía un origen marcadamente político. *Esta fue, también, la razón del fracaso y desprestigio de ese Tribunal*”. Para la CENC el tipo de atribuciones del Tribunal Constitucional hace que el Estado de derecho mismo este “en sus manos” y su composición debe ser cuidadosamente jurídica y judicial, perfil que no logra imponerse en la Constitución otorgada en 1980.

El Anteproyecto de CENC y Consejo de Estado, guardan una extraordinaria continuidad y similitud, excepto en materia de acción de inaplicabilidad e inconstitucionalidad *erga omnes*.⁹

En cuanto a los debates habidos en la CENC sobre el capítulo VII de Tribunal Constitucional éste está referido principalmente a sesiones núm. 358, 359, 360, 365, 415 y 417. De los debates se infiere la voluntad de los comisionados de encomendar el resguardo de la supremacía de la Constitución al Tribunal Constitucional, en razón del contenido político de la competencia del órgano, que de ser encomendado a Corte Suprema o a tribunales sería atravezarlos con situaciones de conflicto político.

Finalmente, el estudio del Tribunal Constitucional se desagrega en los apartados temáticos¹⁰ siguientes:

⁹ Andrade G., Carlos, *op. cit.*, nota 4, pp. 298-309.

¹⁰ El profesor Gómez Bernal en su investigación monográfica estudia algunos de estos apartados temáticos, utilizando el fructífero método comparatista.

Perfil orgánico y estatuto; funcionamiento; competencia y procedimiento; sentencia constitucional.

1. *Perfil orgánico y estatuto*

El Tribunal Constitucional es un órgano colegiado y letrado, autónomo e independiente “de toda otra autoridad o poder” que ejerce una función de jurisdicción constitucional (artículo 81 de la Constitución Política de la República y artículo 1o. de la Ley núm. 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional).

La *autonomía* del Tribunal Constitucional se manifiesta en: *a*) facultad o potestad autorreglamentaria vía Autos Acordados (artículo 90), que se extiende a negocios administrativos y de procedimiento; *b*) facultad de nombrar y remover funcionarios (artículo 84, Ley núm. 17.997); *c*) autonomía financiera consistente en la no aplicación de disposiciones que rigen a Contraloría General de la República ni las que rigen la Administración financiera del Estado (artículo 89), y *d*) autonomía económica (artículo 81).

La *independencia* que es nota constitutiva del carácter jurisdiccional del órgano se manifiesta en: *a*) inamovilidad de miembros del Tribunal durante sus funciones (8 años), según lo dispone artículo 81, inciso 3, Constitución política de la República; *b*) no acusabilidad en juicio político de sus miembros (artículo 48, núm. 2; artículo 49, núm. 1, Constitución política de la República); *c*) exclusión del Tribunal de la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema (artículo 79, inciso 1, Constitución política de la República); *d*) irresponsabilidad por decisiones, decretos e informes de sus miembros (artículo 11, Ley núm. 17.997), y *e*) órgano supremo (artículo 18, Ley núm. 17.997). El Tribunal Constitucional elige un presidente por simple mayoría (artículo 5o., Ley núm. 17.997) por dos años, reelegible un periodo, con atribuciones en materia de procedimiento (artículo 8o., Ley núm. 17.997).

En cuanto a la composición letrada del Tribunal Constitucional los anteproyectos comentados, de CENC y Consejo de Estado, habrían optado por una integración “judicialista”; que el proyecto de la Junta de Gobierno morigeró introduciendo una integración más “política”. Así el Tribunal Constitucional esta constituido por siete miembros o “ministros” (artículo 2o., Ley núm. 17.997), designados de la forma siguien-

te: a) tres ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta, por mayoría absoluta, en votaciones sucesivas y secretas; b) un abogado designado por el presidente de la República; c) dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional; d) un abogado elegido por el Senado por mayoría absoluta de los Senadores en ejercicio" (artículo 81, inciso 1, Constitución Política de la República). El aumento en el número de sus miembros comparado con el antiguo Tribunal Constitucional, no se justifica por el crecimiento de sus atribuciones, puesto que no es órgano que funcione en Salas, sino como órgano colegial, punto en que discrepamos con Verdugo y Pfeffer. Los letrados designados por el presidente de la República y el Senado, debían haberse desempeñado como abogados integrantes de la Corte Suprema durante tres años consecutivos a lo menos, requisito que la reforma de 1997 suprime. Además, estos abogados y los dos letrados que designa el Consejo de Seguridad Nacional deben tener a lo menos quince años de titulados, haberse destacado en la actividad profesional universitaria o pública (artículo 81, inciso 2, Constitución política de la República).

El perfil orgánico del Tribunal Constitucional en sus notas de identidad guarda armonía con su antecedente de la Constitución de 1925, reformada en 1970 y con el sistema europeo; sin embargo, su integración "judicial-política" introduce al Consejo de Seguridad Nacional en la generación de dos miembros del Tribunal, con mayoría absoluta de sus miembros con derecho a voto. Tal Consejo es un órgano consultivo del presidente de la República, reproducción de una ideología autoritaria y que representa un enclave autoritario en la Constitución vigente (L. Ríos). A esta crítica Nogueira agrega la inconveniencia de que tres magistrados de la Corte Suprema sean a la vez magistrados del Tribunal Constitucional, simultaneidad que puede afectar el funcionamiento de éstos órganos y, además, se estima necesario eliminar el requisito de haber sido o ser abogado integrante de la Corte Suprema, durante tres años consecutivos, dado que es un requisito que "restringe el ámbito de elección" del presidente de la República y del Senado, además de considerar abogados con desempeño en Santiago,¹¹ requisito éste que es suprimido por la reforma constitucional de 1997, promulgada por Ley núm. 19.541,

¹¹ Nogueira Alcalá, Humberto, "El Tribunal Constitucional chileno", *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Santiago, UDP, 1996, pp. 311-376, p. 316.

reforma que puso “fin” a los “abogados integrantes” de la Corte Suprema.

Sobre este particular, Ribera señala que la composición del Tribunal Constitucional no es sólo un problema técnico-jurídico, sino que es de alto contenido político, distinguiendo dos fuentes: una de “necesaria legitimación democrática” y otra de independencia, asegurando la calidad de los designados. El Constituyente de 1980 al encomendar cinco de los siete magistrados a la generación por órganos constitucionales que ejercen soberanía, pero sin legitimación democrática directa, optaría en el dilema por una mejor calidad de los magistrados y aportar una legitimación más tradicional que arranca de la Corte Suprema. Ribera construye su argumento en un sofisma notorio, dado que no es posible distinguir entre un componente judicial y un componente político en la generación del Tribunal Constitucional, dado que todos los órganos constitucionales que intervienen en la designación de magistrados son órganos políticos, y la diferencia sustantiva arranca precisamente de que sólo dos órganos: presidente de la República y Senado, tienen legitimidad democrática. La necesaria cualificación letrada de los magistrados del Tribunal Constitucional se logra por la vía de instituir requisitos de designación concordantes; notándose en este punto la indispensable presencia en el órgano de profesores de derecho público.

Con todo, el propio Ribera llega a reconocer que el actual sistema de designación de los miembros del Tribunal Constitucional puede repercutir desfavorablemente en su legitimación democrática. “En este caso —dice Ribera— el Tribunal Constitucional y especialmente algunos de sus miembros carecerán de una amplia legitimación democrática de origen, toda vez que el sistema de elección consagrado, no permite que los grupos minoritarios estén debidamente representados”.¹² Incluso en este hilo argumental, *verbigratia* los ministros del Tribunal Constitucional designados por la Corte Suprema, se hacen por mayoría absoluta en “votaciones sucesivas y secretas”, lo que impide que minorías de dicha Corte puedan elegir magistrados en el órgano.

El *perfil orgánico* del Tribunal Constitucional reseñado en sus elementos esenciales nos permite caracterizar a éste como un órgano jurisdiccional, caracterización que sus competencias en gran medida confirman. El propio Tribunal Constitucional ha declarado que su configuración or-

12 Ribera N., Teodoro, *op. cit.*, nota 5, p. 40.

gánico-funcional es la de un órgano jurisdicтор y no consultivo (v. gr. S.T.C. Rol 23, Cons. 6 y 7), y por ende, no colegislador (v. gr. S.T.C. Rol núm. 67, Cons. 10 b).

En cuanto al *estatuto* de los miembros del Tribunal Constitucional, cabe señalar de manera sintética las notas relevantes:

a) Letrados con cualificación profesional. Los miembros “judiciales” del Tribunal Constitucional deben ser ministros de la Corte Suprema y reunir los requisitos estatutarios para gozar de dicha investidura según lo dispone el Código Orgánico de Tribunales. Los abogados que designe el presidente de la República, el Consejo de Seguridad Nacional y el Senado deben tener a lo menos 15 años de título, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública.

b) Letrados afectados por inhabilidades propias para ser juez (artículo 81, inciso 2, Constitución política de la República).

c) Letrados a quienes se les aplican *incompatibilidades* para ser parlamentario o ministro del Tribunal Calificador de Elecciones, y las *prohibiciones* de los artículos 55 y 56 de la Constitución política de la República, lo que tiende a resguardar la independencia de los ministros del Tribunal Constitucional. La Constitución excluye a los ministros del Tribunal Constitucional designados por la Corte Suprema de incompatibilidades y prohibiciones de los artículos 55 y 56 de la Constitución política de la República, los que estipulan entre otras prohibiciones la percepción de remuneraciones por dos funciones públicas simultáneas; pero se le aplica el artículo 261 del Código Orgánico de Tribunales que dispone una incompatibilidad de ejercer dos funciones públicas pagadas con recursos públicos. En este punto Gómez indica que:

...la aplicación que se le ha dado al artículo 261 del Código Orgánico de Tribunales, en relación al artículo 81 de la Constitución, es que la primera norma, la del Código Orgánico de Tribunales, se refiere a la incompatibilidad de remuneraciones de ambos cargos y que en materia de incompatibilidades de funciones *prima* el artículo 81 sobre la clara indicación del artículo 261. Todo ello en el sentido de que la norma de la Constitución diría que el Tribunal Constitucional chileno está integrado por tres magistrados “en ejercicio” de la Corte Suprema, lo que no se cumpliría de hacerse efectivo el artículo 261 del Código Orgánico de Tribunales. De este modo, primaría la disposición del artículo 81 de la norma fundamental.¹³

13 Gómez B., G., *op. cit.*, nota 4, pp. 65 y 66.

d) Letrados inamovibles durante sus funciones (8 años) y que se renovarán por parcialidades cada cuatro años (artículo 81, inciso 3). Los letrados cesan al cumplir 75 años de edad, y sus integrantes “judiciales” cesan al perder la calidad de ministros de la Corte Suprema por cualquier causa. Los reemplazos se harán por el tiempo que faltan en funciones al ministro reemplazado (artículo 81, incisos 5 y 6 de la Constitución política de la República). El artículo 13, Ley núm. 17.997 regula las causales de cesación en que el cargo de ministro del Tribunal Constitucional, a saber: renuncia, expiración, haber cumplido 75 años de edad, inhabilidad, incompatibilidad sobreviniente; y estos dos últimos resultan por el propio Tribunal con acuerdo de mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio, excluido el o los afectados. Los letrados podrán ser reelegidos o designados nuevamente para la función de forma indefinida con la limitación constitucional de la edad (75 años).

e) Letrados sometidos a régimen de implicancia (artículo 19, Ley núm. 17.997).

f) Letrados que gozan de privilegios honoríficos (artículo 2o., inciso final, Ley núm. 17.997), económico (artículo 77, Ley núm. 17.997), procesales (artículo 12, inciso 2, Ley núm. 17.997), fuero penal (artículo 20), procesal penal (artículos 21 y 22).

g) Letrados eximidos de cargas públicas personales que, afecten a ciudadanos (artículo 12, inciso 1, Ley núm. 17.997).

h) Letrados que gozan de fuero especial (artículo 41, núm. 7, inciso 2, Constitución política de la República) en estados de excepción en orden a quedar inmunes de toda medida restrictiva o privativa de libertad. También los letrados gozan de la inmunidad de los jueces (artículo 81, inciso 4 y artículo 78 de la Constitución política de la República), es decir, no podrán ser aprehendidos sin orden del Tribunal competente salvo delito o crimen flagrante y sólo para ponerlos a disposición del Tribunal competente: un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, según regla del turno (artículo 20, Ley núm. 17.997).

i) Letrados que no son responsables (artículo 11, Ley núm. 17.997). Las decisiones, decretos e informes que los ministros del Tribunal Constitucional expidan en los asuntos de que conozcan, no les impondrán responsabilidad. Tal irresponsabilidad es un verdadero privilegio del Tribunal y sus miembros, que resguarda la autonomía del órgano, y que es complementado, por la aludida imposibilidad de acusación en juicio

político de éstos. En cuanto a la razón de la exclusión de los ministros del Tribunal Constitucional de nuestro criollo *impeachment*, radicaría en que el Tribunal está llamado a resolver conflictos suscitados entre el presidente de la República y el Congreso Nacional (Gómez).

j) Letrados podrán ser suplidos por “abogados integrantes” (artículo 15, Ley núm. 17.997). Cada tres años en el mes de enero que corresponda el Tribunal Constitucional designa cinco abogados que reúnan las calidades exigidas para nombramientos del artículo 81, letra c de la Constitución política de la República, los que integrados en una nómina tendrán la precedencia que allí se indique. Los “abogados integrantes” son designados por la mayoría absoluta de los miembros del Tribunal en “votaciones sucesivas y secretas”, regla que como en la Corte Suprema según se ha dicho, excluye a las minorías dentro del propio Tribunal. Los abogados integrantes operan como suplentes de ministros del Tribunal Constitucional cuando no se complete el quórum de sesiones válida (cinco ministros de un total de siete), sea por no haberse efectuado designación en caso de vacancia de un cargo, por implicancia u otro impedimento grave, abogados que serán llamados siguiendo el orden de precedencia de la nómina hasta completar el quórum; con la limitación de no poder funcionar el Tribunal con mayoría de integrantes. Con razón se ha dudado de la constitucionalidad de este instituto de los “abogados integrantes” (Gómez) creado por ley orgánica constitucional del Tribunal e incluso se ha llegado a sostener derechamente la inconstitucionalidad del instituto (Nogueira). Ciertamente que el Tribunal Constitucional al definir el mecanismo de integración para suplir la ausencia de sus miembros o la vacancia, rompe con el principio básico en orden a que en la generación del Tribunal intervienen órganos constitucionales (Corte Suprema, Consejo de Seguridad Nacional, Senado y Presidente de la República), y a éstos debía corresponder designar a los suplentes.

2. *Funcionamiento*

El Tribunal Constitucional como órgano colegial y letrado sesiona con un quórum de cinco miembros, y adopta sus acuerdos por simple mayoría. De las normas y principios atinentes al funcionamiento del Tribunal Constitucional, cabe destacar:

1) La cesación de sus miembros importa su reemplazo, por el tiempo que faltare en funciones al reemplazado, conforme lo dispuesto en el artículo 14 de Ley núm. 17.997 (LOCTC). Además, el Tribunal Constitucional en el mes de enero que corresponda, designara cinco abogados integrantes que reúnan el requisito propio de artículo 81, letra c, de la Constitución política de la República, integrantes que tendrán en la nómina su orden de precedencia (artículo 15). Los abogados integrantes serán elegidos por mayoría absoluta del Tribunal Constitucional, en votaciones sucesivas y secretas e integrarán el órgano en caso de implicancia u otro impedimento grave que afecte a algún ministro del Tribunal.

2) El Tribunal Constitucional elige un presidente de entre sus miembros, por simple mayoría de votos, órgano investido de atribuciones de administración y procedimiento (artículo 5o.), sin perjuicio de las atribuciones del secretario (artículo 9o.), quien será subrogado por el Relator (artículo 87, Ley núm. 17.997). Al presidente del Tribunal le corresponde confeccionar el presupuesto efectivo del ejercicio, conforme a clasificador que emite el ministerio de Hacienda (artículo 82, Ley núm. 17.997). El presidente y el secretario deben rendir cuenta de gastos al Tribunal, la que es comunicada a la Contraloría General de la República para efectos contables (artículo 83, Ley núm. 17.997).

3) El Tribunal Constitucional está revestido de facultades disciplinarias los artículos 542, 543, 544 y 546 de COT (artículo 24, Ley núm. 17.997).

4) En el Tribunal sus miembros están sujetos a un orden de precedencia (artículo 6o., Ley núm. 17.997), el cual importa para determinar la subrogación del presidente del órgano (artículo 2o. del Auto Acordado relativo al Funcionamiento del Tribunal de 1982)

5) Presidente y ministros de Tribunal Constitucional deberán prestar juramento o promesa de guardar la Constitución y las leyes ante el secretario (artículo 10, Ley núm. 17.997). El secretario y el relator prestarán juramento o promesa ante el presidente del Tribunal.

6) El Tribunal Constitucional funcionará en la capital de la República o en el lugar que excepcionalmente designe (artículo 16). El Tribunal celebrará sus sesiones ordinarias, a lo menos una vez a la semana, en los días y horas que fije, que se suspenderán en mes de febrero, y sus sesiones extraordinarias se celebrarán a convocatoria de su presidente de propia iniciativa o a solicitud de dos o más de sus miembros (artículo 16).

6) Los acuerdos del Tribunal Constitucional se registrarán en lo pertinente por las normas de párrafo 2, título V del COT, en lo que no sean contrarias a la Ley núm. 17.997 y los votos se emiten en el orden de precedencia del artículo 6o. (artículo 17). En caso de empate el presidente del Tribunal tendrá voto de calidad o dirimente (artículo 8o., letra f, de Ley núm. 17.997)

3. *Competencia y procedimiento*

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

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

jurisdicción constitucional, con la peculiaridad de una dualidad de Jurisdicción.

La competencia del Tribunal Constitucional admite clasificaciones, pudiendo optarse por la sistemática empleada por la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal (Verdugo, Pfeffer); que nos refiere a los tipos de procedimientos: control obligatorio de constitucionalidad, conflictos de constitucionalidad; inhabilidades, incompatibilidades de los ministros de Estado y parlamentarios, atentados contra el ordenamiento institucional e informes (título II, artículo 34-73, Ley núm. 17.997).

En nuestro medio, el jurista Lautaro Ríos propone una tipología diversa para ordenar las competencias del Tribunal Constitucional; a saber: competencia de control preventivo de constitucionalidad de la ley, competencia de conflictos, competencia sancionatoria, competencia miscelánea, competencias excluidas.¹⁴ Por otra parte sólo algunos tipos de competencia del Tribunal Constitucional pueden ser reconducidas al concepto de proceso constitucional (González Pérez).

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

Competencia de control de constitucionalidad de la ley; competencia de conflictos de constitucionalidad; competencia Contencioso-Sancionatoria, competencia miscelánea (de tipo contenciosa y de tipo consultiva).

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

El proceso constitucional es un proceso especial diverso del proceso civil y del proceso penal, sin perjuicio de otorgar vigencia supletoria a las normas del proceso común o civil, y que tiene por finalidad la “paz comunal” (González Pérez). El proceso constitucional en nuestro ordenamiento reviste dos formas: *el proceso de constitucionalidad y el proceso de amparo o tutela de derechos fundamentales*. En el proceso de

¹⁴ Ríos, Lautaro, “La justicia constitucional en el derecho público chileno”, *XX Jornadas de Derecho Público*, Valparaíso, Edeval, 1990, 2 ts., t. I, pp. 169-214, en especial pp. 177-185. González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 41, 45-47.

constitucionalidad se impugnan normas por su contradictoriedad con la Constitución. En el proceso de amparo se impugnan actos que vulneran situaciones jurídicas subjetivas cubiertas por técnicas tutelares: derechos fundamentales.

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

En otro lugar abordaremos la ligazón del proceso constitucional y de amparo de derechos, con las acciones constitucionales, como un todo que integra nuestro derecho procesal constitucional.

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

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

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

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

a) *Principio de pasividad* (artículo 3o., Ley núm. 17.997). Es decir, el Tribunal Constitucional ejerce su jurisdicción a requerimiento de “órganos constitucionales interesados o de las personas que intenten la acción pública”, esto significa que por regla la legitimación procesal activa es restringida y excepcionalmente habrá acción pública.

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

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

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

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

d) *Principio de escrituración* (artículo 27). Con oralidad excepcional cuando se dispongan alegatos.

e) *Principio de acumulabilidad* (artículo 28). El Tribunal puede ordenar la acumulación de asuntos o causas con otros conexos que justifiquen la unidad de tramitación y decisión (v. gr. S.T.C. Rol núm. 217 y 218).

f) *Principio de imperio* (artículo 30, inciso final). El Tribunal podrá requerir de cualquier órgano, poder o autoridad; organización, movimien-

to o partido, según corresponda, los antecedentes que estimen convenientes, y éstos estarán obligados a proporcionarlos oportunamente.

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

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

A. *Competencia de control de constitucionalidad de la ley*

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

Con acierto Verdugo y Pfeffer destacan que “al Tribunal Constitucional no le corresponde la definición de todas las discrepancias que surjan durante la tramitación de dichos proyectos, sino tan solo aquéllos que versen sobre su constitucionalidad. Asimismo, no se pronunciará respecto de los preceptos que no revisten el carácter de ley orgánica constitucional o interpretativa de la Constitución”.¹⁵ Nuestro Tribunal tiene en este ámbito el rol de “perro guardián” que se le asignó al Consejo Constitucional francés, una verdadera “tercera cámara”; concordante con la “racionalización” del Congreso Nacional obra del constituyente autoritario de 1980.

¹⁵ Verdugo, M. *et al.*, *Derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, 2 vols., t. II, p. 243.

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

Tal caracterización la hemos criticado con anterioridad, dado que nuestro sistema de jurisdicción constitucional, con un déficit de racionalización, se aproxima más bien al sistema europeo o concentrado pero con dualidad de Judicatura: el Tribunal Constitucional y Tribunales Superiores de Justicia (en especial Corte Suprema). Se advierte agudamente por G. Gómez que el control preventivo y obligatorio del artículo 82, núm. 1, de la Constitución asemeja a nuestro Tribunal al Consejo Constitucional francés; “asociada a la rigidez de la ley orgánica, a los distintos tipos de normas legales y a la configuración de una potestad autónoma *versus* una norma de clausura legislativa que fijaba el dominio legal máximo, está destinada a frenar a la institución que se cree más peligrosa para la Constitución, las Cámaras del Congreso”.¹⁶ Destaca G. Gómez que el control del Tribunal Constitucional no es pleno, al no cubrir toda la gama de leyes, redundando en un control político.

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

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

16 Gómez B., G., *op. cit.*, nota 4, p. 144.

Por otra parte, el control de constitucionalidad de la ley atribuido al Tribunal Constitucional es un control abstracto de normas, caracterización inicial recogida por Silva Bascuñán para el Tribunal de 1970. Tal control abstracto de normas prescinde de situaciones concretas referidas a derechos públicos subjetivos, lo que es congruente con la garantía jurisdiccional de la supremacía de la Constitución. Resulta correcto afirmar que la garantía de la Constitución en este esquema es un resguardo frente a las demasías o excesos del legislador o del jefe de Estado expresada en actos normativos que vulneren la supremacía constitucional (Silva Bascuñán).¹⁷

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída en este control preventivo y obligatorio, es de gran utilidad la monografía de Zapata Larraín,¹⁸ que se refiere a dos materias capitales de nuestro derecho constitucional: ámbito de la ley orgánica constitucional y control de constitucionalidad de la legislación orgánica.

En cuanto al procedimiento, la Cámara de origen enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquel en que quede totalmente *tramitado* por el Congreso (artículo 82, inciso 3, Constitución política de la República), plazo que se cuenta desde que queda totalmente tramitado el proyecto por el Congreso, con certificación secretarial en Cámara de Origen (artículo 34, Ley núm. 17.977). Si en la fase de discusión del *iter legis* se hubiere planteado una cuestión de constitucionalidad deberán también remitirse las actas de sesiones, de sala o de comisión o el oficio del presidente de la República donde conste la cuestión de constitucionalidad. Recibida la comunicación el Tribunal Constitucional ordenará traer autos en relación, quedando el asunto en tabla y oída relación se resolverá la cuestión de constitucionalidad (artículo 35, incisos 1 y 2).

Acerca del “momento de control” se pueden plantear problemas de interpretación del artículo 34, inciso 2, de la Ley núm. 17.997, específicamente con la expresión “totalmente tramitado en el Congreso” el proyecto de ley para establecer el plazo de cinco días para remitirlo al Tribunal. Ante el problema existen dos soluciones hermenéuticas; el pro-

¹⁷ Silva Bascuñán, A., “Misión del Tribunal Constitucional”, *XXIV Jornadas de Derecho Público, Revista Chilena de Derecho*, núm. 20, 2o. y 3o., t. I, pp. 485 y 486.

¹⁸ Zapata Larraín, Patricio, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Santiago, Corporación Tiempo 2000, 1994, pp. 95-164.

yecto está totalmente tramitado una vez que el presidente de la República lo ha sancionado de manera expresa, tácita o forzada, o ha vetado el proyecto y este veto ha sido despachado por las Cámaras, o bien el proyecto está totalmente tramitado cuando el Congreso Nacional lo ha despachado y remitido al presidente de la República a través de la Cámara de origen. Una solución hermenéutica u otra tiene efectos políticos en el control de constitucionalidad.¹⁹

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

En este punto comparto la tesis de G. Gómez en orden a revisar esta práctica, ya que el control abstracto de las leyes orgánicas no se compeadece con los conflictos constitucionales.

El artículo 82, núm. 2, —indica Gómez— que fija la competencia del Tribunal Constitucional en materia de conflictos de constitucionalidad, no menciona a la LOC entre los supuestos sobre los que se puede requerir...

El legislador orgánico en su oportunidad, no pudo crear un supuesto o vía de acceso al Tribunal que no estuviese previsto en el artículo 82. Lo contrario significa pensar que el constituyente pretendió que los proyectos de leyes orgánicas e interpretativas pueden ser revisados dos veces por el Tribunal Constitucional, una vez como conflicto y otra vez por medio del control obligatorio.²⁰

Recibida en el Tribunal Constitucional la comunicación de la Cámara de origen del proyecto de ley, el presidente ordenará traer autos en re-

19 Gómez B., G., *op. cit.*, nota 4, pp. 172 y 173.

20 *Ibidem*, p. 176.

lación y el asunto quedará en estado de tabla y oída la relación, el Tribunal resolverá sobre la constitucionalidad del proyecto (artículo 35, incisos 1 y 2, Ley núm. 17.997). El Tribunal no tiene plazo para la substanciación de este “proceso” de control de normas.

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

1) Resuelto por el Tribunal que el proyecto es constitucional, y habiéndose planteado cuestión de constitucionalidad en la fase de discusión del *iter legis*, así se declarará en la sentencia y su presidente lo comunicará a la Cámara de origen. En caso de leyes interpretativas, la resolución deberá ser fundada (artículo 35, incisos 3 y 4).

2) Resuelto por el Tribunal que el proyecto es constitucional, y habiéndose planteado cuestión de constitucionalidad en la fase de discusión del *iter legis*, deberá emitirse la declaración fundada respecto de preceptos impugnados vía cuestión de constitucionalidad (artículo 35, inciso 5).

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

B. *Competencia de conflictos de constitucionalidad*

En la competencia de conflictos de constitucionalidad se trata de una variante del control de normas, de tipo facultativo en que se examina la regularidad de potestades normativas vinculadas a la supremacía constitucional, por lo tanto, los demás conflictos constitucionales no quedan comprendidos en esta competencia. En razón de ello es una competencia de conflictos “restringida” (Ríos), pues excluye las mal denominadas “contendidas de competencia” encomendadas a la Corte Suprema (artículo 79, inciso 2) y al Senado (artículo 49, núm. 2), según el caso. Observa Ríos:

Nada se dice de los conflictos que puedan surgir entre el presidente y el Congreso o alguna de sus ramas, como no sea cuando ellos se refieren a la

constitucionalidad de la ley, de un decreto con fuerza de ley (ley delegada) o de un decreto supremo. Tampoco se provee un cauce de solución a los conflictos entre las municipalidades y los entes administrativos centralizados y autónomos.²¹

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

- a) Regularidad del procedimiento legislativo (artículo 80., núms. 2 y 5).
- b) Cuestiones de constitucionalidad que susciten actos normativos que emanen del Presidente de la República (artículo 82, núms. 3, 6 y 12).
- c) Cuestiones de constitucionalidad relativas a convocatoria a un plebiscito (artículo 82, núm. 4).

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

a. Regularidad del procedimiento legislativo (artículo 82, núms. 2 y 5)

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

En nuestro medio, Zapata realiza un parangón entre los conflictos de constitucionalidad y el recurso previo²² y como es sabido en derecho

²¹ Ríos, L., *op. cit.*, nota 14, p. 179.

²² Zapata L., P., *op. cit.*, nota 18, pp. 166-169.

comparado se ha puesto de relieve la contradicción existente entre el monopolio legislativo y el control de constitucionalidad de la ley preventivo, más aún si recae no sobre proyectos de ley concluidos, sino proyectos en trámite, reforzando el carácter colegislador o de “tercera Cámara” del Tribunal Constitucional. Lo anterior por una parte debilita el carácter o naturaleza jurisdiccional de las competencias del Tribunal, y politiza sus atribuciones otorgando a este órgano un verdadero veto. Con acierto el ilustre procesalista y administrativista Jesús González Pérez en relación al recurso previo de inconstitucionalidad español sostuvo que con su introducción en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (artículos 2o. y 79) se hace “...desnaturalizando los principios procesales y creando una figura de control previo anómalo”,²³ de suerte que tal recurso rompe con la racionalidad de un Tribunal que no está llamado a decidir *a priori* acerca de la inconstitucionalidad de un proyecto de ley, y permite a las minorías parlamentarias suspender la tramitación o promulgación de una ley, de un proyecto de reforma o de un tratado, en el caso de nuestro ordenamiento. Los defectos técnicos y políticos motivaron la supresión del recurso previo español en 1984.²⁴ El recurso previo español, así como nuestra criolla “cuestión de constitucionalidad”, exceden la definición kelseniana del Tribunal Constitucional como legislador negativo, deviene el Tribunal en un legislador positivo, o más concretamente un “auténtico colegislador” (Alba Navarro), emisor de “sentencias-delegación” que habría de desarrollar el Parlamento negando así no la añeja soberanía del Parlamento, sino simplemente su centralidad política y su carácter de órgano complejo legislativo.²⁵ Para efectos de comparación, el caso del Consejo Constitucional francés tiene un matiz diferente, ya que este órgano de control de constitucionalidad (leyes orgánicas y ordinarias, tratados, reglamentos camerales) es básicamente un órgano de control preventivo y excepcionalmente de control represivo en el caso de deslegalización.²⁶ En el caso de nuestro país existe control represivo y facultativo de la Corte Suprema, aunque insatisfactorio, opera plenamente

23 González Pérez, Jesús, *op. cit.*, nota 14, p. 269.

24 Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder*, Madrid, CEC, 1993, pp. 423-425.

25 Alba Navarro, Manuel, “El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de ley orgánica”, *Revista de Derecho Político*, núm. 16, 1982-1983, p. 181.

26 Favoreu, L. y Phillips, L., *Le conseil constitutionnel*, 5a. ed., París, PUF, 1991.

Un segundo elemento en la “cuestión de constitucionalidad” es que se “susciten durante la tramitación” de proyectos de ley o de reforma y de tratados. La doctrina jurisprudencial exige *cuestionamiento previo*, es decir, una objeción expresa de constitucionalidad por los órganos del *iter legis*. Así, *verbigratia*, el Tribunal Constitucional en sentencia rol núm. 147, de 1992, declaró inadmisibles un requerimiento dirigido contra un proyecto de ley por falta de “cuestionamiento previo”; disponiendo:

...este Tribunal, en ocasión anterior ha estimado que debe concurrir para que exista una cuestión de constitucionalidad la de haberse producido al menos una discrepancia sobre la preceptiva constitucional y el texto impugnado en los órganos colegisladores. Tal discrepancia puede surgir entre el presidente de la República y el Poder Legislativo o en el seno de éste último.

La doctrina jurisprudencial que define esta condición procesal: “cuestionamiento previo” la sitúa en el *iter legis*, como una objeción de constitucionalidad del proyecto en trámite, objeción específica o precisa y pública²⁷ (V. gr. S.T.C. Rol núm. 23, Cons. 4; S.T.C. Rol núm. 147, Cons. 2; S.T.C. Rol núm. 207; Cons. 15; S.T.C. Rol núm. 226; Cons. 2). De esta suerte, la ausencia de requisitos de la cuestión de constitucionalidad tiene la consecuencia procesal de la inadmisibilidad del requerimiento (S.T.C. Rol núm. 215).

Conforme al núm. 2 del artículo 82 de la Constitución política de la República el Tribunal Constitucional debe resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten “durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados remitidos a la aprobación del Congreso”. Existe legitimación restringida, el Tribunal Constitucional conoce a requerimiento del presidente de la República, cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, todo durante la tramitación del proyecto de ley, de reforma o de tratado. El requerimiento del presidente de la República, de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros se sujeta a las formas prescritas en el artículo 38 de la Ley núm. 17.997, debiendo contener el requerimiento una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo, señalando de forma precisa la cuestión de constitu-

²⁷ Zapata L., P., *op. cit.*, nota 18, p. 176. Carmona S., Carlos, *La cuestión de constitucionalidad*, inédito, 1993.

cionalidad y en su caso vicio o vicios de inconstitucionalidad, con indicación de normas transgredidas (artículo 39 y S.T.C. Rol 23, Cons. 5).

El requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto, pero la parte impugnada no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo de diez días o el plazo prorrogado hasta por diez días por motivos graves y calificados contados desde la recepción del requerimiento, con la excepción de Ley de Presupuestos o Proyecto de Ley de Declaración de Guerra (artículo 82 incisos 5, 6, Constitución política de la República y artículo 40, Ley núm. 17.997).

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

El Tribunal Constitucional ordenará traer los autos en relación y el asunto quedará en estado de tabla, oída relación y con acuerdo, se designa ministro redactor (artículo 43). La sentencia del Tribunal Constitucional podrá estar fundada en declaración de inconstitucionalidad, en infracción de precepto constitucional, “haya sido o no invocado en el requerimiento” (artículo 44) y la sentencia se comunicará a requirente y en su caso, a presidente de la República, Senado, Cámara de Diputados, Contraloría General de la República y Corte Suprema (artículo 45).

También tenemos *competencia de conflicto relativa a regularidad de procedimiento legislativo* en el núm. 5 del artículo 82 de la Constitución política de la República, quedando el Tribunal Constitucional llamado a resolver los reclamos en caso de que el presidente de la República “no promulgue una ley cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional”. Para incoar el procedimiento la legitimación es restringida, pudiendo promover la cuestión cualquiera de las Cámaras o una cuarta

parte de sus miembros en ejercicio, dentro de los 30 días siguientes a la publicación o notificación de texto impugnado o dentro de los 60 días siguientes a la fecha en que el presidente de la República debió efectuar la promulgación de la ley. Admitido a trámite el requerimiento (artículo 42) deberá ponerse en conocimiento del contralor general de la República, aplicándose las normas o reglas de procedimiento de los artículos 38 a 45 inclusivos de la Ley núm. 17.997 (artículo 48). La sentencia del Tribunal Constitucional que acoja el requerimiento *promulgará* la ley que no lo haya sido o *rectificará* la promulgación incorrecta (artículo 82, inciso 11, de la Constitución política de la República), y tal sentencia se remitirá a la Contraloría General de la República para su registro y cumplido el trámite ésta ordenará publicación en el *Diario Oficial*, la que deberá efectuarse dentro de los cinco días siguientes (artículo 48, inciso 3, Ley núm. 17.997).

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

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

De esta manera, la cobertura de actos normativos sometidos a control del Tribunal Constitucional es completa: actos legislativos, tratados, de-

cretales y decretos con fuerza de ley. Se trata en éste caso de un control de constitucionalidad de actos de la administración (decretos) de carácter represivo y facultativo, superponiendo al Tribunal sobre la Contraloría General de la República, superposición de controles jurídicos de alcance distinto, pero que han generado conflictos entre estos órganos supremos del Estado dado que ambos órganos ejercen un control de legalidad y constitucionalidad (principio de juridicidad)

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

b. Cuestiones de constitucionalidad que susciten actos normativos que emanen del presidente de la República (artículo 82, núms. 3, 6 y 12)

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

En la hipótesis del artículo 82, núm. 3, de la Constitución política de la República queda fuera la ley habilitante o delegatoria, que deberá ser impugnada vía artículo 82 núm. 2, de la Constitución. En el núm. 3 del artículo 82 de la Constitución política de la República se le asigna al Tribunal Constitucional la atribución de resolver “las cuestiones” de constitucionalidad que se susciten sobre un decreto con fuerza de ley. En esta competencia la legitimación es restringida al presidente de la

República dentro del plazo de 10 días cuando la Contraloría General de la República rechace por inconstitucional un DFL, y a cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio cuando el organismo contralor hubiere tomado razón de un DFL que se impugne por inconstitucional dentro del plazo de 30 días contados de la publicación del decreto (artículo 82, inciso 7).

Una cuestión de fondo es estimar que queda comprendida en las “cuestiones sobre constitucionalidad” el juicio fundado en la Constitución como parámetro de control, quedando excluido el juicio de legalidad del DFL que concierne a su ley habilitante, lo que es de competencia de Contraloría General de la República (artículo 88, inciso 2, de la Constitución política de la República).

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

En relación al procedimiento de la cuestión sobre constitucionalidad del DFL, se aplican las reglas de los artículos 38 a 45 inclusive (artículo 46), con mención de algunas reglas especiales, a saber: el requerimiento del presidente de la República deberá ser deducido dentro del plazo de diez días y se contará dicho plazo desde la recepción del oficio de representación del contralor en el Ministerio origen del decreto; el Tribunal Constitucional deberá resolver dentro del plazo de 30 días, si este fuere defectuoso o incompleto, el plazo se contará desde que se subsanen defectos o completen antecedentes, plazo que podrá ser prorrogado hasta por 15 días si existiesen motivos graves y calificados, todo por resolución fundada (artículo 46, incisos 2 y 3).

En cuanto a la sentencia del Tribunal Constitucional habrá que distinguir por hipótesis básicas: en el caso del decreto con fuerza de ley representado por el organismo contralor, la sentencia que desestima la acción del presidente de la República y convalida el reproche de constitucionalidad, el decreto no llegará a tener eficacia jurídica y, por el contrario, la sentencia que acoja el requerimiento del jefe de Estado será comunicada al contralor general de la República para que proceda, de

inmediato a tomar razón del DFL respectivo (artículo 46, inciso 4); y, en el caso del DFL tomado razón por el organismo contralor e impugnado vía requerimiento por cualquiera las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, la sentencia que desestima la acción de inconstitucionalidad, consolida el DFL como acto normativo legítimo, y, por el contrario, la sentencia que acoja el requerimiento de todo o parte del DFL, se publicará en el *Diario Oficial* dentro de los tres días contados desde la fecha de dictación de la sentencia y la norma respectiva quedará sin efecto de pleno derecho (artículo 46, inciso final). En este caso por norma expresa la sentencia tiene efecto temporal *ex nunc* o *pro futuro*.

En la hipótesis de requerimiento por cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, claramente se trata de un control represivo.

La razón —dice Gómez— que justifica este control *a posteriori* de una norma vigente, reside en que el decreto con fuerza de ley es una muestra de confianza de las Cámaras en el presidente, y este control resguarda, en último análisis, las atribuciones legislativas del Parlamento. La justificación para que una minoría ejerza el control está en que tal facultad obligatoria, puede haber sido ejercida al margen de la Constitución y pasando a llevar a la minoría, lo que aconseja que este facultada para impugnar el decreto.²⁸

Con todo, la superposición de controles jurídicos por los mismos vicios (Gómez) nos parece una hipótesis rarísima e improbable.

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

28 Gómez B., G., *op. cit.*, nota 4, pp. 182 y 183.

Esta competencia de conflictos, arranca de la definición misma del organismo contralor (órgano autónomo e independiente) y de su función total de control de legalidad, que a través de uno de sus tipos de control: el trámite de toma de razón hace un juicio de legalidad y de constitucionalidad de decretos y resoluciones. En caso de representación por ilegalidad del acto de administración, el presidente de la República goza de la atribución exorbitante del decreto de insistencia, atribución que no podrá doblegar el reproche de inconstitucionalidad.

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

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

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

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

c. Cuestiones de Constitucionalidad relativas a convocatoria a plebiscito (artículo 82, núm. 4, de la Constitución política de la República)

Conforme al núm. 4 del artículo 82 de la Constitución política de la República es atribución del Tribunal Constitucional resolver las “cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad en relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones”.

En este caso la competencia de conflictos del Tribunal Constitucional esta referida a discrepancias que surjan en el procedimiento de reforma constitucional entre el presidente de la República y el Congreso Nacional, como órganos del “poder constituyente derivado”. La hipótesis básica

esta referida a la atribución constituyente del presidente de la República de vetar total o parcialmente proyectos de reforma constitucional, vetos que fueren rechazados e insistidos para provocar la sanción forzada, eventos en el que el jefe de Estado podrá convocar a plebiscito a la ciudadanía (cuerpo electoral). La convocatoria a plebiscito deberá efectuarse dentro del plazo de treinta días siguientes a la insistencia de las Cámaras, y se ordenará por decreto supremo (artículo 119), el que contendrá el proyecto aprobado por el Congreso Pleno y vetado totalmente, o las cuestiones del proyecto en las cuales el Congreso haya insistido, caso en que las cuestiones en desacuerdo se votarán separadamente en el plebiscito.

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

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

La sentencia del Tribunal Constitucional que disponga la procedencia del plebiscito, deberá fijar en la misma resolución, el texto definitivo de la consulta, manteniendo la forma dispuesta en el decreto de convocatoria o modificándola en su caso (artículo 82, inciso 9 de la Constitución y artículo 47, inciso 4, de la Ley núm. 17.997). Si al término de

dictarse la sentencia faltaren menos de 30 días para realización de plebiscito, el Tribunal fijará nueva fecha entre los 30 y 60 siguientes al fallo (artículo 82, inciso 10, Constitución política de la República). La sentencia del Tribunal Constitucional, deberá publicarse en el *Diario Oficial* dentro de tres días contados desde la fecha de su dictación (artículo 47, inciso final, de la Ley núm. 17.997).

C. Competencia contencioso-sancionatoria

El artículo 82, núm. 7 de la Constitución política de la República le asigna al Tribunal Constitucional la atribución de “declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, como asimismo la responsabilidad de las personas que hubieren tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, en conformidad a lo dispuesto en los incisos 6, 7 y 8 del núm. 15 del artículo 19 de esta Constitución. Sin embargo, si la persona afectada fuere el presidente de la República o el presidente electo, la referida declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio”.

Esta competencia contencioso-sancionatoria se funda en las nociones de defensa de la democracia (democracia militante) que consagraron los artículos 18 y 21 de la ley fundamental de la República Federal de Alemania. La reforma constitucional de 1989 (Ley núm. 18.825), derogó el artículo 8o. , y adicionó los incisos 6 a 8 en el núm. 15 de artículo 19, modificando la cláusula y consagrando un axial principio de pluralismo político.²⁹ De esta manera, la actual cláusula de protección de los “principios básicos del régimen democrático y constitucional”, debe entenderse referida a los principios del Estado de derecho, expresión jurídica de la democracia constitucional.

En la competencia contencioso-sancionatoria del artículo 82, núm. 7, existe una legitimación activa abierta: acción popular o acción pública para requerir al Tribunal Constitucional, y las personas naturales o jurídicas que deduzcan la acción deberán afianzar las resultas del contencioso a satisfacción del Tribunal (artículos 63 y 53, Ley núm. 17.997); pero tratándose de un sujeto pasivo como el presidente de la República

²⁹ Para el derogado artículo 8o. de la carta y su jurisprudencia consultar excelente monografía de P. Zapata Larraín citada, nota 18, pp. 204-206.

o presidente electo, el requerimiento sólo podrá ser formulado por la Cámara de Diputados o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio (artículo 82, inciso 14).

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

1) El requerimiento deberá contener las menciones prescritas en el artículo 64, Ley núm. 17.997.

2) Del requerimiento admitido a trámite deberá darse traslado al afectado o imputado para que conteste dentro del plazo de diez días, contados de su notificación y si no lo admitiere a trámite deberá declararlo mediante resolución fundada (artículos 65 y 66).

3) Evacuada la contestación o sin ella, en tiempo y forma, el Tribunal dispondrá diligencias propuestas en requerimiento y contestación, si las estima pertinentes (artículo 67).

4) El Tribunal Constitucional abrirá un término de prueba, con un plazo de 15 días, el que podrá ser renovado, por resolución fundada (artículo 68). El Tribunal Constitucional esta facultado para apreciar los hechos en conciencia (artículo 82, inciso 2, de la Constitución política de la República).

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

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

La sentencia del Tribunal Constitucional, referida a partidos, movimientos u otras formas de organización, declara si son o no contrarios “al ordenamiento institucional”, y para los partidos, ello constituye una causal de disolución, debiendo luego de la publicación en extracto en *Diario Oficial*, el director del Servicio Electoral proceder de inmediato a la cancelación del Registro de Partidos que lleva el ente público y sus bienes pasarán al Fisco (artículos 43-45, Ley núm. 18.603 Orgánica Constitucional de Partidos Políticos). La sentencia del Tribunal Constitucional que concierne a personas naturales, que hayan tenido participa-

ción en los hechos que motivan la declaración de inconstitucionalidad, requerirá que en el proceso las personas sean emplazadas y notificadas de la sentencia definitiva (artículo 70), y tratándose de personas jurídicas la notificación se hará a su representante legal de forma personal (artículo 72).

La sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional, para personas naturales importa aplicar de pleno derecho un “bloque sanciones”, indicados en los incisos 7 y 8 del núm. 15 del artículo 19, y en el núm. 3 del artículo 16 de la Constitución política de la República. El Tribunal Constitucional actúa en este contencioso-sancionatorio a la “usanza de ciertos jurados que sólo deciden la culpabilidad” (*guilty or not guilty*); pero sin intervenir indicando penas determinadas. Al respecto el profesor Lautaro Ríos señala:

...no existe ninguna graduación estimativa de las sanciones indicadas en el artículo 19, núm. 15, de acuerdo a la mayor o menor responsabilidad que se establezca. No juegan aquí las circunstancias atenuantes, agravantes, ni eximentes. O el acusado es hallado infractor —aunque sea por un voto de diferencia— y carga con todos las sanciones que determina la Constitución, o es hallado inocente y se libera de todo castigo.³⁰

La sentencia tiene efectos personales relativos o inter partes, autoridad de cosa juzgada y efectos temporales *ex nunc* o *pro futuro*.

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

D. Competencia miscelánea

Con la denominación de “competencia miscelánea” (Ríos) se designan dos tipos de atribuciones del Tribunal Constitucional (contenciosa y consultiva) que no corresponde de ordinario a las materias que quedan com-

30 Ríos, L., *op. cit.*, nota 14, p. 182.

prendidas temáticamente en la jurisdicción constitucional; y que sólo un concepto formal (Rubio Llorente) nos permitirá incluir en este estudio.

a. Competencia miscelánea de tipo contenciosa

El núm. 10 del artículo 82 de la Constitución política de la República le asigna al Tribunal Constitucional la atribución de resolver “las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designada ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones”. Esta competencia de tipo contenciosa permea la configuración del procedimiento: partes, litis, prueba, apreciación en conciencia de los hechos, sentencia declarativa, conducente a establecer una *inhabilidad constitucional o legal*, es decir, requisitos de designación, incompatibilidades y causales de cesación (inhabilidades preexistentes y sobrevinientes).

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

En cuanto al procedimiento, éste se regla en el párrafo 3, título II de la Ley núm. 17.997 y en Auto Acordado sobre Procedimiento de 1982, procedimiento común con inhabilidades parlamentarias, siendo sus reglas más importantes las siguientes:

- Habría acción pública para deducir el requerimiento por inhabilidad de ministro de Estado.
- El requerimiento deberá contener las menciones y formas que prescriben el artículo 53 de la Ley núm. 17.997, de manera análoga a toda demanda, acto procesal que contiene la pretensión procesal.
- El requerimiento que no cumple con menciones y formas de núm. 1 a 4 del artículo 53, podría no ser admitido a trámite por resolución fundada que se notificará a recurrente, quien dentro de tres días podrá subsanar los defectos, bajo sanción de tenerse por no presentada (artículo 54).

- Admitido a tramitación el requerimiento se notificara al ministro, quien dispondrá de diez días para su contestación, la que deberá cumplir con requisitos de los núms. 3, 4 y 5 del artículo 53 (artículo 55).
- Contestado requerimiento o sin tal contestación en tiempo y forma el Tribunal Constitucional decide si recibe la causa a prueba (artículo 56). Si estima recibir la causa a prueba dictará la resolución indicando los hechos en que debe recaer (artículo 57).
- El término de prueba es de quince días, la lista de testigos, debería presentarse dentro de los tres primeros días y deberán en dicho plazo rendirse todas las pruebas cuando haya de rendirse prueba ante el Tribunal. Las diligencias podrán practicarse ante el ministro por el Tribunal comisionado al efecto (artículo 57, incisos 2 y 3).
- Evacuada contestación, o la prueba rendida en su caso, el presidente ordena traer autos en relación y queda el asunto en tabla, y oída la relación y producido acuerdo, se designa ministro redactor (artículo 58).
- Las notificaciones se harán por carta certificada al domicilio que el requirente fije en su primera presentación. Con todo, se notificarán personalmente al afectado la resolución que acoge a trámite el requerimiento, notificación practicada por ministro de fe que designe el Tribunal Constitucional (artículo 60).
- Aplicación supletoria de las normas de títulos II, V y VII del libro I, Código de Procedimiento Civil, en lo que no sean contrarias a la Ley Orgánica Constitucional del rubro (artículo 61).
- El Tribunal Constitucional impondrá costas procesales y personales al requirente en sentencia definitiva, pudiendo eximirlo de costas cuando aparezca que ha tenido motivos plausibles para formular el requerimiento, sobre lo cual deberá hacer expresa declaración en su resolución. Las costas se fijan discrecionalmente (artículo 62) y su ejecución se hará conforme a procedimiento de título I, libro III del Código de Procedimiento Civil y conocerá el tribunal ordinario de justicia que corresponda según reglas generales.
- La sentencia del Tribunal Constitucional se notificará personalmente (artículos 60 y 59).

En cuanto a la sentencia del Tribunal Constitucional, tratándose este contencioso de una acción-procedimiento producirá efectos constitutivos

o *ex nunc*, inter partes y goza la sentencia de autoridad de cosa juzgada, y de efecto totales, puesto que se notifica a partes en la causa y se comunica a órganos constitucionales interesados para fines que hubiere lugar (artículo 59).

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

Estamos en presencia de un contencioso concreto y contradictorio, pero con legitimación activa restringida pudiendo ejercer la acción vía requerimiento el presidente de la República o no menos de diez parlamentarios en ejercicio (artículo 82, inciso 15). Esta competencia contenciosa está referida a las prohibiciones parlamentarias (inhabilidades relativas y absolutas, preexistentes y sobrevivientes, incompatibilidades, incapacidades y causales de cesación contemplados en los artículos 54 a 57 inclusive de la Constitución, prohibiciones que son de derecho estricto, y que encomendadas al Tribunal Constitucional, designan el esfuerzo del constituyente en orden a racionalizar esta materia, disminuyendo el peligro de extrema politicidad en la materia o de corporativismo acendrado, si su conocimiento estuviese entregado a las propias Cámaras.³¹ El procedimiento de prohibiciones parlamentarias es casi idéntico al de inhabilidades de ministros de Estado (Título II, párrafo 3, Ley núm. 17.997), con la regla especial en materia de legitimación activa (artículo 52, inciso 1, Ley núm. 17.997).

b. Competencia miscelánea de tipo consultiva

El núm. 9 del artículo 82 de la Constitución política de la República le asigna al Tribunal Constitucional la atribución de “informar al Senado en los casos a que refiere el artículo 49, núm. 7 de esta Constitución”. La hipótesis es la consulta del Senado en los casos que le sea sometida a esta Cámara la declaración de inhabilidad del presidente de la Repú-

³¹ Un examen de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en requerimiento de inhabilidad de senador F. J. Errazuriz T., en artículo de Francisco Zúñiga U. publicado en la revista *Derecho en la Región*, U. de Talca, 1996.

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

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

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

Un *excursus* final en materia de competencias del Tribunal Constitucional, obliga a una referencia breve a las *competencias excluidas* (Ríos) en particular si se compara el órgano con sus homólogos dentro del sistema europeo o concentrado: a) las cuestiones electorales encomendadas al Tribunal Calificador de Elecciones y Tribunales Electorales Regionales, racionalización que arranca del constituyente del 1925; b) la justicia política (artículos 48, núm. 2; y 49, núm. 1, de la Constitución política de la República) que permite hacer efectiva la responsabilidad constitucional de ciertos funcionarios y magistraturas; c) la justiciabilidad de los Autos Acordados de la Corte Suprema y del Tribunal Calificador de Elecciones, así como los reglamentos camarales³²

³² Ríos, L., *op. cit.*, nota 14, pp. 183-185. Gómez B., Gastón, *op. cit.*, nota 4, pp. 192 y 193.

En rigor la justicia electoral y la justicia política es discutible que correspondan a competencias propias de la jurisdicción constitucional, aunque en derecho comparado se incorporen a la órbita de atribuciones de los Tribunales Constitucionales (Tribunal Constitucional Federal germano, Tribunal Constitucional austriaco y Corte Constitucional italiana) según se ha expuesto. Además, desde el punto de vista del derecho constitucional la formación de jurisdicciones plurales en lo orgánico, en concreto una jurisdicción electoral, responde a una racionalización de conflictos que durante el siglo XIX son cuestiones políticas y tratándose de la justicia política, queda configurada en el instituto de la acusación en juicio político de raíz anglosajona (*impeachment*), instituto que posee un elemental grado de racionalización, por lo que su componente político predomina respecto de su componente jurídico, por lo que no cabe incluirla como un tipo de competencia que de suyo corresponda a la jurisdicción constitucional.³³

En cuanto a los autos acordados de tribunales supremos de casación (Corte Suprema) y de justicia electoral (Tribunal Calificador de Elecciones), y reglamentos internos de las Cámaras, de un punto de vista de *constitutione ferenda* es recomendable su incorporación al control jurisdiccional de constitucionalidad preventivo o represivo por el Tribunal Constitucional.

4. *Sentencia del Tribunal Constitucional*

La sentencia constitucional merece un estudio monográfico que con un adecuado marco teórico comprenda su naturaleza de creación negativa de derecho, en referencia al proceso constitucional y a contenciosos específicos; tipos diversos, efectos personales y temporales, y autoridad de cosa juzgada. En este apartado nos limitaremos a recoger algunas apostillas o notas sobre la configuración de la sentencia constitucional, sus efectos materiales, personales temporales y tipos de sentencia.

Con esclarecimiento ha sostenido el jurista español Ángel Garrorena que la sentencia constitucional es “acto procesal, decisión de un colegio de jueces que pone término a un proceso... Pero además es también, y

³³ Zúñiga U., Francisco, “Acusación en juicio político. Notas sobre justicia política”, *XXIV Jornadas de Derecho Público, Revista Chilena de Derecho*, núm. 20, 2o. y 3o., t. II, 1993, pp. 705-724.

en un grado eminente, *actividad dirigida a la interpretación e integración creadora del derecho...* Y desde luego, en tercer lugar, la sentencia constitucional es todavía algo más: es, indefectiblemente, *decisión política...*, acto de un poder en dialéctica con los demás poderes del Estado”.³⁴

De esta suerte, se produce en el estudio de la sentencia constitucional una imbricación de disciplinas científicas, a saber: el derecho procesal, el derecho constitucional y la ciencia política; imbricación que da origen a una nueva disciplina: el derecho procesal constitucional. En este contexto, parece correcta la premisa teórica de Bocanegra en orden a que el derecho procesal constitucional se:

...resiste a recibir los principios y los desarrollos procedimentales concretos del proceso general, sin pasarlos por el tamiz de los criterios materiales del derecho constitucional y sin valorar adecuadamente aquella posición constitucional del Tribunal y sus funciones resultando así el proceso constitucional con características básicamente diferentes a las de los procesos ordinarios, también, como es lógico, en relación con los efectos de los mismos que se concretan en la atribución a la ley, sentencias constitucionales de una eficacia mayor, en general, que la correspondiente a la cosa juzgada en el proceso ordinario, dando lugar a la creación de categorías jurídico procesales diversas.³⁵

De esta manera, los conceptos de fuerza o cosa juzgada (*Rechtskraft*), vinculación de ley (*Bindungswirkung*) y fuerza de ley (*Gesetzeskraft*); si bien no son categorías contingentes, si no cualidades o categorías lógicas, deben ser pasadas por el ordenamiento jurídico positivo, para dar cuenta de su adecuación teórico práctica, tarea que en este lugar nos limitamos a enunciar.

En este apartado nos parece provechoso recoger el enfoque teórico propuesto por Garrorena acerca de la sentencia constitucional que hace converger cuatro principios fundamentales: el de *congruencia*, el de *motivación*, el de *decisión colegial* y el de *eficacia*.

Conforme al principio de congruencia la sentencia del Tribunal Constitucional debe ser congruente, es decir, mantener y respetar la correspondencia entre “demanda” y “pronunciamiento”, fallando según causa

³⁴ Garrorena Morales, Ángel, “La sentencia constitucional”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 11, 1981, pp. 7-27.

³⁵ Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, IEAL, 1982, p. 21.

petendi, y no *ultra petitem* o *extra petitem*. No transgrede este principio de congruencia, la técnica de Tribunales Constitucionales de extender el control de constitucionalidad a normas no impugnadas, pero cuya inconstitucionalidad se deduce limpiamente como consecuencia o prolongación de la inconstitucionalidad de las que sí se impugnaron”.³⁶ Para Garrorena la única “derogación o negación del principio de congruencia que debe admitirse afecta a la causa *petendi* —no al contenido y extensión del *petitum*— se funda en el “interés público” que el proceso constitucional comporta, y que permite al juez constitucional fundamentar la sentencia en consideraciones diferentes a las alegadas en el *petitum*, sus trayéndose a la causa *petendi*. Con todo, reconoce Garrorena la tendencia de los Tribunales Constitucionales a fallar *extra petitem*.

Por otra parte, el *principio de motivación*, nos reconduce al tema de los vicios de inconstitucionalidad, es decir, qué vicios permiten fundamentar la sentencia de que la ley o un acto normativo son inconstitucionales. Los vicios de inconstitucionalidad se clasifican usualmente en: a) *vicio de inconstitucionalidad material o sustantiva* consistente en la inadecuación entre el acto sometido a control y el contenido sustantivo de preceptos constitucionales; b) *vicio de inconstitucionalidad por defecto de competencia*, que se produce cuando un órgano actúa *ultra vires* de sus atribuciones constitucionales e invadiendo atribuciones de otros órganos; c) *vicio de forma o in procedendo*, que se produce por defectos en el *iter legis* o procedimiento legislativo, modalidad de vicios de inconstitucionalidad que plantea la cuestión de la justiciabilidad de los interna *corporis*, como el Reglamento Parlamentario y demás actos parlamentarios, y del bloque de constitucionalidad, temas inabordables en esta monografía; d) *vicios producidos en el ámbito de la actividad discrecional* del Poder Legislativo, determinación de vicios de inconstitucionalidad que introduce al Tribunal en una “pura jurisdicción de mérito u oportunidad”, espinoso campo es la valoración política, que es racionalizado por los Tribunales Constitucionales a través de categorías o principios, a saber: principio de proporcionalidad de medios o fines, principio de interdicción de la arbitrariedad, vicio de inconstitucionalidad por exceso de poder legislativo, entre otros, que trasuntan el influjo de categorías del derecho administrativo en la hermenéutica constitucional; e) *vicios por omisión* es decir, la actividad del Tribunal como legislador

36 Garrorena Morales, A., *op. cit.*, nota 34, p. 9.

positivo al establecer la inconstitucionalidad por omisión del legislador, de contenidos normativos relevantes.

El *principio de colegialidad* nos plantea directamente la cuestión del *status* del Tribunal Constitucional: su agrupación, funcionamiento y estatuto de sus miembros. Para Garrorena a la luz del principio de colegialidad se plantea una postura frente a las *dissenting opinions* u opiniones disidentes (y las prevenciones por cierto); dado que el órgano actúa como colegio de jueces.

La alternativa, desde luego —indica el jurista murciano—, está francamente resuelta a favor del *dissent* en la jurisprudencia constitucional americana, dado que tal posibilidad es uno de los datos más definitorios, más genéricamente constitutivos, de la tradición jurídica anglosajona... El problema es mucho más complicado, en cambio, en los países de tradición continental, donde se ha difundido siempre la más anónima colegialidad como garantía de respaldo compacto y firme para las sentencias.³⁷

El *dissent* podría comportar la división del Tribunal o poner en evidencia su politización, cuestión irrelevante dado que el Tribunal opera con cuestiones profundamente políticas, y las disidencias o prevenciones son muestra de la pluralidad de un órgano que enriquecen su legitimidad y enriquecen la jurisprudencia y doctrina constitucional. Un botón de muestra fueron las disidencias notables del ex magistrado Francisco Rubio Llorente en el Tribunal Constitucional español. En nuestro ordenamiento el artículo 31, inciso 2, de la Ley núm. 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, permite a los ministros dejar constancia en el fallo de sus disidencias.

Finalmente, el *principio de eficacia* nos sitúa ante la cuestión de los efectos y de la efectividad de la sentencia constitucional. En relación a los efectos personales de la sentencia constitucional, podemos reducir estos efectos a: *efectos erga omnes* propio del sistema europeo continental de filiación kelseniana, dado que la sentencia tiene una entidad constitutiva; es decir, establece la inconstitucionalidad expulsando la norma del ordenamiento (anulación); y *efectos inter partes* propio del sistema americano, en que la sentencia tiene una entidad declarativa, es decir, la norma impugnada continúa vigente y sólo es declarada inaplicable para el caso particular, y dado el valor del *stare decisis* en el caso

³⁷ *Ibidem*, pp. 18 y 19.

norteamericano la declaración del Tribunal Supremo tiene efectos de gran extensión. En relación a los *efectos temporales* de la sentencia constitucional, podemos reseñar los tipos siguientes: efectos *ex nunc*, es decir, desde ahora y hacia el futuro concordante con la entidad constitutiva de la sentencia propio del sistema europeo continental; sin perjuicio de un efecto aplazado o *vacatio*, técnica que utiliza el Tribunal Constitucional austriaco (artículo 140.5, LCF) y que se denomina “sentencias de eficacia aplazada ‘o’ de eficacia retardada”; y efectos *ex tunc*, es decir, efectos hacia el pasado (*pro praeterito*) concordante con la entidad declarativa de la sentencia propio del sistema americano, aunque la jurisprudencia del tribunal supremo americano ha establecido que estos efectos retroactivos no son necesarios en relaciones jurídicas consolidadas, bajo la ley declarada inaplicable. En cuanto al efecto material de *cosa juzgada* de la sentencia constitucional, tal concepto que tradicionalmente entraña irrevocabilidad de ciertos actos jurisdiccionales o inatacabilidad (J. Guasp), sea material o formal, y demás formas derivadas, no puede ser objeto de traslado mecánico a la jurisdicción constitucional. Para cerrar este apartado, es menester señalar que en la utilización de la categoría: *efectividad* de la sentencia constitucional, Garrorena plantea problemas de diverso contenido: ejecución material de la sentencia, reorientación en sentido constitucional del ordenamiento jurídico y la “interpretación más vinculante” para los demás aplicadores del derecho. Así, la proliferación de sentencias interpretativas y exhortativas, comunes hoy en nuestra jurisprudencia son un botón de muestra de las herramientas que utiliza el Tribunal Constitucional para reforzar la efectividad de sus sentencias.

En relación a la sentencia constitucional en nuestro ordenamiento jurídico podemos compendiar principios-reglas generales recogidos en el artículo 83 de la Constitución política de la República y fragmentariamente en preceptos de la Ley Orgánica del Tribunal, a saber:

a) El Tribunal Constitucional es un órgano *jurisdicator* que falla con arreglo a derecho y tratándose de contenciosos (artículo 82, núms. 7 y 10) o consultas (artículo 82, núm. 9) podrá apreciar los hechos en conciencia de modo excepcional.

b) Las sentencias del Tribunal Constitucional deberán cumplir con las menciones o requisitos de los núms. 1 a 6 inclusive del artículo 170

del Código de Procedimiento Civil; dejando constancia de disidencias (artículo 31, Ley núm. 17.997).

c) La sentencia del Tribunal Constitucional es sentencia de única instancia, siendo el órgano jurisdicтор supremo intérprete de la Constitución, autónomo e independiente de todo otro órgano o poder (artículo 83, inciso 1, de la Constitución política de la República; artículos 1o. y 32, Ley núm. 17.997).

Contra la sentencia del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, pudiendo el órgano jurisdicтор, de oficio o a petición de parte, modificar sus resoluciones si se hubiere incurrido en error de hecho que así lo exija. La modificación a petición de parte, deberá plantearse dentro del plazo de 7 días contados de la notificación de la resolución, pronunciándose el Tribunal de plano. Dado que el artículo 83 de la Constitución política de la República se refiere a “resoluciones” del Tribunal en nuestro medio Gómez estima que con dicho concepto solo se hace referencia a sentencias.³⁸ Sin embargo, cabría interpretar el concepto “resoluciones” como englobante de sentencias, autos, decretos, puesto que los miembros del Tribunal son irresponsable por decisiones, decretos e informes que expidan (artículo 11, Ley núm. 17.997), no pudiéndose plantear cuestión de competencia del Tribunal (artículo 18, Ley núm. 17.997). Por tanto el artículo 83 de la Constitución como el artículo 32 de la Ley núm. 17.997, al referirse a resoluciones, y para guardar armonía con el *status* del Tribunal, deberían comprender una amplia gama de actos jurisdicторales y procesales.

d) La sentencia del Tribunal Constitucional es fruto de declaraciones de inconstitucionalidad forma y materia, inconstitucionalidad total y parcial, manifestaciones que permean el contenido de la resolución y las técnicas que emplea el Tribunal en sentencias estimatorias (sentencias interpretativas y sentencias manipuladoras).

e) La sentencia del Tribunal Constitucional goza de autoridad de cosa juzgada, tratándose de la sentencia estimatoria. El artículo 83, inciso final, de la Constitución política de la República dispone que resuelto por el Tribunal Constitucional que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema (órgano también de Justicia Constitucional) no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia. Esta norma constitucional debe ser interpretada a

38 Gómez B., G., *op. cit.*, nota 4, pp. 197 y 198.

contrario sensu. Tal autoridad de cosa juzgada confirma en el cuadro de dualidad de jurisdicciones la superioridad del Tribunal Constitucional en materia de control de constitucionalidad y conflictos de constitucionalidad. En esta materia Verdugo y Pfeffer hacen una aclaración pertinente en orden a no confundir la naturaleza de la decisión del Tribunal Constitucional con la que corresponda a la Corte Suprema, puesto que, “no mediando cuestión ni contienda” el Tribunal Constitucional “declara la constitucionalidad de una ley orgánica constitucional, y no formula reparo alguno sobre la constitucionalidad del proyecto, pareciera lógico y posible impugnar después, ante la Corte Suprema, alguna de sus disposiciones”.³⁹

En este punto se plantean a propósito de la cosa juzgada que reviste a la sentencia del Tribunal Constitucional, dos cuestiones de primordial importancia:

- La declaración de inconstitucionalidad supone la hipótesis de “vicio” materia de la sentencia. En nuestro medio, Verdugo y Pfeffer entienden “vicio” como contienda o cuestión de constitucionalidad y Gómez la “razón o fundamento de la inconstitucionalidad” al establecer una antinomia lógica o axiológica entre Constitución y ley. De esta suerte, planteada en sede de inaplicabilidad otras cuestiones o antinomias no habrá dificultad para establecer la inconstitucionalidad de un precepto legal.
- La inaplicabilidad como acción, según la jurisprudencia de la Corte Suprema sólo conlleva declaración de inconstitucionalidad material o de fondo.

Esto significa que el artículo 83, inciso final, reconociendo la coexistencia de controles de constitucionalidad (preventivo y represivo) de la ley, busca evitar el conflicto de “juicios” de constitucionalidad del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema; conflicto infrecuente dado que la Corte Suprema ha negado en sede de inaplicabilidad conocer de la inconstitucionalidad de forma. Pero si se modifica por la Corte esta doctrina jurisprudencial, como se insinúa en la sentencia relativa a super-

39 Verdugo, M. *et al.*, *op. cit.*, nota 15, t. II, p. 259.

posición de pertenencias mineras, la posibilidad de conflicto de “juicios” deja de ser teórica.⁴⁰

f) En cuanto a los efectos personales y temporales de la sentencia del Tribunal Constitucional, cabe hacer distingo:

1) Por regla general el *efecto personal* de la sentencia del Tribunal Constitucional es *erga omnes* tratándose de la competencia de control de constitucionalidad y de la competencia de conflictos de constitucionalidad. En la competencia miscelánea de tipo consultivo el efecto es *erga omnes*. En la competencia contencioso-sancionatoria, deberá distinguirse en razón de la naturaleza y tipo de infractor (imputado) para definir los efectos: *erga omnes* e inter partes, y en la competencia miscelánea de tipo contencioso los efectos de la sentencia son inter partes, pero totales por alcance de sus efectos a otros órganos constitucionales.

2) Por regla general el *efecto temporal* de la sentencia del Tribunal Constitucional es *anulatorio, ex nunc o pro futuro*, pero cabe hacer en materia un conjunto de distingos y determinación específica de efectos como se ha realizado por tipo de competencia y su naturaleza, a saber:

- *Competencia de control de constitucionalidad*. Tratándose de un control obligatorio preventivo, el proyecto de ley total o parcialmente no llega a ser un acto normativo perfecto, válido y eficaz en el ordenamiento jurídico. Así el Tribunal al ejercer el control preventivo excluye las normas (proyecto de ley) inconstitucionales remitiendo a la Cámara de origen el proyecto al presidente de la República para su promulgación (artículo 36, Ley núm. 17.997). En cuanto al artículo 37 de la Ley núm. 17.997 la jurisprudencia del Tribunal ha admitido requerimiento contra proyectos sometidos a control obligatorio. Tal posibilidad es rechazada en nuestro medio por Gómez con razones de peso.⁴¹
- *Competencia de conflictos de constitucionalidad*. Supone hacer un distingo por tipo específico de competencia:
 - *Regularidad de procedimiento legislativo* (artículo 82, núms. 2 y 5, de la Constitución política de la República). Es un control facultativo y preventivo (artículo 82, núm. 2, de la Constitución política de la República) con efecto anulatorio de la sentencia, y

40 Gómez B., G., *op. cit.*, nota 4, pp. 209-212.

41 *Ibidem*, pp. 200-202.

un control facultativo y represivo (artículo 82, núm. 5), excepto en no promulgación de una ley, con diversos efectos *ex nunc* o *ex tunc*. El artículo 83, inciso 2, genera un problema de interpretación para el núm. 5 del artículo 82 de la Constitución política de la República, ya que la privación de efecto “pleno derecho”, hace dudosa la naturaleza anulatoria, pudiendo entenderse que con la expresión “pleno derecho” el efecto peculiar es de nulidad o *ex tunc*.

— *Conflictos de constitucionalidad de actos normativos* que emanen del presidente de la República (artículo 82, núms. 3, 6 y 12). Configura un control facultativo y represivo respecto del DFL (núm. 3), decretos o resolución (núm. 6) si se estima que la toma de razón es acto trámite que obsta o que resta a la eficacia del acto o control preventivo en caso contrario (Verdugo, Pfeffer); y control represivo para decretos reglamentarios autónomos (artículo 82, núm. 12). También el artículo 83, inciso 2 en relación al artículo 82, núm. 12, genera el problema interpretativo acerca de dejar sin efecto de “pleno derecho”, si se trata de un efecto anulatorio o más bien de nulidad.

También el control de DFL puede ser preventivo (artículo 82, núm. 6, y artículo 88, inciso 3, de la Constitución política de la República) cuando la Contraloría General de la República representa el acto por inconstitucionalidad al presidente de la República y éste requiere al Tribunal. De esta manera, tenemos una superposición de controles preventivo y represivo, que en nuestro medio Gómez estima posible,⁴² opinión de la que discrepamos, pues el Tribunal no está obligado por la causa *petendi*, sino por el *petitum*, y debe examinar la constitucionalidad completa del DFL.

— *Conflictos de constitucionalidad relativas a convocatoria a plebiscito* (artículo 82, núm. 4, Constitución política de la República). Configura un control facultativo y represivo, con efecto *ex nunc*. Conforme al artículo 47 de la Ley núm. 17.997 el requerimiento del Senado o de la Cámara de Diputados puede estar referido a tres cuestiones de constitucionalidad: procedencia del plebiscito, oportunidad del plebiscito y términos del mismo. La sentencia que resuelve que el plebiscito es procedente, debe fijar el texto defini-

42 *Ibidem*, pp. 203-205.

tivo de la consulta plebiscitaria, manteniendo o modificando la forma dispuesta en el decreto (artículo 119, inciso 2, Constitución política de la República). De fundarse el requerimiento en la oportunidad: puede referirse a convocatoria o realización del plebiscito. El presidente de la República debe convocar a plebiscito dentro de los treinta días siguientes a aquel en que las Cámaras rechazan el veto e insistan en el proyecto aprobado por ellas (artículo 119, inciso 1, de la Constitución política de la República) La realización del plebiscito debe verificarse no antes de treinta días ni después de sesenta días contados desde la publicación del decreto de convocatoria (artículo 119, inciso 1, de la Constitución política de la República). En este punto G. Gómez se plantea partidario de introducir a la competencia del Tribunal los plebiscitos municipales introducidos por la reforma de 1989 al artículo 107 de la Constitución política de la República, opinión de la que discrepamos fundados en razones de texto (artículo 82, núm. 4 y artículo 119 de la Constitución política de la República) e históricas y dogmáticas (competencia y acción de derecho estricto).

3) *Competencia contencioso-sancionatoria*. En atención a la naturaleza punitiva de la acción-procedimiento los efectos temporales son *ex nunc* o pro futuro, en un caso *erga omnes* (partidos o personas jurídicas) y en otro inter partes (personas naturales según artículo 70 de la Ley núm. 17.997).

Tratándose de partidos políticos la sentencia del Tribunal que los declara inconstitucionales acarrea su disolución (artículo 42, núm. 7, de Ley núm. 18.603 Orgánica Constitucional de Partidos Políticos); disolución que se formaliza por medio de la cancelación de su inscripción en el Registro de Partidos Políticos (artículo 43), debiendo el director del Servicio Electoral, una vez publicado en el *Diario Oficial* el extracto de la respectiva sentencia, proceder de inmediato a cancelar inscripción (artículo 44) y sus bienes pasaran al Fisco (artículo 45).

En relación a personas naturales que hubiesen tenido participación en los hechos que motivaron la declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal actúa como órgano de justicia política (y no jurisdicтор) imponiendo penas sin gradación o juicio de culpabilidad, sanciones consistentes en suspensión de ciertos derechos políticos (derecho

de asociación política, derecho de sufragio, *ius honorum*), imposibilidad de desempeñar cargos públicos que se mencionan en artículo 54 de la Constitución política de la República, pérdida de pleno de derecho de dichos cargos públicos, todo por el plazo de cinco años y sin perjuicio, de elevar al doble dicho plazo en caso de reincidencia (artículo 19, núm. 15, incisos 7 y final, y artículo 16, núm. 3, de la Constitución política de la República). No procede en estos casos la rehabilitación.

4) *Competencia Miscelánea*. Debemos distinguir entre dos tipos de competencia miscelánea:

Competencia miscelánea de tipo contenciosa. En materia de inhabilidades constitucionales y legales que pudieran afectar a Ministros de Estado (artículo 82, núm. 10) y de prohibiciones parlamentarias (artículo 82, núm. 11). Dada la naturaleza de estos contenciosos produce efectos inter partes y efectos *ex nunc* o pro futuro.

Competencia Miscelánea de tipo Consultiva (artículo 82, núm. 9, de la Constitución política de la República). La consulta al Tribunal Constitucional por el Senado es obligatoria, bajo la forma de una petición o requerimiento, pero el informe del órgano jurisdiccionario no obstante sus efectos personales, sus efectos temporales son *ex nunc* o *pro futuro*, pero carentes de todo imperio u obligatoriedad para el órgano político que ejerce una atribución de justicia política o moderadora, consistente en declarar la inhabilidad del presidente de la República o de presidente electo por impedimento físico o mental (absoluto o que fuere a durar indefinidamente) o declarar la admisibilidad de la dimisión al cargo del presidente de la República (artículo 49, núm. 7, y artículos 28 y 29 de la Constitución política de la República).

III. CORTE SUPREMA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY Y ACCIONES DE RANGO CONSTITUCIONAL

Resulta obligado reiterar en este punto que conforme a nuestro enfoque metodológico se han incorporado al ámbito de competencias de la jurisdicción constitucional, como garantía jurisdiccional de la supremacía de la Constitución, las competencias siguientes:

- a) Control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley.
- b) Control jurisdiccional de eficacia de derechos fundamentales.
- c) Conflictos de jurisdicción.
- d) Contencioso-sancionatorio.

Asimismo, nuestro enfoque metodológico incorpora a este estudio monográfico a la Corte Suprema como órgano de jurisdicción constitucional. En este campo la Constitución vigente recoge con continuidad notable la configuración de la Corte Suprema como órgano de garantía jurisdiccional de la supremacía de la Constitución, al menos en lo concerniente al control de constitucionalidad de la ley, conflictos de jurisdicción y control de eficacia de derechos. Todo ello configura un sistema de jurisdicción constitucional concentrado con dualidad de judicatura constitucional:

1. *Perfil orgánico y estatuto*

La Corte Suprema es un órgano constitucional, colegial, letrado cualificado y multifuncional, a saber: es órgano de casación en la tradición francesa; es órgano administrativo superior en los órdenes directivo, correccional y económico de los tribunales de la nación, y también es órgano de jurisdicción constitucional.

Con acierto el ilustre procesalista nacional H. Pereira destaca que la Corte Suprema como órgano supraordinado jerárquicamente a los demás tribunales de justicia, le incumbe:

...representar al Poder Judicial, velar por la observancia de las leyes, respetar y hacer respetar los derechos constitucionales de las personas, declarar la inaplicabilidad de los preceptos legales inconstitucionales y ejercer la superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los tribunales de la nación, salvo los expresamente exceptuados por la Constitución política.⁴³

La existencia de la Corte Suprema se remonta a la Constitución de 1818 bajo la denominación de “Supremo Tribunal Judicial” (artículo 1o., capítulo II) y con la actual denominación a partir de la Constitución Liberal de 1828 (artículo 93).

⁴³ Pereira Anabalón, Hugo, *Curso de derecho procesal*, Santiago, Cono Sur, 1993, t. I, p. 336.

La Corte Suprema como “tribunal de casación” vela por la legalidad, tanto en el procedimiento cuanto en el fallo de los asuntos temporales de competencia de los tribunales de la nación; configuración que arranca con nitidez desde la instauración del recurso extraordinario de nulidad (Ley del 1o. de marzo de 1837) y del recurso de casación (artículo 107 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875).⁴⁴ Por ello, sabiamente el legislador de 1875 excluyó a los miembros de la Corte Suprema de la responsabilidad por delitos ministeriales como falta de observancia de las leyes que reglan el procedimiento y denegación o torcida administración de justicia (artículo 76 de la Constitución de 1980 y artículo 324, inciso 2 del Código Orgánico de Tribunales). También la casación sirve de vehículo de “unificación jurisprudencial del derecho” y de vigencia del derecho de igualdad ante la ley (Pereira).

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

La Corte Suprema es un órgano jurisdiccional supremo del Estado, de carácter colegiado y letrado cualificado; constituido por veintinueve miembros, uno de los cuales es su presidente, elegido por el plenario del órgano, y durará tres años en funciones, no pudiendo ser reelegido, y los demás miembros denominados ministros gozarán de la precedencia que les confiere el orden de su antigüedad (artículo 93, Código Orgánico de Tribunales, en adelante COT). El Tribunal tiene un secretario, prosecretario, fiscal y ocho relatores (artículo 93, COT), más apoyo administrativo.

⁴⁴ Sobre el recurso extraordinario de nulidad consultar obra de Lira, José Bernardo, *Prontuario de los juicios*, Santiago, Imprenta Nacional, 1867-1868, 3 vols. Ejidio Ballesteros, Manuel, *La Ley de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile*, Santiago, Imprenta Nacional, 1890, 2 vols.

Conforme a artículo 75, inciso 2, de la Constitución y artículo 93 del COT los miembros de la Corte Suprema y un fiscal, serán nombrados por el presidente de la República con acuerdo del Senado, de una propuesta plurinominal que formule la propia Corte.

De conformidad con la reforma constitucional de 1997, promulgada por Ley núm. 19.541, se modificó el dispositivo de nombramiento e integración de la Corte Suprema. La Constitución fija el número de miembros de la Corte Suprema en 21 ministros, lo que significa aumentar el número de ministros fijado en 17 por la Ley Orgánica Constitucional del rubro, disponiéndose que 5 de los miembros del Tribunal deberán ser abogados extraños a la administración de justicia, los que deberán tener a lo menos quince años de título, haberse destacado en la actividad profesional o universitaria y cumplir los demás requisitos estatutarios. La reforma en relación a la integración de la Corte Suprema la desburocratiza, incorporando abogados de experiencia profesional o universitaria; y además, refuerza la independencia externa del Tribunal al suprimir la figura *iuris* de los “abogados integrantes”.

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

2. Competencia y procedimiento

La Corte Suprema estructura su competencia en dos modalidades de funcionamiento: pleno y salas (artículos 96 y ss., COT, modificado por Ley núm. 19.374, de 1995). La Corte Suprema funcionará ordinariamente dividida en tres Salas o extraordinariamente en cuatro Salas. La Corte Suprema mediante Autos Acordados establecerá la forma de distribución de sus ministros en Salas, por un periodo de dos años. Cada Sala queda presidida por el ministro más antiguo, cuando no esté presente el presidente de la Corte Suprema y, además, se fijarán las materias que correspondan a cada Sala: materias civiles, penales, constitucionales, contencioso administrativas, laborales, de menores, tributarias u otras (artículos 95 y 99, COT).

La Corte Suprema en pleno tendrá la competencia que fija el artículo 96 del COT: conocer del recurso de inaplicabilidad y de contiendas de competencia, apelaciones en causa de desafuero de parlamentarios, juicios de amovilidad fallados por Corte de Apelaciones o presidente de la Corte Suprema seguidos contra jueces letrados o ministros de Corte; ejercer facultades administrativas, económicas y disciplinarias, informar al presidente de la República en asuntos relativos a la administración de justicia, informar las modificaciones a la ley orgánica constitucional relativa a organización y atribuciones de los tribunales, y conocer de los asuntos que las leyes especiales le encomienden expresamente (artículo 74, inciso 2; artículo 79, inciso final y artículo 80 CPR y artículo 96 del COT).

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

En cuanto al funcionamiento ordinario y extraordinario de la Corte Suprema, éste se encuentra regulado en los artículos 95 y 99 del COT (modificados por la Ley núm. 19.374, de 1995), facultándose al Tribunal para distribuir sus ministros entre diversas Salas, asignándole las materias que corresponderá a cada Sala, y fijando forma y periodicidad en que las Salas especializadas decidirán las materias indicadas en el inciso 1 del artículo 781 y en incisos 1 y 2 del artículo 782 del CPC. La distribución de ministros en salas de funcionamiento ordinario y materias que corresponden a éstas, se ha fijado por la Corte Suprema mediante Auto Acordado del rubro del 27 de marzo de 1996, y Auto Acordado posterior de 1o. de abril de 1998. El funcionamiento ordinario de la Corte Suprema se divide en tres Salas especiales (Primera Sala o Sala Civil, Segunda Sala o Sala Penal, Tercera Sala o Sala de Asuntos Constitucionales y Contencioso Administrativo), para lo cual la distribución de los ministros se hará por votación sucesivas, y en funcionamiento extraordinario se integrará una Cuarta Sala o Sala Mixta, mediante sorteo de dos ministros de la Primera Sala, uno de la Segunda Sala y otro de la Tercera Sala.

Para nuestro estudio importa la Tercera Sala ó Sala de Asuntos Constitucionales, que en cuanto órgano especializado de la Corte Suprema, recoge una tendencia en América Latina de países que han instituido salas especializadas con competencia en asuntos constitucionales, inclusive estatuyendo dichas salas en la cartas fundamentales (Constitución de El Salvador, artículo 174; Constitución de Paraguay, artículo 260; sin perjuicio del paradigmático caso de Costa Rica).

En materia de procedimiento, las salas especializadas decidirán con sujeción al orden de ingreso y respetando las preferencias establecidas por la ley, por lo menos una vez al mes, las materias indicadas en inciso 1 de artículo 781 (casación forma) y en los incisos 1 y 2 del artículo 782 del CPC, respecto de los recursos de casación que hayan ingresado hasta 15 días antes de la fecha en que se deba resolver la materia; esto es, tales recursos serán examinados en cuenta en su admisibilidad.

3. *Sentencia de la Corte Suprema*

La Corte Suprema como órgano de jurisdicción constitucional, es órgano de única o de última instancia en las materias sometidas a su competencia. Ciertamente la naturaleza de la sentencia de la Corte Suprema en materias que integran su competencia de órgano de jurisdicción cons-

titudinal, dependerá del tipo de proceso, procedimiento y la peculiar autoridad de cosa juzgada.

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

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

La cosa juzgada dota a la sentencia de “inimpugnabilidad” en el mismo proceso, y por lo tanto, es una fase desarrollada de la preclusión (cosa juzgada formal).⁴⁵ También la cosa juzgada tiene un efecto fuera del proceso, “al exterior”, es la “vinculación” que produce en otro proceso (en palabras Fairén Guillén) la parte dispositiva de la primera sentencia: es la exclusión —teórica— de la posibilidad de volver a tratar y a decidir sobre el mismo asunto con firmeza (“efecto negativo de la cosa juzgada”) y en su caso, si el segundo proceso igual se produjere, condicionado por el primero de modo inexcusable, la segunda sentencia deberá ser acorde con la primera (“efecto positivo”); a esta “vinculación” se la denomina cosa juzgada material.

El procesalista uruguayo E. J. Couture ha sostenido que “la cosa juzgada es el atributo de la jurisdicción”, aserto polémico, pero que de manera consistente se imbrica en su concepto de cosa juzgada: “la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla”.⁴⁶ En la definición

⁴⁵ Fairén Guillén, Víctor, *Doctrina general del derecho procesal*, Barcelona, Librería Bosch, 1990, p. 516.

⁴⁶ Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1958, p. 401.

de cosa juzgada de Couture, la autoridad es “una calidad, una inherencia” propia de la sentencia que emana de un órgano jurisdiccional y la eficacia se traducen en la “inimpugnabilidad”, “la inmutabilidad” y “la coercibilidad” de la sentencia, modos de la eficacia que comprenden las nociones formal y sustancial del concepto. Sabido es que la cosa juzgada tiene límites subjetivos (personas y partes) y límites objetivos (que se ordenan a partir de la relación entre parte dispositiva del fallo o *decisium*, el objeto y la causa *petendi*). También resulta de interés en este punto la tesis de H. Pereira en orden a que la cosa juzgada como atributo de la jurisdicción (acto-proceso) tienen fundamento constitucional en el artículo 73 de la Constitución política de la República que prohíbe al presidente de la República y al Congreso ejercer funciones judiciales o avocarse, revisar o revivir procesos fenecidos;⁴⁷ lo que impone una sólida valla a la legislación y a la administración.

En este punto el procesalista nacional Hugo Pereira A. añade:

Puesto que la sentencia firme puede invocarse frente a toda autoridad pública, la fuerza de cosa juzgada del fallo es propia de derecho constitucional y así lo ha admitido la jurisprudencia de la Corte Suprema que señala en artículo el artículo 80, inciso 1, de la Constitución Política de 1925 (actual artículo 73, inciso 1, de la Constitución de 1980) como texto positivo que la recepción, por lo cual cualquier precepto legal que la desconozca o lesiona puede ser declarado inaplicable por inconstitucionalidad.⁴⁸

Para el profesor Pereira, la Corte Suprema se erige un custodio de la cosa juzgada, y el recurso de revisión no lesiona la cosa juzgada, sino “provee a su dignidad y respetabilidad”, ya que corrige sentencias que han sido ganadas dolosamente o surgen hechos nuevos incompatibles con la existencia de la sentencia.

En este esquema del estudio la autoridad o fuerza de cosa juzgada de la sentencia de la Corte Suprema en su tipo concreto, está ligada a la naturaleza del procedimiento-proceso. En relación a las sentencias que dicte la Corte Suprema al fallar recursos de casación de fondo y de forma, de queja, de protección, de amparo y de revisión no son receptibles de recurso alguno, salvo el de aclaración, rectificación o enmienda

⁴⁷ Pereira A., H., “Fundamento constitucional de la cosa juzgada”, *Revista Gaceta Jurídica*, núm. 47, 1984, pp. 10-18.

⁴⁸ Pereira A., H., *op. cit.*, nota 43, p. 368.

que establece el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil. Toda reposición o reconsideración es inadmisibles y será rechazada de plano por el presidente de la Corte, salvo reposición en casos de los artículos 778, 781 y 782 del CPC (artículo 97, COT).

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

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

Sin embargo, se han planteado problemas prácticos, en sede de inaplicabilidad y de control de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional en Sentencia rol núm. 124 de 1992, pronunciándose sobre la constitucionalidad del D.S. núm. 143, de 1991, del Ministerio de Justicia que disolvía la Sociedad Benefactora Educacional Dignidad, estimó que la supresión de la atribución de cancelar personalidad jurídica a personas de derecho privado del artículo 32, Constitución política de la República (en comparación con el artículo 72, núm. 11, de la carta de 1925) no importaba privar de una atribución de rango legal del jefe de Estado. Al contrario, la Corte Suprema en sentencia Rol núm. 16.868 recaída en recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 559, inciso 2 y 561 del Código Civil; sostuvo que la supresión de la facultad en el artículo 32 de la Constitución vigente, entrañaba la supresión de la atribución de rango legal (artículos 18 y 19).

La coexistencia de productos hermenéutico-constitucionales contradictorios es un botón de muestra de una de las disfuncionalidades no sólo del mentado artículo 83, inciso final, sino de un sistema concentrado con dualidad de Judicatura. Para el novel profesor E. Aldunate el elemento definitorio de la cosa juzgada constitucional es la existencia de

un producto hermenéutico constitucional, de la “existencia de una, y sólo una norma constitucional secundaria...”.⁴⁹ Agrega E. Aldunate que en el campo del control de constitucional de la ley y actos normativos la cosa juzgada no puede importar inmutabilidad dado que nada impide a otros órganos supremos ejercer sus atribuciones constitucionales, por lo que habla de “provisionalidad de la cosa juzgada constitucional”. Finalmente, E. Aldunate destaca que la cosa juzgada constitucional, tampoco puede significar la fijación de un sentido único y definitivo para un determinado texto constitucional; pues ello rompería con el sentido de una hermenéutica constitucional que concibe la norma, como una prescripción abierta a soluciones diversas.

4. *Corte Suprema como órgano de jurisdicción constitucional*

Sólo resta en este apartado, sistematizar las competencias de la Corte Suprema como órgano de jurisdicción constitucional, para lo cual empleamos una ya conocida taxonomía.

A. *Control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley*

En nuestro ordenamiento jurídico se ha sostenido que la caracterización de la Corte Suprema como órgano de jurisdicción constitucional, nos lleva una “dualidad de judicatura constitucional” o Judicatura mixta (Ríos). Nuestra posición es que el sistema de jurisdicción constitucional en Chile es complejo por la concurrencia de diversos órganos (Tribunal Constitucional, Corte Suprema y Cortes de Apelaciones y Senado), diversidad de procedimientos constitucionales, heterogeneidad de declaraciones de constitucionalidad, de sentencias constitucionales, pero tal complejidad no obsta a que en líneas generales el sistema de jurisdicción constitucional se aproxime, con heterodoxia y matices, al sistema europeo o modelo concentrado. La Corte Suprema como órgano de jurisdicción constitucional nos refiere al control represivo de constitucionalidad de preceptos legales, específicamente a la acción de inaplicabilidad. En la doctrina nacional Bertelsen define la:

⁴⁹ Aldunate Lizana, Eduardo: “Jurisdicción constitucional y cosa juzgada constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, pp. 355-359, p. 358.

...pretensión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como la manifestación de voluntad que una parte de un proceso actual hace a la Corte Suprema, a fin de que ésta conozca acerca de la fundamentación en derecho de la petición en que solicite la no aplicación a dicho proceso de un precepto legal que estima es inconstitucional y, para que en caso de aceptarse tal fundamentación, declare la inaplicabilidad solicitada.⁵⁰

El control de constitucionalidad de la ley que corresponde a la Corte Suprema y que se ejerce por vía de acción de inaplicabilidad, es un control facultativo, represivo y que opera bajo declaración de inconstitucionalidad material o de fondo, con efectos inter partes, autoridad de cosa juzgada y efectos temporales teóricamente declarativos. Una parte de la doctrina como Verdugo y Pfeffer definen la inaplicabilidad como excepción, dado que quien la interpone por esa vía trata de defenderse de la aplicación de un precepto legal que estima inconstitucionalidad.⁵¹ Ciertamente acción y excepción quedan cubiertos bajo la categoría de pretensión procesal (J. Guasp) o de derecho subjetivo público imbricado en la tutela judicial. Resta, luego, en este punto situar la acción de inaplicabilidad en el marco teórico del control de constitucionalidad, dando cuenta del parámetro que emplea la Corte Suprema, el objeto enjuiciado, procedimiento, declaración de inconstitucionalidad y sentencia.

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

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

⁵⁰ Bertelsen, R., *op. cit.*, nota 4, p. 147.

⁵¹ Verdugo *et al.*, *op. cit.*, nota 15, t. II. p. 225.

Nuestro planteamiento, con argumento de autoridad en el procesalista Hugo Pereira, es sostener que este tipo de control de constitucionalidad de la ley es tributario del sistema europeo, puesto que constituye un tipo de control concentrado en un órgano del Estado (Corte Suprema) que integra el “Poder Judicial”, opuesto a un tipo de control difuso en que todos los jueces tienen facultades de desaplicar la ley en un proceso común como es el caso de la doctrina de la revisión judicial en América del Norte. “Pero en caso chileno —recuerda el maestro Pereira— la concentración no opera en un órgano público especial, sino en el máximo tribunal ordinario y, además, con efectos limitados al caso particular en que la inaplicabilidad se declara y no con efectos derogatorios generales, *erga omnes*, porque ello implicaría ‘constituir al tribunal en Poder Legislativo’”.⁵² Avala esta tesis la historia fidedigna del artículo 86 de la Constitución de 1925, y en especial las opiniones de Comisionados Barros Borgoño, Alessandri Palma y Silva Cortes, miembros de la subcomisión de Reforma.

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

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

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

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

52 Pereira A., H., *op. cit.*, nota 43, p. 358.

4o. La nueva disposición facultó a la Corte Suprema para ordenar la suspensión del procedimiento en la gestión respecto de la cual se demanda la inaplicabilidad de un precepto legal.⁵³

El tribunal competente para conocer de la inaplicabilidad es la *Corte Suprema*, que conoce como tribunal pleno (artículo 96, núm. 1 del COT, y artículo 80 de la Constitución política de la República) con base en la hipótesis de que exista una gestión que se siga “ante otro tribunal”, término “gestión” que de manera explícita engloba asuntos contenciosos y no contenciosos, aunque ya la jurisprudencia bajo la carta de 1925 realizó una interpretación ampliada del término “juicio” que empleaba el artículo 86, inciso 2, de la carta de 1925. En materia de *legitimación activa* debe existir interés directo en la cuestión de control de constitucionalidad (inaplicación) de un precepto legal en una gestión seguida ante “otro tribunal”. La forma de interponer el recurso, exige que deba presentarse por escrito, justificando la existencia del proceso o “gestión”, su estado de tramitación, eventual aplicación de la norma impugnada y el interés o rol del recurrente.

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

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

⁵³ *Ibidem*, p. 326. Sobre antecedentes históricos del artículo 80: Fiamma, G., “El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, *Gaceta Jurídica*, núm. 94, 1988, pp. 3-14.

La Corte Suprema en sede de acción de inaplicabilidad o de inaplicabilidad de oficio podrá ordenar la suspensión del procedimiento, esto es, de la tramitación de la gestión o proceso en que incide la aplicación de la ley impugnada, a fin de impedir que el fallo del tribunal sea extemporáneo como ocurría con frecuencia con el recurso de inaplicabilidad de la carta de 1925 (artículo 86, inciso 2).

En la acción de inaplicabilidad resulta complejo caracterizar la *declaración de inconstitucionalidad*. En términos preliminares, la doctrina está consciente en afirmar que la contradictoriedad del precepto legal con la Constitución debe ser “completa y perfecta” (Bulnes, Verdugo-Pfeffer), de manera que no puedan coexistir válidamente como normas.⁵⁴ Verdugo y Pfeffer recuerdan:

Se ha dicho que el proceso de inaplicabilidad es de carácter abstracto y doctrinario, de suerte que la Corte Suprema que conoce de él, no puede entrar al estudio de los hechos en razón de que la inconstitucionalidad, es una cuestión de derecho, sólo le corresponde decidir por el simple análisis comparativo de la ley impugnada y del precepto constitucional que se dice contrariado. Ahora bien, debe tratarse, además, de un precepto legal concreto que pueda ser aplicado efectivamente en la gestión pendiente de que se trate⁵⁵ (véase R.D.J. t 52, S.C.S. de 15-XII-1955, II, 1, 39 y ss).

En un fallo reciente la Corte Suprema señaló que en sede de inaplicabilidad la facultad del tribunal para declarar la inconstitucionalidad se restringe a preceptos precisos y determinados de una ley y vedándola cuando se pretende que se extienda a todo un cuerpo legal. Es menester en este punto transcribir fundamentos jurídicos de un fallo:

3o. Que, como ya se ha resuelto por esta Corte Suprema, la facultad indicada en el considerando anterior no habilita a este Tribunal para declarar inaplicable una ley globalmente considerada. Tanto la Carta Fundamental como el Código Civil y otros textos legales hacen diferencia entre “precepto legal” y “ley”, bastando recordar para demostrarlo al tenor de los artículos 13, 22, 23, 52 y 53 de dicho Código y los artículos 6o., 63 y 1o. transitorio de la Constitución Política; 4o. Que fluye de lo ya manifestado que el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad restringe la facultad de esta Corte para

⁵⁴ Bulnes A., Luz, “El recurso de inaplicabilidad en la Constitución de 1980”, *Gaceta Jurídica*, núm. 38, 1983, pp. 1-11, p. 7.

⁵⁵ Verdugo *et al.*, *op. cit.*, nota 15, t. II, p. 227.

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

La declaración de inaplicabilidad como modalidad específica de declaración de inconstitucionalidad en el control jurisdiccional, da origen a dos cuestiones de capital importancia:

- Inconstitucionalidad y derogación.
- Inconstitucionalidad formal y material.

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

Bajo el imperio de la Constitución de 1925 los fallos eran contradictorios; convalidándose a partir de 1978 la doctrina que distingue entre inaplicabilidad y derogación, correspondiendo a “jueces sentenciadores” o del fondo la derogación, y a la Corte Suprema en sede de inaplicabilidad la inconstitucionalidad de preceptos legales dictados bajo la vigencia de la Constitución. En suma la jurisprudencia de la Corte Suprema, anterior a 1978, no distinguen entre derogación tácita e inaplicabilidad (Precht), pero desde 1978 la mayoría de la Corte Suprema no acepta entrar a considerar como objeto del recurso de inaplicabilidad la derogación tácita encomendándola a jueces del fondo o instancia o si se amagan derechos por las Cortes vía recurso de protección.⁵⁶

⁵⁶ Precht P., Jorge, “Derecho material de control judicial en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile: derogación tácita e inaplicabilidad (1925-1987)”, *XVIII jornadas de derecho público*, 1987, pp. 139-158.

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

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

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

Que no obstante lo informado a fs. 46 esta Corte estima que no corresponde hacer diferencias entre ley vigente con anterioridad o posterioridad a la Carta Fundamental, en atención a que el artículo 80 no hace diferencia entre una u otra, y aún permite que pueda pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de un sistema incompatible con la aplicación de una norma común, siempre dentro del límite establecido por el artículo 80 del texto constitucional. Por lo demás, se debe en consideración que el Decreto Ley núm. 2.695 fue formulado durante la vigencia de la Constitución de 1925, cuyas disposiciones sobre aseguramiento del derecho de propiedad tenían el mismo ámbito y se inspiraban en igual principio de aquellos que en un su oportunidad se consagraron en el Acta Constitucional núm. 3, del 11 de Septiembre de 1976, los que a su vez fueron recogidos en la Constitución aprobada en año 1980

(S.C.S., Recurso de Inaplicabilidad “Puga González, Juan Alfaro”, Rol núm. 16.672, 10 de abril, 1992, R.D.J. t. 89, 1992, p. 35 y ss.).

No podemos cerrar este apartado sobre inconstitucionalidad y derogación sin hacer algunas acotaciones teórico-conceptuales. Entendida la derogación como la cesación de vigencia de las normas producida en virtud de una norma posterior o norma de derogación, es conceptualmente distinta de la inconstitucionalidad y de la inconstitucionalidad sobrevenida.⁵⁷ La derogación nos sitúa ante las llamadas “antinomias” o incompatibilidad de contenido de normas para un supuesto fáctico idéntico, y para su resolución se establecen los criterios: el cronológico, el jerárquico y el de especialidad, pudiendo darse conflicto entre criterios, prevaleciendo el criterio jerárquico frente al cronológico, y con matices el criterio de especialidad frente al criterio cronológico.⁵⁸ La derogación puede ser “expresa” o “tácita”, conceptos que arrancan de la voluntad del legislador en relación a los supuestos fácticos de las normas, y la inconstitucionalidad concierne básicamente al conjunto de dispositivos de resguardo de la supremacía de la Constitución, como vértice del ordenamiento jurídico, primera fuente y primera norma. Asimismo, la derogación atañe a normas de igual o inferior rango jerárquico, excluida la Constitución, concepto que arranca del racionalismo jurídico y la Codificación que pretendió borrar los vestigios del abigarrado mundo de fuentes del derecho del antiguo régimen; consagrándose el concepto de fuerza de ley (activa y pasiva).

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

⁵⁷ Díez Picazo, Luis María, *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 33-42, 59-90, 107-132, 311-315. López Garrido, Diego, “Un año del Tribunal Constitucional. El concepto de inconstitucionalidad sobrevenida”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 13, 1982.

⁵⁸ Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, trad. A. Ruiz Miguel, Valencia, F. Torres Editor, 1980, pp. 349-364.

válida fundándose en la Constitución⁵⁹ A *contrario sensu*, la derogación opera en el contexto de normas válidas.

Acerca de la segunda cuestión capital: *inconstitucionalidad formal y material, cabe hacer de modo preliminar un recuento histórico sinóptico*. En nuestra doctrina se han acuñado los términos constitucionalidad “de forma y de fondo”, el primero se cumple cuando la ley es dictada por los órganos competentes según reglas de procedimiento estatuidas en la Constitución y el segundo se cumple cuando el contenido de la ley se ajusta a principios, valores y derechos estatuidos en la Constitución. La Corte Suprema consolidó la doctrina jurisprudencial en orden a que *sólo cabe la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de fondo*:

...el recurso de inconstitucionalidad que consagra la Constitución Política resguarda la constitucionalidad de fondo de las leyes, no la de forma, pues la última mira a la formación de la ley en términos que si ésta no se genera no es ley; no es la existencia de cuerpos legales lo que el recurso ampara, sino su constitucionalidad para evitar que las percepciones debidamente generadas y promulgadas como ley, contraerán los principios normativos, los derechos que concede y las garantías que otorga la Carta Fundamental (S.C.S., del 6-XII-1950, Idem S.C.S. de 11-IV-1933).

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

El tema de la inconstitucionalidad forma y materia se ha planteado nuevamente en la Corte Suprema a raíz de la conocida sentencia acerca de la superposición de pertenencias e inaplicación de artículo 93 del Código de Minería, pareciendo que emerge una fase de transición. En este punto es menester hacer una referencia sumaria a la Sentencia de la Corte Suprema, que como se ha dicho iniciaría una transición, des-

⁵⁹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 6a. reimpr., trad. de R. J. Vernengo, 2a. ed. vienesa, México, Porrúa-UNAM, 1991, p. 277.

tinada a abrir la declaración de inconstitucionalidad en sede de inaplicabilidad, a las inconstitucionalidades de forma: en el recurso de inaplicabilidad se solicita la inconstitucionalidad de inciso 3 del artículo 96 del Código de Minería por vulnerar los artículos 6o., 7o., 19, núm. 24, incisos 1, 2, 3, 7, 8 y 9, núm. 26; 60, núm. 1; 63, inciso 1o.; 81, núm. 1, y 83 de la Constitución política de la República. El precepto impugnado (ley común) establecen una causal de extinción de concesiones mineras: prescripción de la acción de nulidad de concesiones; materia propia de ley orgánica constitucional, que, no obstante, no fue objeto de control preventivo de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional. La recurrida expresa que conforme al inciso 3 del artículo 96 del Código de Minería la “*pertenencia afectada por la superposición debe extinguirse*, si el juez declara prescrita la acción de nulidad de la pertenencia superpuesta, que favorecería al titular de aquella que ha soportado la superposición”. En materia de superposición de pertenencias, el legislador se aleja del esquema *iusprivatista* sobre prescripción adquisitiva, fijando una sanción de nulidad absoluta para pertenencia que se superponga a otra; extendiendo el plazo de 2 a 4 años para ejercer la acción de nulidad; de suerte que una vez prescrita la acción la pertenencia originalmente iniciada quedará saneada.

La inconstitucionalidad aludida es de naturaleza formal, campo en que la Corte Suprema ha sostenido que el recurso de inaplicabilidad es improcedente (Considerando 9); aunque se reconoce en el recurso un reproche de constitucionalidad de fondo (Considerando 7). La Corte declara:

Que, de cuanto se ha considerado, aparece que el reproche de inconstitucionalidad que el recurso formula al artículo 96, inciso 3, del Código de Minería, que dice relación con el incumplimiento de la exigencia admitida por el Tribunal Constitucional, en razón del carácter de ley orgánica constitucional que tendría tal disposición, es de orden estrictamente formal, pues ciertamente dice relación con la formación misma de la Ley núm. 18.248, actual Código de Minería de 1983. En consecuencia, de ser efectivo tal reproche, porque esa disposición debió tramitarse como ley orgánica, habría que concluir que este recurso es inadmisibles por cuanto éste no resguarda la constitucionalidad de forma de la ley sino que sólo la sustantiva o de fondo, como uniforme y reiteradamente se ha resuelto por esta Corte Suprema (Considerando 16). ...En efecto, la actual carta fundamental entrega el control preventivo de la constitucionalidad de forma de la ley al Tribunal Constitucional.

En cuanto al fondo, la Corte Suprema indica “...aparece nítidamente la posibilidad de la concesión minera caduque, se extinga o se pierda” sin necesidad de mediar expropiación (Considerando 26). En consecuencia, se rechaza el recurso de inaplicabilidad. Los ministros disidentes (señores Aburto, Faúndez, Beraud y Araya) estuvieron por acoger el recurso de inaplicabilidad, señalando que al no distinguir el artículo 80 de la Constitución política, el control jurisdiccional de la Corte Suprema se refiere a la inconstitucionalidad de forma y de fondo (Considerando 7, 10 y 11). Los ministros Bañados y Libedinsky hacen prevención de no aceptar fundamentos 9, 16 17 y 19, en cuanto sostienen la inadmisibilidad del recurso por motivos de forma, y fueron de opinión de que el artículo 80 de la Constitución política comprende la inconstitucionalidad de forma y de fondo. Más aún, estiman que fundamentos de la doctrina tradicional que reduce la inaplicabilidad a inconstitucionalidad de fondo en razón de un principio de separación de poderes, corresponde a un concepto que esta periclitado.

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

En suma, la inaplicabilidad es un instituto que se enmarca en el control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley, de carácter facultativo, represivo, y en que la declaración de inconstitucionalidad de fondo o material, tiene efectos personales relativos o inter partes, efectos temporales, y autoridad de cosa juzgada tanto la sentencia estimatoria como desestimatoria. Sin embargo, la inaplicabilidad es una acción declarativa, doctrinaria, un control de constitucionalidad material de normas legales; de suerte que, la sentencia de inaplicabilidad no resuelve el caso particular a que se refiere, “y se limita, únicamente, a declarar si la ley objetada de inconstitucionalidad debe o no ser considerada vigente para tal efecto.

Lo que en otras palabras significa que por medio de la inaplicabilidad se pretende obtener la modificación del estatuto legal de que puede disponer el juez para la decisión del pleito” (R.D.J, segunda parte, sección primera, p. 479). Más aún, la sentencia de la Corte Suprema en inaplicabilidad no dispone el derecho aplicable (ley), e incluso rechaza la interpretación conforme a la Constitución del precepto legal impugnado, se limita a establecer su inconstitucionalidad.

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

Dada la naturaleza “doctrinaria” de la acción de inaplicabilidad, la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha abstenido reiteradamente de emitir un pronunciamiento que afecte el fondo de la cuestión o caso particular que se trate ante juez a *quo*. Al respecto cabe citar reciente jurisprudencia:

5o... Que de cuanto se dejó expuesto en el fundamento 2 de este fallo, aparece nítidamente que el presente recurso no apunta precisamente a la inaplicabilidad, sino que a la revisión de la aplicación que tales disposiciones tuvieron con anterioridad y a la consiguiente anulación de las situaciones o efectos jurídicos que se originaron y consolidaron en virtud de tal anterior aplicación, pretensión que es ajena a la naturaleza y finalidad del recurso estructurado por el artículo 80 de la Constitución (S.C.S., Recurso de Inaplicabilidad: “Duhart Arriagada, Juan Carlos, Rol núm. 16.622, de 28 de Enero de 1992, R.D.J. t. 89, 1992, pp. 15 y ss).

La referida naturaleza abstracta y doctrinaria de la acción de inaplicabilidad (proceso declaratorio de constitucionalidad) importa límites sustantivos a la fuerza de cosa juzgada, y la imposibilidad de la excepción de cosa juzgada.

Con todo, no podemos cerrar este apartado sin emitir un juicio acerca de la declaración de inconstitucionalidad comprendida en la acción de inaplicabilidad. La autolimitación de la Corte Suprema de sus atribucio-

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

B. Control jurisdiccional de eficacia de derechos fundamentales

El control jurisdiccional de eficacia de derechos fundamentales, principalmente a través del recurso de amparo, libertad provisional y del recurso de protección, no excluye la existencia de otras acciones de rango constitucional que de manera directa o indirecta tutelan derechos frente al Estado administrador, Estado empresario, Estado juez y Estado legislador;⁶⁰ lo que nos permite incluir como remedios tutelares de derechos un conjunto de acciones especiales o extraordinarias de naturaleza cautelar en que se ejerce la potestad conservadora de tribunales ordinarios de justicia, a saber: acción de nulidad de derecho público (artículos 6o., 7o., 19, núm. 3, y artículo 38, inciso 2, de la Constitución política de la República), contencioso administrativo de expropiación (artículo 19, núm. 24, incisos 3 y ss., de la Constitución política de la República y DL núm. 2186, de 1978, que aprueba la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiación), recurso especial de reclamación en materia de nacio-

⁶⁰ Tavolari O., Raúl, "Hacia la tutela eficaz de los derechos humanos por la jurisdicción: una perspectiva desde el derecho chileno, referida al *habeas corpus*", *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, México, UNAM, 1992, pp. 375-408.

nalidad (artículo 12 de la Constitución política de la República); recurso de amparo económico (artículo 19, núm. 21 y artículo único, Ley núm. 18.971); acción indemnizatoria por error judicial (artículo 19, núm. 7, letra i); y acción de inaplicabilidad (artículo 80 de la Constitución política de la República).

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

En consecuencia, la inserción de las acciones constitucionales de amparo y de protección en este estudio monográficos reconocen una línea de continuidad garantista notable en nuestra historia que entronca con nuestra rica tradición constitucional liberal.

a. Recurso de amparo

El Reglamento Constitucional Provisorio de 1812 consagra los primeros derechos y garantías de la seguridad de los ciudadanos, los que son reiterados y completados en las Constituciones de 1818, 1820, 1823 y 1828.

En la Constitución Pelucona de 1833 (artículo 143) se consagra el *habeas corpus*, que la jurisprudencia y doctrina denominó “recurso de protección”, que en el periodo 1823-1875 comprende la tutela de la libertad personal y demás derechos individuales. Este “recurso de protección” tenía como tribunal “la magistratura que señale la ley”; que conforme al artículo 111 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875 fue la Corte Suprema, precepto reiterado por el artículo 1o. de la Ley Complementaria de 1891 de la Ley de Garantías Individuales de 1884; fijándose además el procedimiento de este “amparo judicial”, que todavía en 1917 A. Roldán en sus *Elementos de derecho constitucional de Chile* denomina “recurso de protección”. El Código de Procedimiento Penal organiza la doble instancia, entregando el recurso en primera instancia a la Corte de Apelaciones y en segunda instancia a la Corte Suprema (artículos 306 y ss.)

La Constitución de 1925 (artículo 16) mantiene el artículo 143 de la Carta Pelucona, dictándose por la Corte Suprema un Auto Acordado de tramitación del recurso de amparo del 19 de diciembre de 1932; consolidándose la denominación de la acción de tutela como “recurso de amparo” (v. gr. J. G. Guerra “La Constitución de 1925”).

El Acta Constitucional núm. 3 (artículo 3o., DL núm. 1.552, de 1976) consagra el recurso de amparo, incorporando el “amparo preventivo”, es decir, se extiende el *habeas corpus* a un amago futuro, potencial y no actual a la libertad personal y seguridad individual, modalidad de la acción que bajo el imperio de la Constitución de 1925 (artículo 16) había sido elaborada por la jurisprudencia.

Por último, la Constitución política de la República de 1980 (artículo 21) consagra el “recurso de amparo” (en sus modalidades tradicional y preventivo) remitiéndose a la ley en la determinación del tribunal competente. El *habeas corpus* o amparo:

...no es un recurso en el sentido técnico-procesal del vocablo, ni menos un recurso procesal penal, sino una acción que instaura un proceso de contenido constitucional que impugna toda resolución de una autoridad cualquiera, sea o no judicial; protege la libertad del ser humano singular contra todo atentado o limitación o privación del tal valor; procede aunque esa privación o amenaza provenga de un simple particular, y su finalidad antes que impugnar, es cuidar, proteger, cautelar, tutelar, amparar al hombre en su más esencial y elemental derecho (H. Pereira).⁶¹

En un libro clásico titulado: *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, Elena Caffarena de Jiles define el “recurso de amparo” como “la acción que nuestra carta fundamental establece para garantizar la libertad personal lesionada o amenazada ilegalmente”.⁶² Caffarena sostiene:

El recurso de amparo no es un recurso extraordinario. El carácter extraordinario del recurso de amparo a lo más deriva de su “reconocimiento constitucional”. La circunstancia de que nuestra carta fundamental se haya preocu-

⁶¹ Pereira A., H., *op. cit.*, nota 43, pp. 349 y 350, del mismo autor “El *habeas corpus* en el ordenamiento jurídico”, *Gaceta Jurídica*, 1985, pp. 11-18.

⁶² Caffarena de Jiles, Elena, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, Santiago, 1957, pp. 152-155.

pado de manera especial de este recurso, significa que el *habeas corpus* está por encima de la ley, la que no puede impedir o restringir su interposición ni dejar de considerarlo. Una codificación de preceptos procesales podría, si el legislador lo desea, declarar inapelable una determinada resolución judicial, suprimir los recursos de casación o de revisión, pero no podría suprimir el recurso de amparo o limitarlo más allá de lo que la misma Constitución ha prescrito.

El recurso de amparo no es de derecho estricto. El recurso de amparo lejos de ser de derecho estricto es amplísimo y ajeno a toda formalidad, sea externa o de fondo. Del texto literal de la Constitución y de su espíritu, que surge de la naturaleza misma de la institución y de su evolución histórica, se desprende que el recurso de amparo procede, como norma general, en todos los casos en que un individuo es privado de su libertad arbitrariamente...

Una síntesis de la evolución del recurso de amparo es sostenida por Mario Verdugo M.,⁶³ que resumimos en los acápites siguientes:

- Durante la vigencia de la Constitución de 1925, la Corte Suprema, en periodos de normalidad constitucional, como tribunal de segunda instancia ejerció sus facultades conservadoras, con particular celo en materia de recursos de amparo (R.D.J. t. 50, segunda parte, sección 4, p. 171).
- Durante la vigencia de la Constitución de 1925, tratándose de periodos de “emergencia constitucional”, sin que existiera disposición constitucional alguna, de carácter restrictiva, la Corte Suprema se autolimitó en sus facultades conservadoras durante los estados de excepción constitucional, en particular en materia de recursos de amparo. En este acápite la coincidencia con Caffarena es notable, y que pasa por una crítica a la doctrina de la no justiciabilidad de actos políticos (“recursos de amparo políticos”).
- Durante los estados de excepción constitucional que siguen a septiembre de 1973, la Corte Suprema mantuvo su doctrina en orden a renunciar a sus atribuciones o facultades conservadoras en materia de recursos de amparo (fallos del mes núm. 188, 1974, R.D.J. t. 71, segunda parte, sección 4, p. 197).

⁶³ Verdugo, Mario, *La experiencia constitucional Norteamericana y chilena sobre separación de poderes*, Santiago, Instituto de Estudios Judiciales, 1989.

- Durante la vigencia de la Constitución de 1980, en materia de recurso de amparo (y de recurso de protección), la Corte Suprema en el ejercicio de sus facultades conservadoras, la mutiló de toda eficacia, limitándose a comprobar los requisitos formales para concluir que tratándose de atribuciones privativas y discrecionales de la autoridad, los tribunales no pueden interferirlas.

En cuanto al recurso de amparo mismo en la Constitución de 1980, la continuidad con nuestra tradición en la materia es de extraordinaria nitidez, puesto que el artículo 21 se refiere un conjunto de garantías procesales materiales de la libertad personal y seguridad individual establecidos en la Constitución (artículo 19, núm. 7) o en las leyes, que son objeto de tutela de la acción de amparo, acción de naturaleza declaratoria y cautelar, de suerte que, la magistratura que señale la ley podrá: ordenar se guarden las formalidades legales, adoptar las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, e inclusive podrá decretar el *habeas corpus* (artículo 21, inciso 2, de la Constitución política de la República). La acción de amparo puede ser interpuesta por el interesado o cualquiera en su nombre, es una “acción popular” (artículo 317, CPR).

En relación a los presupuestos del recurso de amparo, cabe señalar que procede la acción tutelar en dos hipótesis: *a)* arresto, detención o prisión (artículo 21 de la Constitución política de la República), y *b)* que la privación de libertad o conculcación de la seguridad individual se haya producido con infracción a la Constitución (artículo 19, núm. 7) o las leyes (artículos 306-317 del Código de Procedimiento Penal).

Precisamente el Código de Procedimiento Penal permite definir la privación de libertad ilegal, por vicio de forma o por vicio de fondo; habiendo *ilegalidad por vicio de forma*: *a)* cuando la orden emana de autoridad que no se encuentra expresamente facultada para emitirla; *b)* cuando ha sido dada con infracción a cualquiera de las formalidades que la Constitución o la ley exigen, y *c)* cuando expedidas dichas órdenes en forma legal, el afectado no sea puesto a disposición del juez en los plazos señalados o no fuese interrogado por el juez dentro de las 24 horas contadas desde ese momento. Y *por vicio de fondo*: *a)* cuando las órdenes han sido expedidas fuera de los casos señalados por la ley, y *b)* cuando han sido dictadas sin que haya mérito o antecedentes que la justifiquen.

Acerca del tribunal competente y procedimiento, como se ha dicho el Código de Procedimiento Penal introdujo la doble instancia: Corte de Apelaciones respectiva y Corte Suprema (artículo 307 del Código de Procedimiento Penal), discutiéndose en torno al criterio para determinar la competencia relativa de Corte de Apelaciones “aquella dentro de cuyo territorio jurisdiccional se dictó o cumplió la orden arbitraria”, “aquella donde se encuentra el detenido, si no existiere tal orden” y “la correspondiente al domicilio del afectado”. Este último criterio es el sostenido por Elena Caffarena, puesto que la voz “respectiva” alude al amparado y no al funcionario que conculca el derecho de libertad personal o la seguridad individual.

En lo relativo a procedimiento del recurso de amparo, este es de tramitación simple; el escrito del recurso está exento de formalismo, pudiendo interponerse por cualquier vía de comunicación al tribunal competente, y no precisa patrocinio ni designación de apoderado; no tiene plazo de interposición, aunque si una condición o requisito preclusivo (no haber deducido otros recursos: reposición, apelación, queja). La tramitación breve y sumaria del recurso de amparo, se traduce en vista preferente de causa y fallo sobre causas ordinarias (24 horas). Ingresado el recurso a la Corte respectiva, el Secretario lo remite a un relator, quién dará cuenta al tribunal y con dicha cuenta un ministro de sala tramitadora solicitará urgente informe de la detención o prisión recurrida al juez o autoridad que la decreta evacuado el informe o vencido el término razonable, al Tribunal de oficio o a petición de parte ante la demora, podrá adoptar medidas pertinentes para obtener su despacho o prescindirá del informe. Con el informe o vencido un término, la Corte ordena autos en relación y la causa es agregada extraordinariamente y en lugar preferente en la tabla del día siguiente hábil, y de haber varias Salas se agregará a la Sala que resulte sorteada. Llegado el día de la vista, la Sala de la Corte ve el recurso previo anuncio, la relación, con o sin alegatos. No procede el derecho a suspender la vista (artículo 165, núm. 5, CPC). Terminada la vista, queda cerrado el debate y el recurso en estado de fallarse, teniendo la Corte un plazo de 24 horas para fallar; plazo que podrá ampliarse por seis días o emplazamiento cuando excede seis días, cuando hubiere necesidad de decretar diligencias de investigación.

La sentencia en sede amparo de la Corte respectiva, no impide al órgano decretar como medidas durante la tramitación: el *habeas corpus*; comisionar alguno de sus magistrados para que se traslade al lugar en que se encuentra el afectado, oír a éste y en vista de los antecedentes disponer o no su libertad o se subsanen defectos reclamados, informando al tribunal; y solicitar envío de autos originales en que se dictó la resolución recurrida. La sentencia que acoge el recurso de amparo tiene un amplio contenido declarativo o cautelar, según el caso: dejar sin efecto resolución recurrida, ordenar corregir defecto de resolución recurrida, y en general, adoptar las “providencias” que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y proteger al afectado.

La sentencia de la Corte de Apelaciones es apelable para y ante? la Corte Suprema, en el plazo de 5 días. Ingresada a la Corte Suprema el recurso de apelación de la acción de amparo, se ordena agregar extraordinariamente a la tabla del mismo día o del día siguiente, para vista y fallo por la Sala Penal o Segunda Sala de la Corte Suprema (artículo 98, núm. 3 y artículo 99 del Código Orgánico de Tribunales y Auto Acordado de la Corte Suprema del 27 de marzo de 1996) o por la Sala Constitucional o Tercera Sala si el recurso de amparo no incide en causas criminales.

b. Recurso de protección

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

En cuanto al recurso de protección, en nuestro medio el procesalista Hugo Pereira sostiene:

...su naturaleza es análoga a la del *habeas corpus*, en cuanto es una demanda de protección de los derechos constitucionales que instaura un proceso autó-

nomo de naturaleza pública, por forma y contenido; tiene carácter de urgencia para el pronto restablecimiento del orden jurídico perturbado o amenazado; se dirige a impugnar actos u omisiones arbitrarios o ilegales que lesionen los derechos fundamentales expresamente previstos en la norma constitucional, sea que emanen de autoridades o de simples particulares, deja a salvo los demás derechos que el perjudicado pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales competentes; los tribunales llamados a conocer de esta acción deben adoptar las medidas conducentes para la protección del afectado, y el titular de ella pueden ser personas naturales o jurídicas o grupos de personas que carezcan de entidad jurídica, atendidos los vocablos “el que” con que se inicia el precepto transcrito (artículo 20).⁶⁴

Un “factor de competencia” es la arbitrariedad o ilegalidad de una acción u omisión con agente indeterminado y un segundo factor es la urgencia de la tutela de derechos. Paillás, indica que los actos arbitrarios o ilegales se producen de dos maneras *a)* vías de hecho y *b)* desconocimiento de un derecho indubitado o no seriamente controvertido. En la *vía de hecho*, el restablecimiento del derecho corrige una situación fáctica que conculca o vulnera el derecho tutelado, mandando poner fin a una “medida de compulsión”, una “orden de no hacer”, sin pronunciarse sobre el fondo del derecho. En el *desconocimiento de un derecho indubitado*, lo que exige que el tribunal pondere la “prueba” rendida para calificar al derecho (apreciación en conciencia), es decir, por la fuerza de persuasión racional de los medios (artículo 426, inciso 2, de la Constitución política de la República y artículos 1.700, 1.702, 1.709 y 1.713 Código Civil).⁶⁵

En cuanto a los presupuestos del recurso de protección, Verdugo y Pfeffer los sistematizan en: “1) acción u omisión ilegal o arbitraria; 2) que como consecuencia de ello se derive la privación, perturbación o amenaza de el legítimo ejercicio de un derecho, y 3) que ese derecho se encuentre comprendido entre los que en su enumeración taxativa señala el artículo 20 de la Constitución”.⁶⁶

⁶⁴ Pereira A. H., *op. cit.*, nota 43, p. 355.

⁶⁵ Paillás, Enrique, *El recurso de protección ante el derecho comparado*, Santiago, Jurídica de Chile, 1990, pp. 74-88.

⁶⁶ Verdugo, Mario *et al.*, *op. cit.*, nota 15, t. I, p. 333.

Los conceptos de ilegalidad y arbitrariedad para la jurisprudencia son modalidades de antijuridicidad, que operan en el campo de las potestades-actos reglados y discrecionales respectivamente; pudiendo ser agente o sujeto activo de la acción u omisión cualquier persona u órgano del Estado, con exclusión de las sentencias de los tribunales de justicia, actos legislativos y actos políticos, exclusiones formuladas como regla general que admiten importantes excepciones en nuestra jurisprudencia.⁶⁷ Ciertamente, el presupuesto de privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de un derecho, son modalidades de grado diferenciado de conculcación o “menoscabo” de derechos fundamentales que son ejercidas en el marco del ordenamiento jurídico, puesto que la ley puede establecer limitaciones a dichos derechos y la autoridad administrativa puede imponer restricción o suspensión de dichos derechos en estados de excepción constitucional.

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

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

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

⁶⁷ Soto K., Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Jurídica, 1982. pp. 12-18, 23-49.

Conforme al artículo 20 de la Constitución política de la República el tribunal competente es la Corte de Apelaciones respectiva. El Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema de 1977 dictado por éste Tribunal previa habilitación de Acta Constitucional núm. 3 (artículo 2o., inciso final) estableció el mecanismo de doble instancia, que el Auto Acordado de 24 de junio de 1992 mantiene.

- El Auto Acordado del rubro establece un plazo fatal de 15 días para interponer el recurso de protección ante la Corte de Apelaciones respectiva, en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasiona el agravio, contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión, según la naturaleza de éstos, desde que se hayan tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos.
- El recurso de protección se puede deducir por cualquier vía (escrito, papel simple, telex, telégrafo) por el afectado o por cualquiera a su nombre, capaz de comparecer en juicio, aún faltando mandato especial.
- Presentado el recurso la Corte examina en cuanto la admisibilidad de éste, pudiendo por decisión unánime de sus miembros declararlo inadmisibile por extemporáneo o adolecer de manifiesta falta de fundamento; auto de inadmisión que deberá ser someramente fundado y susceptible de reposición.
- Del recurso acogido a trámite por la Corte de Apelaciones, se ordenará informe al recurrido por la vía estimada más rápida y efectiva, fijándole un plazo breve y perentorio; sin perjuicio que el recurrido solicite una ampliación del plazo para informar. Con informe o en silencio del recurrido, la Corte ordena autos en relación, agregando extraordinariamente la causa en la tabla del día subsiguiente, previo sorteo, si hubiera más de una Sala.
- La Corte de Apelaciones podrá decretar orden de no innovar (ONI) y diligencias para un mejor acierto del fallo (medidas para mejor resolver).
- Las personas, funcionarios u órganos recurridos podrán hacerse parte en el recurso de protección.
- La sentencia de la Corte de Apelaciones es sentencia definitiva, y en ella se apreciarán según reglas de sana crítica los antecedentes y las probanzas producidas.

- La sentencia de la Corte de Apelaciones, sea que se acoja, rehace o declare inadmisibile el recurso, es apelable para ante la Corte Suprema dentro del plazo de 5 días, contados de la notificación personal o por el estado. No procede la casación. El recuso de apelación debe ser fundado y contener peticiones concretas. Ingresado el recurso en la Corte Suprema, se le designa relator, se ordena la cuenta en la Tercera Sala del supremo tribunal, el que podrá decretar relación y oír alegato de los abogados de las partes (Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema que modifica distribución de las materias entre las Salas de la Corte Suprema por especialidades).

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

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

También es fuente de debate doctrinal la autoridad de cosa juzgada formal de la sentencia en sede de protección, Paillás sostiene:

...hay que precisar que la sentencia que se pronuncia sobre el fondo puede darse únicamente si se trata de la segunda forma de producirse el acto arbitrario, esto es, el desconocimiento de un derecho indudable o no seriamente controvertible, pues, tratándose de la primera forma o vía de hecho, simplemente se repone una actuación material, se restablece un *status quo*, pero nada se dice sobre el fondo.

Agrega Paillás:

No hay peligro que el recurso de protección sea una acción invasora, que menoscabe el derecho de las partes a una adecuada defensa... Y la dificultad para solicitar pruebas —sólo pueden aportarse antecedentes o documentos por

el actor al presentar el recurso, o por la parte contraria al dar su informe— tampoco causa mengua al derecho de defensa, pues en el recurso de protección el derecho invocado no aparece claramente establecido o existe una controversia seria al respecto y es necesario probar hechos, debe irse a los juicios regulados en el Código procesal pertinente. Si bien en el caso del recurso de protección la cosa juzgada del fallo puede derivar es sólo formal y no material, de acuerdo con el precepto del artículo 20, no es posible entablar un nuevo recurso de protección para tratar de alterar lo resuelto en otro anterior. En tal emergencia, la decisión cobra un carácter inadmisibles.⁶⁸

Dada la “elefantiasis” del recurso de protección —con peligro a sustituir vías procesales ordinarias— en la práctica la naturaleza cautelar de la acción-procedimiento, se ha perdido en cierta medida, constituyéndose en una vía inidónea para consolidar derechos. Los gruesos temas planteados están pendientes es nuestra dogmática procesal y constitucional, destacando en nuestro medio R. Tavolari, quien ha realizado un esfuerzo dogmático procesal por integrar la potestad cautelar en la jurisdicción, fundándola en el artículo 73 y artículo 19, núm. 3 de la carta de 1980.⁶⁹ En suma, no debe perderse de vista en esta materia una premisa teórica elemental: la tutela de derechos e intereses legítimos, agrega a los procesos declarativo y ejecutivo, el proceso cautelar, como tercer pilar de un derecho a la tutela efectiva. De este modo el derecho procesal constitucional tiene un centro de gravedad en la garantía del derecho subjetivo emanado de la Constitución estatal, dimensión garantista que ha permitido introducir la potestad cautelar: proceso-acción, como integrante de la jurisdicción constitucional.

c. Conflictos de jurisdicción

Naturaleza de las “contendidas de competencia”. La Constitución de 1925 y la Carta vigente utilizan el término “contienda de competencia” para designar conflictos de jurisdicción o de atribución entre órganos políticos o administrativos y órganos jurisdiccionales, término que en cuanto lastre procesalista o judicialista es una impropiedad conceptual,

⁶⁸ Paillás, Enrique, *op. cit.*, nota 65, pp. 90 y 91.

⁶⁹ Tavolari Oliveros, Raúl, “Protección constitucional y cautela judicial (la orden en innovar en el recurso de protección)”, *Gaceta Jurídica*, núm. 148, 1992, pp. 7-29, en especial 8-16.

pues designa un conflicto de “poderes”, en la que está en juego el principio de separación de poderes, que articula la estructura del Estado de derecho y del tipo de gobierno.

En la materia el procesalista Juan Colombo C. sostiene:

...las contiendas de competencia debe producirse sólo entre órganos que gocen de una función análoga; si se produce un conflicto o contienda entre un órgano jurisdiccional y un órgano administrativo, no se produce una contienda de competencia propiamente tal, sino más bien una contienda o conflicto de funciones ya que ambos órganos van a ser competente, pero uno de ellos tiene competencia de tipo jurisdiccional y otro de tipo administrativo.⁷⁰

Para Colombo la competencia es una parte de la jurisdicción o función en términos más latos, pudiendo darse conflictos entre órganos que ejerzan diversa o análoga función, y podrán clasificarse en: conflictos entre tribunales de justicia (ordinarios, especiales y arbitrales) y autoridades políticas o administrativas, conflictos entre tribunales de justicia y conflictos entre órganos administrativos o políticos.

La configuración de estos conflictos de jurisdicción o de atribución arranca de los artículos 6o. y 7o. de Constitución política de la República que consagran principios de juridicidad (legalidad, competencia y procedimiento) y de separación de poderes, disponiendo una “norma de clausura”, que hace nulos los actos estatales que infrinjan dichos principios. “Cuando —indica Pereira— una cierta categoría de órganos que la carta agrega, aquellos que ejercen la potestad jurisdiccional o tribunales de justicia, colide con otros órganos públicos de diversa clase que invaden su atribución privativa, y viceversa, emerge el conflicto jurisdiccional”.⁷¹

Antecedentes Históricos. La Constitución Pelucona de 1833 encomendaba las “cuestiones de competencia” entre órganos administrativos, y entre éstos y tribunales de justicia al Consejo de Estado (artículo 104, núm. 5), no considerando conflictos entre otros “poderes del Estado”. Tal estructura era una manifestación más de lo subordinada que se encontraba la Judicatura frente al presidente de la República, ya que tal

⁷⁰ Colombo Campbell, Juan, *La competencia*, Santiago, Jurídica de Chile, 1959, p. 228. Quezada M., José, *Derecho procesal civil chileno. La jurisdicción*, Editorial Ltda. de Stgo, pp. 85 y 86.

⁷¹ Pereira A., H., *op. cit.*, nota 43, p. 153.

Consejo era su órgano asesor (artículo 122); situación corregida por la reforma constitucional de 1874 que eliminó los ministros de Estado del Consejo de Estado e integró a tres representantes del Senado y tres representantes de la Cámara de Diputados, limitando a cinco los nombramientos del jefe de Estado.

La Constitución de 1925 al suprimir el órgano autocrático —Consejo de Estado—, distribuyó alguna de sus atribuciones en otros órganos estatales, específicamente (artículo 104, núm. 5) en la Corte Suprema (artículo 86, inciso final) y en el Senado (artículo 42, núm. 1), configurados como conflictos de jurisdicción, impropriamente denominados conflictos o contiendas de competencia. A este respecto, el profesor Alex Varela C. se preguntaba:

¿Qué pensar de estas soluciones? Simplemente que no fueron satisfactorias, porque un conflicto de jurisdicción es, en el fondo, un problema de derecho que el Senado, cuerpo político, no estaba en condiciones de resolver eficazmente y porque el mismo conflicto, trabado entre las autoridades políticas o administrativas y los Tribunales no superiores de justicia, al tener que ser resueltos por la Corte Suprema, cabeza rectora del Poder Judicial, venían a serlo por un órgano no dotado de la más estricta imparcialidad.⁷²

La Gran Reforma de 1970 al instituir el Tribunal Constitucional le asignó (artículo 78, b, letra *f*) la atribución de “resolver las contiendas de competencia que determine la ley”; atribución carente de importancia como se ha visto por su remisión al legislador y por la efímera existencia de este Tribunal, suprimido por DL, núm. 119, de 1973. Congruente con esta competencia, la reforma constitucional de 1971 encomendó al Tribunal Constitucional resolver las contiendas de competencia suscitadas ante el Tribunal Especial del Cobre y cualquiera otra autoridad (17 Transitoria de Constitución de 1925, literal *i*).

Tipos de conflictos de jurisdicción. Los conflictos de jurisdicción y contiendas de competencia, conceptos diferenciados por su engarce a una función específica o a dos funciones diversas del poder estatal, pueden ser de carácter *positivo* (en que dos o más “poderes” o autoridades pretenden conocer o resolver un negocio o asunto) o de carácter *negativo*

⁷² Varela Caballero, Alex: “Conflictos de jurisdicción y contiendas de competencia”, *X Jornadas de Derecho Público*, Valparaíso, Editorial Edeval, 1980, p. 56.

(en que ningún poder o autoridad reconoce jurisdicción, función o competencia para resolver un negocio o asunto).

El constituyente de 1980 conserva la configuración de las “contienas de competencia” de la carta de 1925, asignadas a órganos del Estado distintos según la entidad de los órganos en conflicto, a saber:

- Conflictos de jurisdicción entre autoridades políticas o administrativas y tribunales superiores de justicia (artículo 49, núm. 3, de la Constitución política de la República) sometidos a conocimiento del Senado. Como hemos dicho con anterioridad al término autoridades políticas-administrativas ha sido interpretado con amplitud. *V. gr.* contienda de competencia entre Contraloría General de la República y Corte de Apelaciones de Santiago. Los tribunales superiores de justicia son la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, la Corte Naval y la Corte Marcial.
- Conflictos de jurisdicción entre autoridades políticas o administrativas y tribunales de justicia que quedan sometidos al conocimiento de la Corte Suprema (artículo 79, inciso final).

En nuestro medio Alex Varela C. propuso en 1980 superar el uso impropio del constituyente de 1925 que habla de “contienas de competencia”, y hacer referencia a “conflictos de jurisdicción”, asignando dicha materia al Tribunal Constitucional, con una disposición del tenor siguiente: artículo 88, núm. 13. “Conocer de los conflictos de jurisdicción que se susciten entre los diversos Poderes Públicos, y también de las contienas de competencia que se planteen entre las distintas autoridades políticas o administrativas”.

Sin embargo, es de lamentar que el sistema de jurisdicción constitucional lastre con la actual configuración de los conflictos de jurisdicción, caracterizado por un déficit de racionalización, que desde el punto de vista de *consitutione ferenda* sería deseable corregir asignando estos conflictos al ámbito de competencia del Tribunal Constitucional. En cambio, las contienas o conflictos entre autoridades políticas o administrativas, es deseable en la perspectiva de *lege ferenda* que sean resueltas según un principio jerárquico, completándose una laguna en nuestro derecho administrativo, en especial cuando la “contienda” se plantea entre entes autónomos o autárquicos en que no existe superior jerárquico común, y

en que la apelación a las funciones y atribuciones del presidente de la República es insuficiente teórica y prácticamente.

En suma, en el actual esquema de configuración de las impropiedades denominadas “contiendas de competencia”, tanto el Senado como la Corte Suprema ejercen atribuciones de naturaleza jurisdiccional, que materialmente deberían estar asignadas al Tribunal Constitucional y, por ende, correctamente racionalizadas, integrando el sistema de jurisdicción constitucional.

Mientras no se modifique este estado de cosas, el acto parlamentario del Senado o la sentencia de la Corte Suprema recaídas en una “contienda de competencia” (artículo 49, núm. 3 y artículo 79, inciso final, de la Constitución política de la República), seguirán siendo decisiones de efecto personal relativo o inter partes, efecto temporal *ex nunc* o *pro futuro*, y revestidas de autoridad de cosa juzgada, resolviendo el órgano (Senado o Corte Suprema) en única instancia.

d. Conflictos de atribución sometidos a la Corte Suprema

En las impropiedades denominadas “contiendas de competencia”, la Constitución de 1980, al igual que la carta de 1925, distingue en razón de la jerarquía del tribunal con el cual se traba el conflicto de “atribución” o “función”. De suerte que toda “contienda” entre autoridades políticas o administrativas y “tribunales de justicia”, que no corresponden al Senado, están sometidas a conocimiento y decisión de la Corte Suprema en pleno (artículo 96, núm. 1, del Código Orgánico de Tribunales).

En este punto, el Auto Acordado de la Corte Suprema relativo a distribución de materias en Salas, encomendó a la Tercera Sala o Sala de Asuntos Constitucionales las “contiendas de competencia” entre autoridades políticas o administrativas y tribunales de justicia que no correspondan al pleno; distribución competencial que añade confusión a lo poco racionalizada configuración constitucional de la naturaleza y composición de conflictos. La Corte Suprema en pleno conoce en términos residuales (artículo 79, inciso 2, de la Constitución política de la República y artículo 191, inciso 3 y final, del Código Orgánico de Tribunales) de toda “contienda de competencia”, las que serán falladas en única instancia (artículo 192 del Código Orgánico de Tribunales). Ciertamente,

la sentencia de la Corte Suprema goza de autoridad de cosa juzgada y su efecto personal es relativo o *inter partes*.

A modo de conclusión cabe citar sumariamente la doctrina jurisprudencial más significativa en materia de competencia de conflictos:

- En caso de promoción de una contienda de competencia contra un Tribunal, éste puede seguir conociendo del asunto hasta que se resuelva por la autoridad constitucional respectiva (S.C.A. La Serena, del 22 de octubre de 1901, G. t 2, 1901, p. 1.114).
- La Corte Suprema como tribunal pleno es competente para conocer de las contiendas de competencia entre autoridades políticas o administrativas y tribunales de justicia, que no correspondan al Senado (S.C.S. del 30 de julio de 1926, G. 1926, segundo semestre, núm. 5, p. 35).
- Trabada una contienda de competencia entre la autoridad administrativa y un tribunal de justicia, éste deja de tener intervención en el negocio materia de la contienda mientras ella no sea dirimida. Y si bien igual actitud debe observarse por la autoridad administrativa, ya que ésta debe suspender la ejecución del decreto que ha motivado la contienda, no corresponde a los tribunales dejar sin efecto lo que en contrario hiciera tal autoridad, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera afectar a ésta (*Gaceta 1913*, t. X 157, p. 481).
- La Corte Suprema tiene competencia para resolver una contienda de competencia promovida entre el presidente de la República y un juez letrado, no obstante que, por medio de los recursos legales puede llegar al conocimiento de dichos asuntos controvertidos a los tribunales superiores (S.C.S. de 1938, R.t. XXXV, sección primera, p. 37).
- La Corte Suprema es competente, no obstante que al fallar la contienda resuelva que es incompetente el Poder Judicial, comprendiendo así a los tribunales superiores (S.C.S. de 1938, R. t. XXXV, sección primera, p. 109).

En otro orden de materias, también existe doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional acerca de las “cuestiones de competencias” (conflictos de poder entre entes administrativos) que pudieren suscitarse entre las autoridades nacionales, regionales, provinciales y comunales, remitiéndose a la ley ordinaria el artículo 115 de la Constitución política de la República para fijar la forma de resolver dichas cuestiones.

Los citados conflictos de atribución se producen dentro de la administración del Estado, planteándose la cuestión capital de la autonomía constitucional de ciertos entes públicos como clave para fijar el marco de resolución de estas “cuestiones de competencia”.

En este orden de ideas, durante la tramitación de proyecto de ley al efecto, se estimó que habría inconstitucionalidad por la Primera Comisión Legislativa, lo que motivó un requerimiento al Tribunal Constitucional conforme al artículo 82, núm. 2, de la Constitución política de la República, del proyecto de ley que asigna competencia de conflictos a Tribunales Superiores de Justicia.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, puede resumirse en los fundamentos jurídicos siguientes:

4o. Que, es evidente que los conflictos que pudieren surgir entre organismos que gozan de autonomía constitucional no podrían ser resueltas por autoridades administrativas, pues ello significaría vulnerar la autonomía que la propia Constitución ha otorgado a estas entidades y que en esta situación estarían el Banco Central y la Contraloría General de la República de acuerdo con lo establecido en los artículos 87 y 97 de la carta fundamental.

5o. Que, si bien es cierto que la Constitución en su artículo 107 no dice expresamente que las Municipalidades son entes autónomos, su autonomía se infiere de propio texto constitucional, al establecer que las Municipalidades son corporaciones de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios, y sus atribuciones las derivan directamente de su ley orgánica constitucional... Las Municipalidades son órganos descentralizados territorialmente, generados por la propia Constitución y que actúan con su propia personalidad jurídica de derecho público y con patrimonio propio, por lo que a juicio del Tribunal serán órganos constitucionalmente autónomos, y las controversias en que incurran con otras entidades no pueden ser resueltas por autoridades administrativas dependientes del Poder Ejecutivo, pues ello significaría violar la autonomía que nuestro ordenamiento constitucional les ha otorgado.

8o. Ambas disposiciones, tanto el artículo 49, núm. 3, como el artículo 79 de la Constitución, regulan la especial situación en que podrían verse involucrados los “tribunales de justicia” respecto de otras autoridades políticas o administrativas; materia que requiere de una regulación constitucional por tratarse de un órgano independiente del Estado como es el Poder Judicial en su posible relación con otras autoridades u órganos.

9o. Que, las atribuciones que el artículo 5o. del texto sustitutivo del proyecto, otorga a la Corte Suprema y a la Corte de Apelaciones tiene plena justificación constitucional, pues en conformidad con el artículo 74 de la

Constitución es la ley orgánica constitucional la que determina la organización y atribuciones de los tribunales, lo que implica que el legislador tiene facultad para entregarles a los tribunales las atribuciones que estime pertinentes para la debida administración de justicia, como es el caso del artículo 5o. mencionado.

No obstante, el proyecto de ley concebido por esta jurisprudencia del Tribunal no llegó a dictarse, subsistiendo sólo el dispositivo de composición del artículo 36 de la Ley núm. 18.575. En razón de lo expuesto, estamos de acuerdo en la proposición de *lege ferenda* de incorporar todas las “contendidas de competencia” al ámbito de competencia del Tribunal Constitucional. Incluso más en el marco de la racionalización del poder estatal toda la gama de conflictos de jurisdicción, atribución o de función entre entes públicos dotados de autonomía constitucional, también podría quedar encomendada al ámbito competencial del Tribunal, lo que exigiría una reforma constitucional que amplíe el catálogo de atribuciones del órgano jurisdicтор a todo tipo de conflictos de atribución y de jurisdicción.

Lo anterior es sin perjuicio de que el legislador ordinario conforme al artículo 115 establezca las modalidades o forma de resolver las “cuestiones de competencia” dentro de la Administración.

Por lo demás, la juridificación de estas “cuestiones de competencias” tienen como antecedente histórico, el mecanismo de composición asignado al Consejo de Estado en la Constitución de 1833.

IV. CONCLUSIONES

La jurisdicción constitucional en Chile, en el marco de un concepto sincrético que hace de esta un sistema de garantías de la constitucionalidad de los actos del poder, es decir, guarda la supremacía e integridad del derecho objetivo y de los derechos subjetivos de la Constitución; descansa en una dualidad de Judicatura y está abierta a un conjunto de críticas en estrecha conexión con el carácter otorgado y autoritario de la Constitución de 1980 vigente.

Precisamente, el Tribunal Constitucional en la Constitución vigente aparece como un verdadero “enclave autoritario” y componente minoritario o “contra-mayoritario” de nuestro Estado de derecho por lo que su reforma es parte integrante de las reformas políticas pendientes para

reestablecer en su integridad la forma jurídico-política de la democracia constitucional.

En razón de lo anterior, la reforma constitucional en actual trámite en el Senado en Chile se hace cargo de un conjunto de reformas políticas, entre las que se cuenta la reforma al Tribunal Constitucional que goza de amplio consenso. La reforma prevé un Tribunal integrado por nueve miembros: tres ministros de la Corte Suprema, elegidos por ésta en votación secreta, dedicación exclusiva por tres años y reelegibles por una vez; tres abogados designados por el presidente de la República y tres abogados elegidos por el Senado, por los dos tercios de sus miembros en ejercicio. Los miembros del Tribunal durarán nueve años en sus cargos y son inamovibles. La reforma incorpora la figura *iuris* de tres “abogados integrantes” que durarán tres años en sus cargos. Cabe destacar que la reforma amplía considerablemente la competencia del Tribunal Constitucional, a saber: control de constitucionalidad sobre autoacordados de la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y Tribunal Calificador de Elecciones “que versen sobre materias constitucionales o propias de ley orgánica constitucional”; declarar la inaplicabilidad de preceptos legales contrarios a la Constitución en forma y fondo, y la sentencia producirá “efectos en los casos particulares en que se interponga la acción de inaplicabilidad”, sin perjuicio de que tres fallos uniformes y unánimes permiten al Tribunal en pleno declarar la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo “con efectos generales”, y de no haber unanimidad en los tres fallos el Tribunal en pleno podrá declarar dicha inconstitucionalidad por los dos tercios de sus miembros. Se incorpora a la competencia del Tribunal todas las “contendidas de competencias” entre autoridades políticas o administrativas y tribunales de justicia. La reforma amplía la competencia consultiva al permitir que el Tribunal califique la inhabilidad del artículo 57, inciso final, y el nuevo mecanismo de renuncia al cargo parlamentario. Por último, la reforma establece en su número 15 del artículo 82 nuevo que los conflictos de constitucionalidad motivados por potestad reglamentaria autónoma y dominio legal, constituyen una competencia específica del Tribunal. También, la reforma constitucional modifica el artículo 83 de la Constitución refiriendo la sentencia estimatoria a diversos actos estatales y dispone que las sentencias de inconstitucionalidad de una ley o DFL se publicarán en el *Diario Oficial* dentro de los tres días siguientes a su dictación, enten-

diéndose “derogada” desde la publicación; lo que también ocurre con las decretales declaradas inconstitucionales. Finalmente, la reforma deroga el artículo 80 que establece el instituto de la inaplicabilidad.

La reforma constitucional sumariamente descrita en lo que atañe a la jurisdicción constitucional busca introducir un principio de legitimidad en el “enclave autoritario”, sin controvertir al Tribunal como componente minoritario; también refuerza un creciente monopolio del contenido constitucional en el Tribunal Constitucional por la vía de ampliar su competencia y derogar la inaplicabilidad. Con todo, desde la perspectiva de *constitutione ferenda* la reforma constitucional es incompleta y no resuelve el problema de legitimidad del Tribunal Constitucional.

Hemos dicho, la reforma constitucional es incompleta, ya que no considera un amplio rango de control de constitucionalidad de actos estatales, que comprenda todos los autos acordados de los Tribunales Superiores de Justicia que fueren equivalentes a reglamentos jurídicos, reglamentos parlamentarios y acuerdos o resoluciones de órganos autónomos (Banco Central, Contraloría General de la República). También es incompleta, ya que no consagra una acción o recurso de constitucionalidad directa y de carácter abstracto con sentencia de efecto personal *erga omnes*; sino una anacrónica inaplicabilidad, probadamente insatisfactoria en más de medio siglo de jurisprudencia, en la que además se exige tres fallos uniformes y unánimes para que opere el efecto personal general. Igualmente, no se establece un control preventivo y obligatorio de tratados internacionales y acuerdos de ejecución de estos, omitiendo la reforma incursionar en la cláusula de recepción del derecho internacional convencional. Asimismo, la reforma no establece el amparo constitucional de derechos fundamentales con carácter subsidiario y que permite hacer del Tribunal Constitucional la “clave de bóveda” del Estado de derecho.

Debemos agregar, la reforma constitucional no resuelve en modo alguno el problema de legitimidad del Tribunal Constitucional, ya que sustrae a la Cámara de Diputados de la generación de este Tribunal y mantiene a la Corte Suprema, la que además designa tres miembros de entre sus ministros. Es decir, el Tribunal se compone de un tercio de jueces constitucionales que responden al concepto de “juez burócrata” (Cappelletti) y que conservan, en suspenso, sus cargos en la Corte Suprema. Además, la reforma constitucionaliza la figura *iuris* de “abogados inte-

grantes” establecidos en la Ley núm. 17.997, de dudosa constitucionalidad actual y que puede dar fruto a un Tribunal parcialmente cooptado.

Para concluir sólo resta señalar que la descripción y balance crítico intentado en esta monografía se hace desde la perspectiva de que la jurisdicción constitucional como sistema de garantías, con problemas de legitimidad ciertamente aún más acuciantes frente al activismo usual de los jueces, es el cemento necesario de cada una de las piezas de esta máquina o artificio que es el Estado de derecho; y por tanto su reforma en la Constitución es esencial para que la democracia constitucional se restablezca plenamente en Chile.