



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

**ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD Y CONTROL CONCRETO DE
CONSTITUCIONALIDAD.**

El caso chileno.

Investigación para optar al grado de Magíster en Derecho LLM,
Mención Derecho Constitucional

Profesor Guía:

Marisol Peña Torres

Tesista:

José Miguel Poblete East

Santiago, Noviembre, 2015

INDICE

INTRODUCCIÓN	7
§1. La importancia de la inaplicabilidad en la justicia constitucional chilena.	7
§2. Relevancia de la jurisprudencia de INA.	8
§3. Presupuestos y planteamiento de la tesis a examinar.	9
CAPITULO I: ANTECEDENTES SOBRE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD	11
§4. Caracterización de la INA por el TC.	11
§5. Antecedentes de la discusión parlamentaria de la reforma del 2005.	13
§6. La inaplicabilidad por inconstitucionalidad como vicio.	15
§7. La jurisdicción constitucional como tratamiento del vicio.	15
CAPÍTULO II: DERECHO COMPARADO	16
LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y SUS CLASIFICACIONES: un análisis de Derecho comparado	17
§8. Concepto de jurisdicción constitucional.	17
§9. Clasificaciones de la jurisdicción constitucional.	20
EUROPA	22
	2

§10.	Origen teórico del modelo europeo y crítica.	22
§11.	Introducción del control incidental en el modelo europeo.	24
§12.	Distinción entre lo incidental y lo concreto del control americano y europeo.	26
§13.	España.	28
§14.	Italia.	32
§15.	Francia.	34
	ESTADOS UNIDOS	37
§16.	Descripción general.	37
§17.	Incidentalidad del modelo americano.	39
§18.	Relativización del efecto <i>inter partes</i> .	40
§19.	Relativización del carácter concreto.	40
§20.	Facial y as-applied challenges.	41
§21.	Doctrina de <i>severability</i> .	43
§22.	Conclusiones extraíbles de la <i>Judicial Review</i> .	46
	CANADÁ	47
§23.	Diversos <i>constitutional remedies</i> para distintas inconstitucionalidades.	47
§24.	La dispensa constitucional en la Constitución canadiense.	48
§25.	Ejemplo de dispensa constitucional: <i>R. v. Chief</i> (1989).	49
§26.	La dispensa constitucional como control concreto.	51
	CONCLUSIÓN	51
§27.	Conclusiones en relación al Derecho comparado.	51
	a) qué se debe entender por control concreto en el contexto comparado y b) qué aspectos comparte la INA con qué sistemas de control de qué países. ¡Error! Marcador no definido.	
	CAPÍTULO III: ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD. Práctica y teoría.	56
	INTRODUCCIÓN	56
§28.	Regulación positiva de la INA.	56
§29.	Modelo explicativo de la INA.	57
	LA RELACIÓN ENTRE INCIDENTALIDAD DEL CONTROL Y APLICABILIDAD DE LA NORMA	61
§30.	Reconocimiento de la incidentalidad en la doctrina.	61

§31.	Incidentalidad de la INA respecto al juicio principal.	64
§32.	Rol incidental de la INA en premisa jurídica del juicio principal.	65
§33.	Concepto de “Aplicabilidad”.	66
§34.	Distinción entre aplicabilidad y validez.	66
§35.	Distinción entre aplicabilidad interna y externa.	69
§36.	Aplicabilidad interna en la jurisprudencia del TC.	73
§37.	Aplicabilidad externa de los preceptos derogados.	77
§38.	Aplicabilidad externa y competencia judicial.	87
§39.	Efecto de la inconstitucionalidad en la aplicabilidad de una norma.	91
§40.	Inconstitucionalidad como derogación: el art. 116 del Código Tributario.	92
§41.	Inconstitucionalidad como INA <i>erga omnes</i> : el art. 38 ter de la ley N° 18.933.	98
§42.	Inconstitucionalidad como prohibición general de aplicación.	109
	LA RELACION ENTRE PREJUDICIALIDAD DEL CONTROL Y RELEVANCIA DE LA NORMA	116
§43.	Características de las cuestiones prejudiciales.	116
§44.	La relación prejudicialidad–relevancia en la INA.	120
	§43.1. LA REDUNDANCIA DE NORMAS COMO OBSTÁCULO A LA RELEVANCIA DE LA NORMA.	124
	§43.1.1.El caso de las manzanas “Pink Lady”.	125
	§43.1.2. La fecha cierta del cese de convivencia.	126
	§43.1.3. Otros pronunciamientos	127
	§43.2. LA FALTA DE RELEVANCIA PARA LA PRETENSIÓN DEL REQUIRENTE.	128
§45.	La prejudicialidad constitucional de la INA en determinadas sedes procesales.	130
	§44.1. Casación en el fondo e INA	130
	§44.2. Arbitraje de equidad e INA	139
§46.	Conclusiones.	143
	LA RELACIÓN ENTRE CONCRECIÓN DEL EXAMEN Y DERROTABILIDAD DE LA NORMA	144
§47.	La particularidad del control concreto chileno.	144
§48.	Ejemplos de efectos inconstitucionales de la aplicación de leyes según el TC.	146
	§47.1. LA INAPLICABILIDAD DEL DL 2.695, DE 1979.	149
	§47.2. UN PROFESOR DE EDUCACIÓN FÍSICA CONTRATADO TEMPORALMENTE.	153

§47.3. LA ORDEN DE NO INNOVAR EN EL JUICIO DE ARRENDAMIENTO.	156
§49. Las abstracciones del TC sobre la INA: el hecho “diverso y peculiar”.	158
§50. La relación que hace el TC entre INA y el vicio de inconstitucionalidad.	159
§49.1. EL VICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD ¿DISCONFORMIDAD DE TODA APLICACIÓN O DE TODA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA LEGAL?	160
§49.2. LA AUSENCIA DE RELACIÓN NECESARIA ENTRE INA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA.	170
§51. La derrotabilidad de las normas: una perspectiva.	172
§52. Los orígenes de la derrotabilidad, su diferencia con la “textura abierta” de las normas y el núcleo del concepto de derrotabilidad.	173
§53. El concepto de regla y su función en el razonamiento jurídico.	177
§52.1. UN RAZONAMIENTO MONÓTONO.	178
§52.2. UNA SENTENCIA MONÓTONA.	181
§52.3. LAS REGLAS COMO GENERALIZACIONES ATRINCHERADAS.	182
§52.4. UNA SENTENCIA FUERA DE LA TRINCHERA.	188
§54. La derrotabilidad constitucional de la ley.	190
§55. Tesis e hipótesis de relevancia: la clave de las lagunas axiológicas y la derrotabilidad.	191
§54.1. LA TESIS DE RELEVANCIA DE LA LEY CONTIENE MÁS PROPIEDADES QUE LA HIPÓTESIS DE RELEVANCIA QUE EXIGE LA CONSTITUCIÓN, DIFERENCIANDO CASOS QUE ÉSTA ÚLTIMA ORDENA TRATAR DE MANERA IGUAL:	199
§54.1.1. Riccardo Guastini.	203
§54.1.2. Perluigi Chiassoni.	204
§54.2. LA TESIS DE RELEVANCIA DE LA LEY CONTIENE MENOS PROPIEDADES QUE LA HIPÓTESIS DE RELEVANCIA QUE EXIGE LA CONSTITUCIÓN:	206
§54.2.1) Las lagunas axiológicas como antinomias parcial–parcial y en concreto.	207
§56. La explicación de la concreción del examen a través de la derrotabilidad.	216
§55.1. LOS EJEMPLOS PUESTOS POR EL TC.	216
§55.2. ¿REDUCCIÓN DEL CAMPO DE APLICACIÓN O SÓLO INAPLICACIÓN AL CASO?	220
§55.3. LAS DECLARACIONES ABSTRACTAS DEL TC SOBRE LA INA Y SU CORRESPONDENCIA CON LA DERROTABILIDAD.	222
§55.3.1) Afectación parcial.	223
§55.3.2) Dependencia de un hecho “diverso y peculiar”.	224

§55.3.3) La interpretación de la ley no repara el efecto inconstitucional.	225
§55.3.4) Ausencia de vinculación necesaria entre INA y acción de inconstitucionalidad.	225
CONCLUSIÓN	229
BIBLIOGRAFÍA	234

INTRODUCCIÓN

§1. LA IMPORTANCIA DE LA INAPLICABILIDAD EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL CHILENA.

Durante el año 2012, las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, consagradas en el artículo 93 N° 6° de la CPR, representaron el 83% de las causas ingresadas. No se trata de una situación anómala: el año 2006, en que entró en vigencia la reforma constitucional que estableció la INA como la conocemos hoy en día, los ingresos por esta vía representaban el 87% de las causas iniciadas en dicho año; el 89%, durante el año 2007; 85%, el 2008; 84%, el 2009; el año 2010, un 85%, al igual que el año 2011; el 83%, el año 2012 y el año 2013, un 87%¹. Este fenómeno no era imprevisto, ya que el mismo Ministro Eugenio Valenzuela, durante la tramitación de la que sería la ley N° 20.050, sobre reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la Constitución Política de la República y que fuera publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto de 2005, señaló que el otorgamiento de esta competencia al TC requeriría el aumento del número de integrantes por la carga de trabajo que implicaba².

La existencia de estas cifras no permite, por sí mismas, llevar a la conclusión que la resolución de INA es la potestad más relevante del TC, ya que podemos –quizás– encontrar otras tareas de este tribunal que, desde el punto de vista de sus efectos, pueden producir mayores cambios institucionales. Basta pensar en la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal (Art. 93 N° 6 CPR) o el examen de la constitucionalidad de los decretos supremos (Art. 93 N° 16). Sin embargo, la sola cantidad de pronunciamientos nos permite afirmar que, seguramente, es la competencia en cuyo ejercicio el TC invierte mayores recursos humanos, materiales e intelectuales. El repetido e incesante ejercicio del juzgamiento en sede de inaplicabilidad ha ido dejando como resultado una multitud de pronunciamientos del TC donde se reflexiona especulativamente sobre aquel acto -el control de inaplicabilidad- que está llamado a ejercer en la práctica. Si el Tribunal Constitucional tiene por primera función el ejercicio de la jurisdicción constitucional en el ámbito nacional (lo que es innegable, aunque sea discutible que sea la única jurisdicción en ese orden), la INA es una faceta a observar a la hora de describir cómo nuestro país ejerce el control constitucional.

Otro motivo para relevar el papel de la INA dentro de la justicia constitucional nacional consiste precisamente en su novedad. La reforma constitucional del año 2005, introducida mediante la ley N°

¹ Cifras disponibles en el sitio web oficial del Tribunal Constitucional: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/documentos/memorias-y-cuentas>

² Historia de la Ley N° 20.050. Modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica, Biblioteca del Congreso Nacional (2005), p. 539 (disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/592/1/HL20050.pdf>; última visita: 05-08-13).

20.050, sustrajo de la Corte Suprema el conocimiento de las acciones de inaplicabilidad. Tal como señalaba una de las mociones parlamentarias que dieron origen a la que posteriormente fuera conocida como la Ley N° 20.050, la transferencia de competencias daría vida “a una jurisprudencia constitucional especializada y uniforme”³. Esta jurisprudencia constitucional, a lo menos en cuanto al control de constitucionalidad de las leyes se refiere, estaría compuesta por un control durante la tramitación parlamentaria de la ley, obligatorio o a iniciativa parlamentaria, que el TC ya efectuaba, y un nuevo control de leyes ya promulgadas, mediante la INA y la INC. El control de leyes ya promulgadas a través de la INA, aunque había sido ejercido por la Corte Suprema desde la Constitución de 1925⁴, presentaba una diferencia de redacción normativa que, como observaremos, trajo consecuencias relevantes; mientras que la INC, desconocida hasta ese momento en nuestra justicia constitucional, se vinculó indisolublemente a la INA mediante la exigencia de que sólo pudiera declararse inconstitucional un precepto que previamente había sido estimado inaplicable por el mismo TC (art. 93 N° 7, CPR).

Una tarea importante de la dogmática jurídica es entregar las herramientas necesarias para poder explicar, de la manera más coherente posible, los fenómenos que son objeto de su estudio; en este caso, las sentencias del TC. Esa labor resulta más acuciante cuando, ante una institución como la INA que es relativamente reciente, nos encontramos en un ambiente que político que promueve reformas constitucionales⁵. Cualquier evaluación que se haga de la labor del TC ha de tener en consideración que la INA es una de sus principales tareas y, por ende, ha de revisar cómo la ha ejercido y si la manera en que ha funcionado conlleva una utilidad jurídica, política o social. Incluso, un análisis de la INA puede ayudar a plantear las reformas que sea necesario acometer.

§2. RELEVANCIA DE LA JURISPRUDENCIA DE INA.

Ahora bien, teniendo claro que la INA es importante en el contexto de nuestra justicia constitucional, también consideramos que es relevante lo que los integrantes del TC dicen que hacen cuando se ejerce el control de constitucionalidad mediante la INA. Aunque se puede trazar una línea entre lo que los jueces hacen y lo que dicen hacer⁶, esto no puede ser obstáculo para prestar atención a las reflexiones que los tribunales realizan sobre su propia labor.

³ Proyecto de ley de los Senadores, señores Andrés Chadwick, Sergio Diez Urzúa, Hernán Larraín Fernández y Sergio Romero Pizarro que modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica, Boletín Legislativo N° 2.526-07.

⁴ El artículo 86 de la Constitución de 1925, en su parte relevante, disponía: “Art. 86.- (...) La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere entre otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación.”

⁵ Ver, por todos, ZUÑIGA URBINA (edit.) (2014), que recoge artículos de profesores y documentos programáticos de partidos y de candidaturas proclives al cambio constitucional.

⁶ “Tampoco conviene olvidar que una cosa es lo que los jueces dicen hacer –aplicar el Derecho– y otra bien diferente lo que realmente hacen, es decir, crear nuevo Derecho a partir de enunciados normativos tan genéricos

Consideramos plenamente justificado este interés por las opiniones que los mismos integrantes del TC vierten en sus sentencias respecto a qué es lo que están llamados a hacer y qué se les aparece como vedado. No sólo porque casi la totalidad de los integrantes del TC son y han sido profesores universitarios de diversas áreas del Derecho –público, en particular–, sino, también, porque estas consideraciones constituyen lo que en la argumentación jurídica moderna se denomina el “contexto de justificación” de las decisiones judiciales. La distinción entre “contexto de descubrimiento” y “contexto de justificación” ha sido caracterizada también como la diferencia entre explicar y justificar cómo se llega a una decisión⁷. Así, podemos dar cuenta de los motivos psicológicos, culturales e incluso sociológicos que llevan a una juez a tomar determinada decisión -a veces, incluso los jueces los revelan en sus propias sentencias-, pero diferente es conocer las razones jurídicas que llevan al tribunal a justificar una decisión, que –perfectamente- podría estar tomada antes de iniciar este proceso. De esta manera, mientras que existen diversas disciplinas que se dedican a estudiar lo que mueve a un juez a tomar una decisión, la tarea del Derecho es encontrar y evaluar las razones jurídicas que justifican procedimental, material e institucionalmente que el tribunal falle en tal o cual sentido o criticar las razones que aduce⁸.

§3. PRESUPUESTOS Y PLANTEAMIENTO DE LA TESIS A EXAMINAR.

El objetivo de este trabajo va en el sentido de las líneas enunciadas precedentemente. En efecto, la presente investigación parte, en el Capítulo I, del hecho constatable que el TC, desde la reforma constitucional de 2005, ha afirmado recurrentemente que la INA tiene ciertas características propias, que se justificarían en la redacción del texto constitucional que la consagra (§3 y §4). Nosotros asumimos esa descripción realizada por el TC, a través de sus sentencias, como correcta, y, en consecuencia, también estimamos acertada la interpretación que se hace del artículo 93 N° 6° de la CPR por la que se justifica. Esta descripción que hace el TC va de la mano con la aceptación de una categoría muy especial de leyes: aquellas que son constitucionales si se miran sin relación alguna a un caso en que se pueden aplicar, pero que producirían un efecto inconstitucional al aplicarse a un determinado caso concreto (§5). Ante este tipo de leyes –o, si se prefiere, de vicios de constitucionalidad-, la INA sería el remedio que nuestra Constitución entrega para reestablecer su primacía (§6).

A partir de estos presupuestos, nos embarcamos, en el Capítulo II, en un estudio de derecho comparado sobre el control incidental de constitucionalidad en otras jurisdicciones (§8 a §26) para concluir (§27) que la sola incidentalidad del control -vale decir, el hecho que la jurisdicción constitucional pueda ser “promovida solamente *incidenter*, en el curso y con ocasión de un *case or controversy* es decir de un concreto proceso «común» (civil o penal o de otra naturaleza) y sólo en tanto, en cuanto la ley, de cuya

que permiten cualquier tipo de interpretación.” (ESCUDERO ALDAY, “Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho”, *Anuario de filosofía del derecho*, 22, 2005, p. 409)

⁷ ATIENZA (2013) p. 114

⁸ AGUILÓ REGLA (2004) p. 163

constitucionalidad se discute, sea *relevante* para la decisión de aquel caso concreto”⁹- no es una garantía de que por vía de ese tipo de control se pueda impedir que la aplicación de una norma constitucional en abstracto produzca efectos inconstitucionales en un caso específico en que se aplica. Se necesita, pues, que el control incidental tenga algo más, algo distinto, que vaya más allá, para remediar este tipo de vicio. Por este motivo, la comparación de la INA con otros métodos de control incidental –especialmente en aquellos ordenamientos en que el control de constitucionalidad se concentra en un tribunal especializado- sólo sirve en cuanto tienen en común el examen en el contexto de un juicio en que una ley es aplicable para resolver las pretensiones de las partes y, además, relevante para ello.

Para hacer frente a las leyes válidas (*i.e.*, constitucionales) que producen efectos inconstitucionales en determinados casos necesitamos ir más allá de la comparación con el mero control incidental presente en los sistemas concentrados, este “más allá” se da en una forma particular de sentencias de la justicia constitucional estadounidense (§16 a §22) y canadiense (§23 a §26); en ambos casos, los órganos encargados de ejercer la jurisdicción constitucional declaran que una determinada ley no ha de aplicarse al caso que están resolviendo, pero que, en otras circunstancias, puede aplicarse constitucionalmente. De ahí que el correcto punto de comparación de la INA, no en cuanto control incidental, sino en cuanto control de aplicación en el caso concreto de una ley, en cuanto “control concreto”, sea la justicia constitucional estadounidense y canadiense, más no la europea.

Efectuado el correcto posicionamiento de la INA en las constelaciones del Derecho Comparado, el Capítulo III y final está dedicado a describir la INA y su jurisprudencia a través de un modelo teórico extraído de la Teoría del Derecho que recoja las enseñanzas del Derecho comparado y que separe adecuadamente la incidentalidad del control (§30 a §42) de su concreción en el caso particular que lo suscita (§47 a §56). Asimismo, el modelo propuesto distingue el hecho que el control sea incidental (§30 a §42) de su condición prejudicial (§43 a §46); de igual manera que es posible distinguir que una norma sea aplicable en un litigio concreto, de que la norma sea decisiva para su resolución.

La Conclusión de este trabajo resume la caracterización que se ha dado de la INA y de cómo funciona en cuanto remedio a las normas constitucionales en abstracto, pero que producen efectos inconstitucionales en un caso determinado en que se aplican. A partir de estos resultados realizaremos recomendaciones de *lege ferenda* respecto a aspectos procesales que permitirían a la INA cumplir mejor su papel y una reflexión sobre este último dentro de un Estado constitucional de Derecho.

⁹ CAPPELLETTI (2007) p. 86

CAPITULO I: ANTECEDENTES SOBRE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

§4. CARACTERIZACIÓN DE LA INA POR EL TC.

De un examen rápido de la jurisprudencia del TC en el examen de constitucionalidad que se ejerce por esta vía podemos observar la presencia repetida y constante de una afirmación plasmada en votos de mayoría, prevenciones y disidencias de los integrantes del tribunal:

“... las características y circunstancias del caso concreto de que se trate, han adquirido en la actualidad una relevancia mayor de la que debía atribuírseles antes de la reforma

*constitucional de 2005 pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional.*¹⁰ (énfasis nuestro)

Esta aseveración contiene dos enunciados relacionados, pero separables. Por un lado, entrega una descripción histórica en que se señala que el trabajo realizado por la Corte Suprema, en materia de INA y antes de la reforma constitucional del año 2005, difiere cualitativamente de la labor que ahora realiza el TC, porque antes no “debía” (i.e., la Constitución no le ordenaba) fijarse en las circunstancias del caso concreto en que se había originado la impugnación de inconstitucionalidad¹¹. Por otro lado, se afirma que el enjuiciamiento que ahora realiza el TC en la INA es la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la “aplicación” del precepto legal a la controversia judicial en que se origina la impugnación.

Respecto a la segunda de las afirmaciones reseñadas, algunas de las consecuencias que derivan, según el TC, del hecho que lo examinado sea la aplicación del precepto –y, si se nos permite oponerlo a lo anterior, no el precepto mismo– han sido enunciadas por el mismo tribunal:

- Tal como lo señala el párrafo citado, la sentencia estimatoria de INA “no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional.”
- Luego, “el que en un caso determinado se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá igual declaración.” (STC N° 480, 27.06.06)
- Incluso, puede darse que un precepto legal “–a primera vista– aparezca justo en su tenor literal e inocuo en su aspecto, cuando en la práctica resulta que da pábulo para aplicarse de algún modo inconstitucional.” (STC N° 2292, 24.01.13)
- Y “lo expresado, entonces, deja de manifiesto que las características y circunstancias particulares y precisas del caso concreto de que se trate han adquirido, en el actual texto constitucional, una relevancia sustancialmente mayor de la que debía atribuírseles antes de 2005(…)” (STC N° 1295, 06.10.09)¹²

¹⁰ Sólo por mencionar algunas de las sentencias de fondo en que el pasaje señalado forma parte del argumento de mayoría: STC N°s 1537, 1563, 546, 1348, 741, 1273, 608, 1234, 1068 a 1128, 1361, 1138, 1038, 808, 968, 773, 759, 718 y 741.

¹¹ La práctica de la Corte Suprema era realizar una revisión del precepto legal mediante su confrontación con la Constitución, sin mirar las circunstancias del caso en que estaba siendo aplicado aquel; cfr. SAENGER y BRUNA (2006) p. 150 y sgtes.; NAVARRO BELTRÁN (2011) p. 26.

¹² «(…) las características y circunstancias específicas y particulares del caso concreto adquieren especial relevancia al momento de resolver esta acción (...), habida consideración de que la decisión judicial recae respecto

Dar un marco conceptual a estas declaraciones del TC, de modo que sean consistentes entre sí y se puedan extraer consecuencias para nuestra justicia constitucional, es uno de los objetivos del presente trabajo.

§5. ANTECEDENTES DE LA DISCUSIÓN PARLAMENTARIA DE LA REFORMA DEL 2005.

No se encuentran antecedentes de la específica modificación constitucional, que estableció el actual artículo 93 N° 6º, en la discusión parlamentaria de la ley de reforma constitucional N° 20.050, salvo la intervención del diputado Juan Bustos¹³ que, por esclarecedora, reproducimos:

“En este caso, cualquiera de las partes puede pedir al Tribunal Constitucional que resuelva la inaplicabilidad de un precepto legal, en la medida en que sus efectos sean inconstitucionales.

de la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto legal impugnado pueda tener en cada caso concreto, de modo que no se trata de una declaración abstracta y universal desvinculada de la gestión judicial que la motiva” (v.gr. STC rol N° 616/2006, cons. 51º, de 6 de septiembre de 2007; también STC roles N° 480/2006, de 27 de julio de 2006 y N° 546/2006, de 17 de noviembre de 2006)» ZÚÑIGA (2010a) p. 299.

¹³ Cabe notar que ALDUNATE (2009) p. 6 cita parcialmente el pasaje que transcribimos; omitiendo la parte que resaltamos. Por el contrario, niega completamente la existencia de antecedentes en la discusión legislativa: MARTÍNEZ (2011) p. 378. En todo caso, el tema fue objeto de un extenso voto de prevención del Ministro Fernández Baeza: “Que la reforma constitucional de 2005 modificó la acción de inaplicabilidad, no solo en la competencia para su conocimiento, trasladada desde la Corte Suprema hasta esta Magistratura, sino en el examen de constitucionalidad de los preceptos legales impugnados en el caso concreto, como fluye de la comparación entre los textos de las correspondientes versiones de la Constitución Política. En efecto, el artículo 80 de la anterior Carta establecía: «La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicables para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento». La Constitución actualmente vigente, por su parte, en su artículo 93, inciso primero, N° 6, señala: «Son atribuciones del Tribunal Constitucional: Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.» **Que la historia fidedigna de la reforma constitucional de 2005 no entrega aclaraciones sobre el tránsito que se produjo entre ambas formulaciones sobre la acción de inaplicabilidad y sobre su posible significado.** Como se consigna en las Actas del Congreso Nacional, recién en el Segundo Informe despachado por la Comisión de Constitución Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados se apreció un cambio del texto cercano al que sería el definitivo, aún cuando sin advertirse los argumentos que lo sustentaron. Es interesante sí, que aquel efímero numeral 6º del entonces artículo 82, aporta indicios respecto del contenido que tendría el texto final: «Declarar inaplicable un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, produzca efectos contrarios a la Constitución.» Hasta antes de aquel momento de la tramitación legislativa, como lo señaló el Senador señor Chadwick al dar cuenta ante la sala del Senado durante el primer trámite, la inaplicabilidad no había sufrido modificación alguna: «se trasladó al Tribunal Constitucional en los mismos términos actuales, la revisión de la constitucionalidad de los preceptos legales, cuyo alcance por regla general, si son declarados inconstitucionales o inaplicables, revista sólo efectos particulares» (Senado de la República: Reformas Constitucionales 2005. Historia y tramitación, 2006, p.323). El texto definitivo del numeral 6º del inciso primero del todavía artículo 82 (futuro artículo 93) apareció en el Informe Complementario de la Comisión, ya señalado, de la Cámara de Diputados de fecha 22 de junio de 2005. El único antecedente documental sobre el punto es la intervención del Diputado señor Juan Bustos durante la discusión del mencionado Informe en la Sala de la Corporación, comentando la nueva redacción del numeral 6º: “En este caso, cualquiera de las partes puede pedir al Tribunal Constitucional que resuelva la inaplicabilidad de un precepto legal, en la medida en que sus efectos sean inconstitucionales.” (Senado de la República, ob.cit., p.343)” (STC 480, 27.06.06)

Hasta ahora, el recurso de inaplicabilidad es muy confuso en la Corte Suprema, porque aparece, al mismo tiempo, como entre partes y abstracto. En virtud de esta reforma, se separa claramente el aspecto particular del abstracto.

De acuerdo con el N° 6, el Tribunal Constitucional resuelve la inaplicabilidad de un precepto cuando es inconstitucional en el aspecto particular, y con el N° 7 resuelve dicha inaplicabilidad cuando el precepto legal es abstractamente inconstitucional.”¹⁴ (énfasis añadido)

La confusión a que se refiere el diputado Bustos había sido retratada, entre otros, por ATRIA en un trabajo publicado el año 2001¹⁵. En el opúsculo, ATRIA criticaba que la Corte Suprema exhibiera y exigiera un razonamiento estrictamente abstracto en sede de inaplicabilidad (el “modo canónico”, lo llamaba), si se consideraba que la resolución estimatoria de la cuestión tendría siempre efectos particulares. El autor concluía su trabajo con una frase que pretendía dar cuenta de la correcta forma como debía entenderse el recurso de inaplicabilidad pre-2005, tal como existía en el año 2001, pero que tiene aún mayor vigencia tras la reforma constitucional que radicó su conocimiento en el Tribunal Constitucional: “Lo que se examina a través de un recurso de inaplicabilidad no es la constitucionalidad de la ley; no hay examen de norma a norma. Al contrario, lo que se examina es la constitucionalidad de la aplicación de la ley al caso concreto. En Chile no existe control jurisdiccional represivo de constitucionalidad de las leyes, aunque existe control de constitucionalidad de la aplicación de las leyes.”¹⁶

Ahora bien, el constituyente derivado pudo, en el año 2005, solucionar de diversas maneras la contrariedad que implica un control incidental de constitucionalidad que, provocado con ocasión de un procedimiento judicial concreto, se efectuaba -por costumbre jurisprudencial- mediante razonamientos abstractos, pero para tener efecto sólo *inter partes*. De hecho, podía tanto derechamente eliminar la cuestión incidental de inconstitucionalidad, como otorgarle efecto *erga omnes* a la sentencia que la resolviera, siguiendo los ejemplos de España (§13) o Italia (§14), como veremos. Sin embargo, la innovación consistió -además del cambio de tribunal competente- en modificar aquello que se había asentado jurisprudencialmente: el objeto del control. Lo juzgado ya no sería la legitimidad constitucional de un precepto abstraído de cualquier litigio en que se ventile como parte de la *quaestio iuris*, sino que se trataría del acto consistente en su aplicación, que resultaría inconstitucional (93 N° 6º, CPR).

¹⁴ Historia de la Ley N° 20.050. Modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica, Biblioteca del Congreso Nacional (2005), p. 2475 (disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/592/1/HL20050.pdf>; última visita: 05-08-13).

¹⁵ ATRIA (2001a)

¹⁶ *Ibid.*, p. 151.

§6. LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD COMO VICIO.

De la forma que el TC describe esta especial forma de producirse la inconstitucionalidad, por la aplicación de un precepto legal que –incluso– puede ser constitucional considerado en sí, llegamos a un vicio de inconstitucionalidad propio de la INA. En efecto, nos encontramos ante el diagnóstico de una nueva enfermedad. Debemos a las palabras del profesor ZAPATA la provechosa metáfora del vicio de inconstitucionalidad como una enfermedad celular que convive con los componentes saludables del Derecho: “las normas afectadas por vicios de inconstitucionalidad y los preceptos ajustados a Derecho conviven, unos junto a otros, a veces en íntima conexión, en una misma ley o proyecto. Esta coexistencia plantea desafíos complejos al sujeto o entidad llamados a librar al organismo del agente patológico. Así como muchas veces es difícil identificar la disposición enferma, otras veces el problema se producirá a la hora de escoger el tratamiento”¹⁷. Lo cierto, es que la inconstitucionalidad es una enfermedad que afecta al ordenamiento jurídico, pero lo hace en diversos aspectos: en algunos casos, se contrae al momento de la creación de la norma (a lo menos, cuando el vicio es formal); en otros casos, la norma nace sana, pero circunstancias posteriores la enferman de manera crónica (normas preconstitucionales contrarias a la Carta Fundamental o la llamada “inconstitucionalidad sobrevenida”); y, en algunos casos, la patología llamada inconstitucionalidad se manifiesta sólo en la aplicación del precepto a determinadas circunstancias.

Leídos los pasajes citados de las sentencias del TC (§4) como la descripción que el médico hace de una afección, pareciera que el tribunal ha encontrado una cepa exótica de un virus que afecta a células del organismo jurídico –el “precepto legal” a que se refiere el art. 93 N° 6º CPR–, pero que los síntomas que permiten detectar su presencia son esquivos e irregulares: sólo se manifiestan cuando la norma entra en contacto con una situación concreta.

§7. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL COMO TRATAMIENTO DEL VICIO.

Ahora bien, la jurisdicción constitucional es una ciencia práctica, como la medicina, que tiene por función dar el mejor tratamiento para la cura de la enfermedad y el sistema de control de constitucionalidad de un determinado ordenamiento es la infraestructura hospitalaria y el aparataje quirúrgico con que un país (o un Estado federado o una comunidad de países) cuenta para hacer frente al virus. Por estos motivos, resulta acertada la conclusión del profesor ZAPATA: “El éxito de un sistema de control de constitucionalidad descansa en dos presupuestos: a) que exista la capacidad de identificar oportunamente los vicios de inconstitucionalidad y b) que existan mecanismos eficaces para neutralizar las disposiciones viciadas.”¹⁸

¹⁷ ZAPATA (2008) p. 293.

¹⁸ ZAPATA (2008) p. 294.

El primer presupuesto consiste en que el médico constitucional cuente con los instrumentos de diagnóstico adecuados: tensiómetro, estetoscopio, termómetro, etc.; el segundo, con los medicamentos y el aparataje quirúrgico necesarios. Para identificar oportunamente los vicios de inconstitucionalidad, es necesario revisar los aspectos procesales de la INA: si tiene una etapa probatoria adecuada, si la legitimación activa comprende a todos los interesados, si los controles de admisibilidad permiten depurar los verdaderos conflictos de constitucionalidad, etc. Por otra parte, para contar con mecanismos eficaces que neutralicen la inconstitucionalidad donde ella se presente, se requiere, entre otras cosas, que las sentencias de la jurisdicción constitucional produzcan los efectos adecuados en el sistema jurídico y que los razonamientos del tribunal aclaren cuál es el vicio y cómo se repara a través de la sentencia.

Para analizar la eficacia de la INA como control de constitucionalidad, consideramos necesario realizar un trabajo de depuración de algunos de los conceptos como “control concreto”, “aplicabilidad de una ley”, “carácter decisivo de un precepto” y “efectos inconstitucionales de la aplicación de una norma legal válida”.

A partir de esta terapia lingüística proveniente del Derecho comparado (Capítulo II) y de la Teoría del Derecho (Capítulo III), pretendemos concluir que el correcto análisis que debe realizar el TC al abordar una INA debe, en primer lugar, distinguir entre la atingencia de un precepto legal en un juicio principal, su relevancia para la decisión del mismo y, finalmente, su “derrotabilidad” en el caso concreto de cara a la Constitución. La atingencia del precepto legal es mejor entendida a partir de los conceptos doctrinales de “aplicabilidad interna” y de “aplicabilidad externa” de un precepto jurídico; por su parte, el carácter decisivo del mismo se entiende en relación con el “juicio de relevancia” que se utiliza en el derecho comparado; mientras que la concreción misma del control guarda estrecho vínculo con lo que la doctrina denomina “lagunas axiológicas” y, el efecto del control concreto, con el fenómeno de la “derrotabilidad”.

El camino para llegar a la conclusión nos llevará, en primer lugar (Capítulo II), a dar una vuelta por la justicia constitucional comparada, ya que, a través de la observación de cómo operan –y qué se dice por la doctrina de– algunas de las formas de control de constitucionalidad de países como España, Italia, Francia, Estados Unidos y Canadá, podremos obtener una perspectiva más clara de: **a)** qué se debe entender por control concreto en el contexto comparado y **b)** qué aspectos comparte la INA con qué sistemas de control de qué países.

En segundo lugar (Capítulo III), combinando la práctica jurisprudencial del TC con la teoría del derecho y las conclusiones que extrajimos del Derecho comparado, nos adentraremos derechamente en la INA y su jurisprudencia mediante un análisis de tres pasos acorde con la distinción realizada entre atingencia o aplicabilidad del precepto, relevancia del mismo en gestión principal y, eventual, derrotabilidad debida a los efectos inconstitucionales que produce en el caso concreto.

CAPÍTULO II: DERECHO COMPARADO

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y SUS CLASIFICACIONES: un análisis de Derecho comparado

§8. CONCEPTO DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.

Para poder identificar correctamente esta enfermedad que diagnostica y combate el TC, proponemos realizar una revisión que, sin ánimos de exhaustividad, nos permita dar cuenta de cómo otros sistemas de justicia constitucional enfrentan este extraño vicio de inconstitucionalidad que permanece oculto en la norma y sólo se manifiesta frente a determinados acontecimientos o lo que ellos mismos llaman “control concreto”. De esta manera, también podremos observar cuál es el instrumental utilizado por las judicaturas de estos países para hacer frente al virus.

Para poder explicar debidamente cómo la INA es una variante bastante particular dentro de la justicia constitucional, resulta metodológicamente provechoso explicitar la idea de “jurisdicción constitucional” que estamos utilizando y enmarcar en ella las diferentes clasificaciones que se efectúan del control de constitucionalidad.

Al hablar de justicia constitucional CAPPELLETTI señala que el control sobre la legitimidad constitucional de los partidos políticos, el juzgamiento de las acusaciones constitucionales contra el Presidente, los conflictos de atribuciones entre Poderes del Estado o entre el Estado federal y los gobiernos regionales, además de otras funciones que habitualmente se le atribuyen a los tribunales constitucionales, pueden reducirse a un denominador común en su aspecto funcional, que es “la función de tutela y la actuación judicial de los preceptos de la suprema ley constitucional”¹⁹, pero que el control judicial sobre la legitimidad constitucional de las leyes es el núcleo de la justicia constitucional²⁰. Asimismo, PEGORARO aclara que, con la expresión “justicia constitucional”, “se alude, comúnmente, al cotejo, por parte de un órgano jurisdiccional (que actúa pues en posición de independencia) entre constitución (formalizada y rígida) y normas a ella subordinadas; una verificación reforzada por el poder de expulsar las normas contrarias al ordenamiento jurídico.”²¹

Esta noción de la “justicia constitucional” se encuentra históricamente cargada del presupuesto que, en la esencia, se trata de un cotejo entre una norma (constitucional) y otra norma (legal), de modo que la idea de incluir hechos en el núcleo del análisis parece disruptiva. En efecto, ya en la discusión entre Carl SCHMITT y Hans KELSEN sobre el guardián de la Constitución, “que se encuentra en el origen de la

¹⁹ CAPPELLETTI (2007) p. 23.

²⁰ Cfr. *Ibid.*

²¹ PEGORARO (2004) p. 16.

difusión de la justicia constitucional en Europa”²², gran parte del nudo argumentativo consistía en que un Tribunal Constitucional no ejercía la función típicamente jurisdiccional, que es la subsunción de los hechos del caso –la realidad fáctica- en una norma preexistente –la realidad jurídica- que legitima al juez para dar una orden o declarar la existencia de una situación concreta.

Para Schmitt, existe una diferencia sustancial entre la actividad legislativa y la jurisdiccional que impide sostener la existencia –tal como lo hace Kelsen- de un continuo de decisiones cada vez más particulares a lo largo de la pirámide normativa desde la regla de reconocimiento a la sentencia judicial:

“Lo que el juez hace sobre la base de una ley está regulado por una ley en cuanto a su contenido, y por esta razón es algo esencialmente distinto de la legislación «sobre la base de la ley (contenida en la Constitución)» (...) Cuando un juez condena a presidio al acusado sobre la base un precepto penal, la sentencia condenatoria deriva, en cuanto a su contenido, de la ley, con ayuda de una subsunción concreta del caso en cuestión bajo una norma que permite la subsunción citada, y que determina de antemano el contenido de la sentencia dentro de un determinado marco (pena de prisión). Cuando el Canciller del Reich «sobre la base» del artículo 56 RV gestiona una alianza con Rusia, o el Presidente del Reich «sobre la base» del artículo 48 ordena un «socorro a las regiones agrícolas necesitadas, en la Prusia Oriental», la alianza con Rusia o el precitado socorro no se deriva, en cuanto a su contenido, mediante subsunción efectiva, de las disposiciones legales formuladas en los artículos 56 ó 48 de la Constitución, respectivamente, como sucede en el caso de la pena de prisión con respecto al precepto del Código penal. Es un abuso dejar que se borre la diferencia entre indicación de competencia y regulación concreta, encubriendo los diversos preceptos, mandatos, regulaciones, autorizaciones y resoluciones bajo la palabra «norma», cuando se trata de Justicia, y sin distinguir siquiera entre «normas» judiciales y no judiciales. (...) Sólo así se explica también que haya quien piense que la justicia constitucional consiste en una justicia de normas sobre normas, que la legalidad (constitucional) de las leyes «no es en el orden teórico-jurídico y técnico-jurídico, cosa distinta de la legalidad de la jurisprudencia y de la administración» (Bericht, pág. 53), y que una ley como tal puede ser objeto de un proceso, en lugar de servir de base al fallo procesal.”²³

Para Kelsen es igual de claro que el objeto de control es la norma legal²⁴ y el criterio que utiliza la jurisdicción constitucional para evaluar su legitimidad es igualmente una norma: la Constitución²⁵.

A partir de los términos en que se plantea esta discusión clásica “numerosos autores –explica PARDINI- ponían la diferencia esencial que, según ellos, caracteriza las jurisdicciones llamadas ordinarias en

²² ZAGREBELSKY y MARCENÒ (2012) p. 52.

²³ SCHMITT (1983) p. 80

²⁴ KELSEN (2008) p. 26 y sgtes.

²⁵ *Ibid.*, p. 32 y sgtes.

relación a la jurisdicción constitucional: las primeras tienen por deber aplicar la norma idónea a ciertas situaciones de hecho ya acontecidas, mientras que la segunda debería, permanentemente, y en todo estado de las causas, de poner en comparación dos disposiciones normativas que, en el seno del juzgamiento de constitucionalidad de las leyes, constituyen las premisas menor y mayor de un razonamiento de tipo silogístico.”²⁶

A efectos prácticos, la dificultad de SCHMITT para considerar el control de la legitimidad constitucional de las leyes como una tarea jurisdiccional consiste en que concibe a esta última como subsunción de hechos concretos en una descripción genérica contenida en una norma desde donde se extrae una consecuencia jurídica para el litigio que se conoce²⁷. Por el contrario Kelsen concibe el ordenamiento como una serie sucesiva de actos de aplicación y creación del derecho por los diversos órganos (legislativos, judiciales, administrativos): aplicación del derecho existente mediante el cual se especifica su contenido y creación, ya que el derecho existente deja espacios de apreciación a cada órgano para determinar precisamente ese contenido. Un Tribunal Constitucional se encontraría, en consecuencia, a cargo –en su actividad principal– de revisar la regularidad del acto de creación/aplicación del legislador.

En este acto de juzgamiento de la regularidad del acto de creación/aplicación del legislador el resultado puede ir más allá del binomio entre validez e invalidez del acto. En efecto, si la tarea de la jurisdicción constitucional es “dar efectiva concreción al principio de supremacía de la Constitución”²⁸, entonces esta supremacía no se puede limitar a controlar la regularidad constitucional de sólo algunos actos jurídicos y no otros, ya que todos han de estar sujetos a la Carta Fundamental. No pareciera razonable que sólo la creación de normas legislativas debiera estar sujeta a control de constitucionalidad, más no su interpretación²⁹, ni su aplicación. Por tal motivo, como señala GASCÓN, no basta con “controlar sólo la constitucionalidad del texto legal”, ya que ello “no garantiza aún la Constitución (o los derechos). Cuando el poder judicial sólo queda sometido al principio de legalidad, incluso aunque podamos suponer que la ley es constitucional, caben aún interpretaciones y aplicaciones inconstitucionales de la misma.”³⁰ Por tanto, cuando nos referimos a la “justicia constitucional”, entendemos una forma de reparar o prevenir los siguientes vicios de constitucionalidad, perfectamente distinguibles: “cuando la ley que se aplica en el caso concreto necesita ser interpretada conforme con la Constitución; cuando el

²⁶ PARDINI (2001) p. 24, con múltiples citas.

²⁷ Cfr. ZAGREBELSKY y MARCENÒ (2012) p. 53.

²⁸ PEÑA TORRES (2012) p. 17.

²⁹ Conviene desde ya aclarar que con la palabra interpretación se hace referencia a dos actividades que es necesario distinguir: “La palabra «interpretación» se refiere a veces a la atribución de significado a un texto jurídico, otras veces a la calificación jurídica de una especie de caso (que da fundamento a la solución de un diferendo particular); incluso, si la segunda situación presupone lógicamente la primera, se trata de dos actividades intelectuales muy diferentes.” GUASTINI (2010) p. 21. Nosotros reservamos la palabra “interpretación” para la primera de las acepciones, mientras que a la segunda la llamaremos “subsunción”.

³⁰ GASCÓN (2013) p. 20.

caso se ha decidido con base en una ley inconstitucional; (y) cuando la aplicación en un caso concreto de una ley que en abstracto es constitucional implica la vulneración de un derecho fundamental...”³¹ A fin de cuentas, la creación, aplicación e interpretación de las leyes son formas en que el poder se ejerce y la justicia constitucional es una forma de control del poder³².

§9. CLASIFICACIONES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.

Siguiendo las distinciones realizadas por CELOTTO³³ –y acogidas, entre otros, por SCARCIGLIA³⁴– podemos encontrar los siguientes variables dentro de la justicia constitucional:

- Según el órgano que la ejerce: difusa o concentrada. En el sistema difuso de justicia constitucional, cualquier órgano que ejerza jurisdicción puede apreciar la inconstitucionalidad de una ley para el caso que está conociendo por la vía de prescindir de su aplicación; mientras que en el sistema concentrado, la Constitución le ha entregado la tarea de enjuiciar la constitucionalidad de la ley a un órgano que puede estar dentro o fuera del Poder Judicial.
- Según el momento cronológico del control: *a priori* o preventivo y *a posteriori* o represivo. El examen *a priori* se realiza antes que la ley entre en vigencia o, si se prefiere, que se dicte el acto por el que se estatuye como ley. Por el contrario, el examen *a posteriori* va dirigido a la revisión de una ley ya vigente. Evitaremos la referencia a un control “preventivo” y mantendremos sólo la etiqueta de control “*a priori*”, porque aquella oscurece el real efecto preventivo que puede tener el control “*a posteriori*” cuando se ejerce respecto de una norma que aún no se ha aplicado en el juicio.
- De acuerdo a la modalidad de acceso al tribunal: por vía directa o indirecta. La vía directa de impugnación de constitucionalidad se refiere a un procedimiento judicial, desvinculado en cualquier sentido jurídico de controversias judiciales pendientes, ante un determinado tribunal con competencias para ello, en que un órgano público u particulares pueden exigir una declaración de inconstitucionalidad *erga omnes*. Por el contrario, la vía indirecta, por vía de excepción³⁵ o incidental³⁶, supone necesariamente la existencia de una controversia en sede

³¹ BERNAL (2006) p. 64.

³² Cfr. RUBIO (2012) p. 1374.

³³ CELOTTO (2004).

³⁴ SCARCIGLIA (2011).

³⁵ Se usa la palabra “excepción” en el sentido de las defensas del demandado (excepciones dilatorias y perentorias, por ejemplo), pero lo cierto es que la impugnación de constitucionalidad también puede venir del demandante. En palabras de TUSSEAU “El juez es encargado de tratar la cuestión de constitucionalidad *por vía de excepción*; es decir, a éste no se le interroga directamente y exclusivamente acerca del problema de constitucionalidad de una norma, si no (*sic*) que, por el contrario, su intervención es requerida con ocasión de un litigio en el que una de las partes pone en duda la constitucionalidad de una determinada norma. La cuestión de constitucionalidad resulta ser por tanto accesoria y, en cualquier caso, anterior a la resolución del litigio.”TUSSEAU (2011) p. 18

judicial donde se discuten intereses y derechos de las partes, y, en este contexto, alguna de ellas o el juez duda o –derechamente– tacha una ley aplicable al caso como contraria a la Constitución. Valga advertir que el control incidental, como veremos, puede ser a través de un incidente devolutivo o no; en el primer caso, lo resuelve otro tribunal especializado en la materia del incidente, en el segundo, por el mismo tribunal que conoce de la causa principal.

- Por último, se distingue, considerando el tipo de control que se ejerce, entre control abstracto y concreto, “según si el mismo prescinde –en palabras de SCARCIGLIA– de un procedimiento ante un juez y cumpla una función de garantía de la constitución de carácter neutral, o bien tenga origen en un procedimiento judicial en el que el juez debe aplicar una norma jurídica vigente a un caso concreto”³⁷.

La correcta distinción entre un tipo de control abstracto y otro concreto es particularmente importante para el objeto de nuestro estudio, porque, como lo ha señalado el mismo TC en sentencias que hemos citado, lo que se enjuicia es “la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada **caso concreto**” y, a diferencia de la INA que conocía la Corte Suprema, las “*características y circunstancias particulares y precisas del caso concreto han adquirido (...) una relevancia sustancialmente mayor*”. El TC ha sido constante en contraponer el carácter concreto de la actual INA a la abstracción que mostraba la Corte Suprema al ejercer la jurisdicción constitucional mediante dicha acción y la que el mismo TC tiene cuando ejerce el control represivo de constitucionalidad (art. 96 N° 7 CPR).

Sin embargo, pese a que existe cierta claridad en orden a que el control abstracto implica una confrontación entre una ley y la Constitución, del control concreto sólo puede afirmarse con certeza que en él son relevantes circunstancias de hecho, pero “el término «de hecho» no remite a un elemento determinado, de manera que ciertos autores lo utilizan indistintamente para designar el litigio con ocasión del cual se ha iniciado el control de constitucionalidad, las circunstancias tenidas en cuenta para adoptar la ley objeto del control, o incluso los efectos esperados de la decisión de inconstitucionalidad, mientras que otros la emplean para hacer referencia a los efectos inconstitucionales nacidos de la aplicación de la ley.”³⁸ Un ejemplo de la confusión se puede encontrar –incluso– en un autor como CAPPELLETTI, que identifica el control incidental con el control concreto: “en el sistema europeo, las impugnaciones constitucionales puede ser resueltas directamente (*abstrakte Normenkontrolle*) o incidentalmente (*konkrete Normenkontrolle*)”³⁹. Parece, en todo caso, decisivo distinguir entre lo que es un control incidental de constitucionalidad y lo que es un control concreto, ya que, como veremos, se llama de esta última manera, en el modelo europeo de control de

³⁶ “Incidental” porque la impugnación es una cuestión accesoria, aunque determinante, para la resolución de una controversia discutida en un juicio que es lo principal.

³⁷ SCARCIGLIA (2011) p. 203.

³⁸ HAULBERT (2013) p. 7 (con citas).

³⁹ CAPPELLETTI y ADAMS (1966) p. 1221.

constitucionalidad, a formas de ejercicio de la jurisdicción constitucional que enfrentan sólo la disposición legal con la Carta Fundamental, sin ningún vínculo a circunstancias concretas que no sea el haberse originado la impugnación (por el juez ordinario o las partes) en un juicio existente; mientras que se caracteriza la *judicial review* norteamericana como una forma de jurisdicción constitucional de control concreto⁴⁰ cuando, en ocasiones, la Corte Suprema norteamericana dicta sentencias en que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal con un grado de abstracción que llega a señalar que la disposición es en sí misma inconstitucional y no existe ninguna aplicación –no sólo la que se utiliza en la controversia que conoce– que sea conforme con la Carta Fundamental (*United States v. Salerno, 1987*)⁴¹.

Para poder definir de mejor manera lo que debemos entender por “control concreto”, resulta necesario resaltar sus diferencias con el “control incidental” de constitucionalidad, como veremos a continuación con algunos ejemplos del derecho constitucional comparado, fijándonos específicamente en los medios de control incidental contemplados en esos ordenamientos y en qué sentido el enjuiciamiento del juez constitucional es concreto.

EUROPA

§10. ORIGEN TEÓRICO DEL MODELO EUROPEO Y CRÍTICA.

Cuando se utiliza la palabra “modelo” para referirse a un tipo de justicia constitucional que se ejerce en diferentes países y, por ende, se encuentra configurado en distintas Constituciones, lo que se pretende es agrupar estas jurisdicciones bajo una categoría típica cuyos rasgos peculiares son compartidos por todas aquellas jurisdicciones que la componen⁴². La referencia a un “modelo” europeo, por oposición al “modelo” americano, se encuentra teñida por un rasgo característico: la instauración de un tribunal especial, distinto a la jurisdicción común, que enjuicia la constitucionalidad de las leyes⁴³. En consecuencia, el modelo europeo tendría como primera nota definitoria el carácter concentrado, por oposición al modelo americano, que aplica un control difuso⁴⁴.

⁴⁰ Cfr. MENDONCA y GUIBOURG (2004) p. 156 y PEGORARO (2004) p. 161.

⁴¹ Esta característica de la jurisprudencia norteamericana ya había sido relevada por MARSHALL BARBERÁN (2005) p. 809 y estudiada extensamente por VÍRGALA FORURIA (2001).

⁴² Cfr. SCARCIGLIA (2011) p. 195.

⁴³ Cfr. SERRA CRISTÓBAL (1999) p. 35; FERRERES (2011) p. 26; y FERNÁNDEZ SEGADO (2004) p. 25.

⁴⁴ Cfr. RUBIO (2012) p. 1425.

En la concepción de Kelsen, el valor de la Constitución se comprende a partir del ideal de regularidad de la producción jurídica: “La idea de regularidad se aplica a cada grado en la medida en que cada grado es aplicación o reproducción del Derecho. La regularidad no es, entonces, sino la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del ordenamiento jurídico.”⁴⁵ De esta manera, la ley es aplicación de la Constitución, desde el momento que ésta regula el procedimiento formal para producirla y, hasta cierto punto, los contenidos que no debe reproducir. Para garantizar la regularidad del grado inmediatamente inferior del ordenamiento jurídico se le otorga a la Constitución una garantía jurisdiccional: la justicia constitucional. Por ende, la justicia constitucional es, primeramente, un medio técnico que se encarga de hacer efectiva la correspondencia de la ley, el primer grado de producción normativa, con la Constitución y, por este motivo, se suele insistir en que el elemento esencial de la jurisdicción constitucional lo configura el control de constitucionalidad de las leyes. En el modelo piramidal kelseniano, la confrontación Constitución/ley se produce desde el momento que el Poder Legislativo emite la norma, por lo tanto, no hay necesidad de esperar hasta la fase siguiente, que es la del juez o del administrador que aplica la ley a un supuesto concreto, para resolver sobre la antinomia: un órgano especial –el Tribunal Constitucional– puede solucionar la dificultad incluso antes que ocurra cualquiera aplicación a un caso concreto de la ley inconstitucional.

El modelo kelseniano original cuenta con respuestas suficientes para las leyes inconstitucionales, pero permanece silente respecto a las aplicaciones inconstitucionales de la ley constitucional. Desde el punto de vista de la supremacía de la Carta Fundamental, asegurada mediante la justicia constitucional, el modelo kelseniano de grados de aplicación/creación jurídica⁴⁶ dentro de la pirámide normativa establece un control en la fase de creación normativa inmediatamente siguiente a la Constitución: la ley. Este control es ejercido por un tribunal de normas, una jurisdicción de antinomias, que es ajeno a toda circunstancia de aplicación de las mismas. De tal modo, el control de la ley no se le entrega al juez ordinario, porque no se concibe darle poder por sobre el Legislador, ni las partes de un juicio pueden invocar directamente la Constitución, porque ésta sólo limita a la ley: “los derechos de los ciudadanos nacen sólo de la ley y sólo a la ley está sujeto el juez.”⁴⁷ Depurada la obra del Legislador de la impureza de la inconstitucionalidad por un Tribunal Constitucional, el juez (o la Administración, que –en el modelo de Kelsen– se encuentra al mismo nivel) resuelve los casos particulares en base a un sistema normativo ya saneado, de modo que –aun cuando la función jurisdiccional no es sólo aplicación de la ley, sino que también creación de norma para el caso concreto– no existen (no deberían existir) normas legales que lleven a un resultado inconstitucional por otorgarle demasiado permiso a un juez o por obligarle a dicho resultado.

⁴⁵ Kelsen (2008) p. 26.

⁴⁶ De acuerdo al autor austríaco, los grados de producción de la normativa son: “Constitución, ley, reglamento, acto administrativo y sentencia, acto de ejecución, son simplemente los estadios típicos de la formación de la voluntad colectiva en el Estado moderno.” (*Ibid.*, p. 7)

⁴⁷ Rubio (2012) p. 1262.

RUBIO LLORENTE asume –correctamente, a nuestro entender– una posición crítica del control de constitucionalidad descrito en el párrafo precedente y señala en un pasaje que nos permitimos citar con algo de extensión por su exactitud:

“Su justificación posible, 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, garantizado 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 suficientes 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.”⁴⁸

Con mayor énfasis, GONZÁLEZ RIVAS señala una de las consecuencias principales de este déficit: “los modelos inspirados en el sistema Kelseniano (*sic*) no tenían en cuenta al ciudadano ni en cuanto partícipe de un interés público en la anulación de la ley inconstitucional ni en cuanto afectado por su aplicación.”⁴⁹

§11. INTRODUCCIÓN DEL CONTROL INCIDENTAL EN EL MODELO EUROPEO.

Volviendo a la perspectiva histórica, cabe precisar que la pureza del modelo kelseniano no se mantuvo inalterable mucho tiempo. Aunque el diseño inicial de la Constitución austriaca de 1920 no contemplaba el control incidental de constitucionalidad, esto es, la posibilidad que un juez elevara al Tribunal Constitucional siquiera la duda de constitucionalidad respecto a una ley aplicable al caso que debía resolver⁵⁰, la reforma constitucional de 1929, basándose –según KELSEN– en la experiencia estadounidense de la *judicial review*⁵¹, incluyó el control incidental mediante la posibilidad que la *Oberster Gerichtshof* (Corte Suprema) y la *Verwaltungsgerichtshof* (Corte Administrativa) pudieran, en forma discrecional y sólo de oficio, suspender cualquier causa judicial que estuvieran conociendo y elevar la duda de constitucionalidad a la Corte Constitucional.

Algunos autores prefieren calificar a esta nueva variante de la justicia constitucional como una hibridación nacida del control incidental norteamericano con el control concentrado europeo, ya que “se encuentran rasgos típicamente estadounidenses (un cierto grado de «difusión» de la justicia constitucional asegurada por la incidentalidad del acceso), junto a elementos característicos de la

⁴⁸ *Ibid.*, p. 1374.

⁴⁹ GONZÁLEZ RIVAS (2010), Introducción, 3.5.2.

⁵⁰ Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO (2004) p. 29.

⁵¹ KELSEN (1942) p. 194.

construcción kelseniana (concentración de las decisiones en un órgano jurisdiccional, eficacia *erga omnes* de las sentencias).⁵²

El acceso al Tribunal Constitucional mediante el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad efectuado por un tribunal perteneciente a la jurisdicción ordinaria se ha expandido a lo largo de Europa, contemplándose –entre otros países– en Alemania⁵³, Austria⁵⁴, Bélgica⁵⁵, España⁵⁶, Luxemburgo⁵⁷, Italia⁵⁸ Portugal⁵⁹ y, recientemente, Francia⁶⁰.

FERNÁNDEZ SEGADO señala con claridad que el control incidental proviene de la *judicial review*:

*“La opción de los contribuyentes de los primeros códigos constitucionales subsiguientes a la Segunda Guerra Mundial en favor de un modelo de Constitución que sigue de cerca los pasos de la Constitución norteamericana, con las consecuencias que de ello se derivaron en relación con el control de constitucionalidad, a las que ya nos referimos, propiciará una hibridación del modelo kelseniano, que en lo sustancial seguirá prestando su estructura centralizada, con el control difuso, hibridación que encuentra su más significativa manifestación en la introducción del instituto procesal de las llamadas en Italia *questioni di legittimità costituzionale*...”⁶¹*

Por su parte, MENDONCA y GUIBOURG siguen la misma idea:

“Un sistema mixto de control, por cierto, ha sido adoptado en países como Italia, Alemania y Austria. Este sistema recibe el carácter concreto y difuso del sistema americano y lo combina con la eficacia constitutiva de las decisiones de estimación mediante la concentración, en un tribunal específico, del cometido de decidir sobre cuestiones de constitucionalidad; tal combinación se lleva a cabo mediante la suspensión del juicio en curso ante el juez ordinario y la remisión de la cuestión de constitucionalidad al Tribunal Constitucional.”⁶²

⁵² PEGORARO (2004) p. 42.

⁵³ COURS DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (2009) p. 31.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 54.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 68; SERRA CRISTÓBAL (1999) p. 59.

⁵⁶ COURS DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (2009) p. 195.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 447.

⁵⁸ PRESNO LINERA y CAMPIONE (2010) p. 59.

⁵⁹ COURS DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (2009) p. 547.

⁶⁰ Vid. la página oficial del Consejo Constitucional francés: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/decouvrir-la-qpc/decouvrir-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-qpc.47106.html>

⁶¹ FERNÁNDEZ SEGADO (2004) p. 91.

⁶² Cfr. MENDONCA y GUIBOURG (2004) p. 157.

Pese a las autorizadas opiniones que hemos citado, consideramos que es necesario acotar que el modelo americano se refleja en las “cuestiones de constitucionalidad” del modelo europeo única y exclusivamente en un aspecto muy específico: el carácter incidental del control. Efectivamente, el modelo austriaco original no contemplaba la colaboración de la jurisdicción ordinaria en el ejercicio del control de las leyes, de modo que la participación de los tribunales comunes en el trabajo realizado por el Tribunal Constitucional, mediante el planteamiento de la duda o cuestión de constitucionalidad modifica un elemento sustancial del sistema⁶³. Esta colaboración no se concibe como la absolución de una inquietud teórica del juez ordinario. Por el contrario, la contribución de la jurisdicción ordinaria consiste en identificar, al momento de resolver controversias concretas, inconstitucionalidades que pueden tener su causa en las normas legales. Esta contribución es también un deber: la cuestión de constitucionalidad es el mecanismo que se otorga al juez ordinario para solucionar aquellos casos en que le resulta imposible cumplir simultáneamente sus dos obligaciones fundamentales: aplicar la ley y respetar la Constitución⁶⁴. En el escenario descrito precedentemente, sólo el Tribunal Constitucional, resolviendo estimatoriamente la cuestión de constitucionalidad, puede liberar al juez ordinario de esta contradicción existencial y allanarle el camino para que cumpla con su deber principal: ser fiel a la Carta Fundamental cuando ejerce la función institucional de resolver controversias concretas.

§12. DISTINCIÓN ENTRE LO INCIDENTAL Y LO CONCRETO DEL CONTROL AMERICANO Y EUROPEO.

Sin perjuicio de lo dicho precedentemente, si se desea etiquetar como un “híbrido” entre el modelo kelseniano y la *judicial review* el control ejercido mediante la cuestión de constitucionalidad, es necesario distinguir muy bien entre la incidentalidad y la concreción del control.

Como ya señalamos, la característica principal del modelo europeo es la existencia de un Tribunal Constitucional que concentra el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Pues bien, la forma de acceso a este tribunal especializado permite distinguir entre el carácter principal o incidental del ejercicio de la jurisdicción:

“Contrariamente al sistema difuso de control de la constitucionalidad, el cual siempre tiene un carácter incidental, el sistema concentrado puede tener bien sea un carácter principal, o un carácter incidental, en la medida en que las cuestiones constitucionales relativas a las leyes lleguen a la Corte Suprema o a la Corte Constitucional en virtud de una acción directa intentada ante la misma o cuando un tribunal inferior donde se planteó, a instancia de parte o ex officio, la cuestión constitucional, recurre a la Corte. (...) En este (último) caso, el juez debe remitir su decisión a la Corte Suprema o a la Corte Constitucional para luego poder

⁶³ *Ibid.*, p. 156.

⁶⁴ “La cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la Ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución.” (Sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional español, N° 17/1981, de 1° de junio de 1981)

*adoptar la resolución final del caso, de acuerdo con la decisión tomada por la Corte. En ambos casos, el control de la constitucionalidad de las leyes es de tipo concentrado, porque un solo órgano está autorizado para juzgar la constitucionalidad de la ley.”*⁶⁵

Sin embargo, pese a que la cuestión de constitucionalidad implica una relación entre la jurisdicción ordinaria y los tribunales constitucionales, porque estos últimos resuelven un incidente del juicio “ordinario” y que se relaciona con la formación de la premisa jurídica que será parte del silogismo judicial del juez común que resolverá la controversia, no podemos, sin más, igualar el carácter concreto del control que, a veces, se ejerce mediante la *judicial review* con el que adquiere el modelo europeo por el mero hecho de admitir –extraordinariamente– que los jueces o las partes planteen la cuestión de constitucionalidad a un Tribunal Constitucional.

Como ya señalamos (§13), la Corte Suprema norteamericana revisa la constitucionalidad de la ley con ocasión de controversias concretas, pero, si se trata de un *facial challenge*, “involucra los hechos sólo hasta el punto en que es necesario establecer que dicha norma **actuó como base de la decisión judicial**”⁶⁶; los hechos específicos del caso al que se aplica la ley son irrelevantes para determinar la constitucionalidad de la norma legal, ya que, en cualquier caso que se aplique la norma, sería inconstitucional: “el impugnante debe establecer que no existe ninguna serie de circunstancias bajo las cuales la ley sería válida” (United States v. Salerno, 1987).

En otras palabras, la norma que se impugna incidentalmente de inconstitucionalidad es determinante para el resultado de la controversia entre las partes, y hasta ahí llega la concreción de la *review*, porque el juicio de constitucionalidad de la norma es abstracto, en el sentido que no cambia según las particularidades del caso a que se aplica la disposición enjuiciada. Si entendiéramos que este tipo de control es “concreto”, estaríamos confundiéndolo con el control “incidental”, porque con ambos nos referiríamos precisamente a lo que es esencial de este último: que el control se ejerce mediante una cuestión distinta del principal asunto del juicio, que se ventila y decide por separado, pero que se encuentra relacionada con aquel en cuanto resuelve la validez de una norma aplicable al caso por coincidir la descripción de su supuesto de hecho con las circunstancias de la controversia. Debemos evitar esta identificación que comúnmente se hace entre control incidental y control concreto de constitucionalidad, no sólo porque colapsa ambas categorías, sino porque impide representar exactamente o, a lo menos, obscurece el control concreto que la *judicial review* aplica cuando efectúa una declaración de inconstitucionalidad de la ley *as applied*.

Cuando se revisa la constitucionalidad de la ley *as applied*, la ley impugnada “aunque generalmente constitucional, opera inconstitucionalmente respecto al litigante que la impugna **en determinadas**

⁶⁵ BREWER CARIAS (1994) p. 31.

⁶⁶ Paul M. Battor et al. (1988), Hart & Wechsler's; The Federal Courts & The Federal System, p. 662; citado por ISSERLES (1999) p. 404.

circunstancias.⁶⁷ (énfasis nuestro) Este sentido en que se utiliza la expresión “control concreto de constitucionalidad” es sustancialmente diverso al que se emplea –impropiamente– cuando se señala que la “cuestión de constitucionalidad”, que muchos países europeos han incluido en sus sistemas de jurisdicción constitucional, es un control concreto. La única vinculación entre el juicio de constitucionalidad y el juicio ordinario es la importancia de lo establecido en la ley enjuiciada para decidir el futuro de la controversia sometida a la jurisdicción ordinaria. En el control de la ley *as applied*, cada una de las circunstancias del caso específico que conoce la justicia ordinaria sirven para determinar si la aplicación de la ley produce un efecto inconstitucional en esa instanciación de la disposición legislativa. En palabras de la Corte Suprema americana: “Es incontrovertible que «una ley puede ser inválida cuando se aplica a un **estado de cosas**, pero válida, si se aplica a otro (Dahnke–Walker Milling Co. v. Bondurant, 257 U. S. 282, 289, 1921)» (Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New England, 2006) (énfasis nuestro). Mientras, en la cuestión de constitucionalidad europea, los hechos del caso sólo sirven para determinar si la ley es aplicable al caso y si el control de constitucionalidad se ejerce con ocasión de una controversia actual, vale decir, si la cuestión es incidental respecto a un juicio principal.

La distinción entre estos dos sentidos de lo que es “control concreto” en la *judicial review* nos sirve para clarificar que la cuestión de constitucionalidad, tal y como se conoce en Europa, no es un “control concreto”, sino que se trata de un control incidental y abstracto. Para confirmar lo señalado, realizaremos a continuación una mirada al control incidental de constitucionalidad de la ley que se lleva a cabo en España (§23), Italia (§24) y Francia (§25).

§13. ESPAÑA.

En el caso de España, se pueden encontrar numerosas referencias al carácter concreto del procedimiento que contempla el artículo 35 de la Constitución española, el que dispone:

“Artículo treinta y cinco

1. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

2. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediere, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto

⁶⁷ KREIT (2009) p. 657.

su decisión definitiva, el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de esta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme.

3. El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.”

Así, en obras de Derecho comparado sobre la organización de los tribunales se caracteriza la cuestión de constitucionalidad como un control de constitucionalidad concreto:

“El Tribunal Constitucional es competente para conocer:

(...)

*- De la cuestión de constitucionalidad iniciada contra las leyes y las disposiciones con fuerza de ley. **Se trata de una fórmula de control de constitucionalidad «in concreto».** En efecto, cuando una jurisdicción considera, en el curso de un procedimiento, que una disposición con fuerza de ley que condiciona el juicio que debe realizar, podría ser contraria a la Constitución, debe someter la cuestión al Tribunal Constitucional en la forma y con los efectos definidos por la ley.”⁶⁸ (énfasis añadido)*

Asimismo, en comentarios doctrinales a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se señala:

*“Con frecuencia **se opone la cuestión al recurso de inconstitucionalidad en cuanto al carácter concreto o abstracto del control de constitucionalidad que respectivamente instrumentan.** «[L]a cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución». Es decir, el control de constitucionalidad de la ley que se propicia a través de la cuestión de inconstitucionalidad ha de surgir siempre con ocasión de la aplicación de la norma. Ahora bien, «[L]a extraordinaria trascendencia de las cuestiones de inconstitucionalidad como principal mecanismo de conexión entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, obliga, sin embargo, a extremar*

⁶⁸ COURS DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (2009) p. 195.

*las garantías destinadas a impedir que esta vía procesal resulte desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza, como sería, por ejemplo, el de utilizarla para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en el que la cuestión se suscita». **El carácter concreto de la cuestión** explica además que los legitimados para plantearla sean la totalidad de los Jueces y Tribunales, frente al reducido número de órganos que pueden iniciar el recurso de inconstitucionalidad ex art. 161.1 CE.⁶⁹ (énfasis añadido)*

En este sentido, la identificación es tan fuerte entre carácter concreto e incidentalidad del procedimiento que autores como REVENGA derechamente toman la incidentalidad de la cuestión como lo opuesto al control abstracto cuando distinguen el enjuiciamiento de la compatibilidad de la ley con la Constitución “en abstracto o con ocasión de un pleito previo”⁷⁰.

Sin embargo, el mismo Tribunal Constitucional se ha encargado de aclarar que:

*“al determinar el objeto de este tipo de proceso constitucional debe tenerse presente que, aunque la cuestión de inconstitucionalidad deba plantearse ineludiblemente con ocasión de la aplicación de un precepto legal concreto a un caso determinado, **el objeto de control es el precepto considerado en abstracto. Aunque, para distinguir la cuestión del recurso de inconstitucionalidad, en algunas Sentencias de este Tribunal se haya calificado a la primera como proceso de control concreto, con esta expresión se ha querido destacar que es un proceso que tan sólo puede plantearse con ocasión de la aplicación del precepto cuestionado a un caso concreto y siempre que de su validez dependa el fallo suspendido en el proceso judicial; sin embargo, una vez promovida la cuestión, el objeto y el tipo de control es en lo sustancial idéntico al del recurso de inconstitucionalidad ya que en los dos casos se trata de contrastar en abstracto el precepto legal con las normas que integran el llamado bloque de la constitucionalidad.**”⁷¹ (énfasis añadido)*

De hecho, un indicio determinante de que el recurso de inconstitucionalidad (abstracto) y la cuestión de constitucionalidad (supuestamente concreta) controlan exactamente el mismo objeto –la norma desligada de su aplicación a un determinado set de circunstancias– es que se produce el efecto de cosa juzgada entre la sentencia que resuelve una y otra⁷².

De igual manera, por tratarse de un juzgamiento abstracto de la norma, en que las circunstancias específicas de la controversia ante el juez ordinario son irrelevantes en la apreciación de la

⁶⁹ GONZÁLEZ RIVAS (2010) art. 35, apartado 1.3, las citas son a sentencias del Tribunal Constitucional español.

⁷⁰ REVENGA SÁNCHEZ (2007) p. 21.

⁷¹ Sentencia 161/1997, de 2 de octubre, citada en sentencia 37/2004, de 11 de marzo, y 224/2006, de 6 de julio.

⁷² Cfr. GARCÍA COUSO (1998) p. 164.

constitucionalidad, es argumentativamente coherente que la sentencia estimatoria de la cuestión considere que la norma sea inconstitucional en cualquiera de los casos de aplicación⁷³.

Aunque se ha intentado justificar el efecto *erga omnes* de la sentencia de la cuestión de constitucionalidad en el efecto anulatorio de todos los procesos de constitucionalidad⁷⁴, lo cierto es que el Tribunal Constitucional español no siempre acompaña su declaración de inconstitucionalidad con la nulidad de los preceptos impugnados, sin que por ello se dude del alcance de los efectos de la sentencia⁷⁵. Esta necesaria conexión entre la estructura argumental de la sentencia –desprovista de hechos del caso específico con ocasión del cual se presenta la cuestión de constitucionalidad– y el efecto *erga omnes* de la sentencia es destacada por BREWER: “en el sistema concentrado de control de la constitucionalidad, iniciado por el método incidental, cuando se plantea una cuestión constitucional referente a una ley en un procedimiento concreto y el tribunal inferior la remite a la Corte Suprema o a la Corte Constitucional para que sea objeto de una decisión, **dicha decisión también debe adoptarse en base a los aspectos de derechos y no con respecto a los hechos, por lo que también tiene efectos erga omnes**, es decir no limitados al juicio concreto en el que se la planteó la cuestión constitucional ni a las partes del mismo.”⁷⁶ (énfasis nuestro)

⁷³ “Como viene de señalarse, la cuestión de la constitucionalidad referente a la validez de una ley normalmente se plantea ante la Corte Suprema o la Corte Constitucional mediante una acción o ‘por remisión de un tribunal inferior. **En ambos casos, el juez constitucional debe decidir en derecho, sin considerar los hechos.**” (énfasis añadido) BREWER CARÍAS (1994) p. 31.

⁷⁴ Así RUBIO (2012) p. 1231.

⁷⁵ GONZÁLEZ RIVAS (2010) art. 39, apartado 2.4. Valga advertir que se ha sostenido, a partir de que una declaración de inconstitucionalidad, sin nulidad del texto, en un caso de “insuficiencia normativa” –vale decir, en ausencia de una norma que establezca una excepción entre casos que la norma legal impugnada iguala (*vid.* §54.2)– implica que el Tribunal Constitucional español venga “a concluir que una Sentencia que declare la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa, sin nulidad, permitiría al órgano proponente (de la cuestión de inconstitucionalidad) inaplicar el precepto cuestionado (...). Se reconoce, de esa manera, que la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad, constituye una autorización –al menos al juez del proceso *a quo*– para resolver el asunto inaplicado la norma legal en lo que impida la producción del bien constitucional lesionado. Una conclusión tan extravagante a nuestro sistema es, en verdad, consecuencia directa de la existencia de esta nueva tipología: en caso contraria (*sic*) ninguna cuestión de inconstitucionalidad sustentada en la insuficiencia legislativa de una norma podría superar el juicio de relevancia.” URÍAS MARTÍNEZ (2007) p. 78. Sin embargo, en la sentencia que comenta el autor español (Auto 56/2006, de 15 de febrero de 2006 en la Cuestión de inconstitucionalidad 7643–2005) la cuestión de inconstitucionalidad fue desechada por el defecto formal de no haberse llamado a audiencia previa de las partes para el planteamiento de la cuestión, de modo que la referencia a los efectos de una eventual inconstitucionalidad sin nulidad constituían sólo *obiter dictum*.

⁷⁶ BREWER CARÍAS (1994) p. 33. Entre nosotros, también enfatiza este carácter el relator del TC, don Rodrigo PICA: “Así, los controles de constitucionalidad de la ley son de orden abstracto (incluso en el caso de la cuestión de inconstitucionalidad, que, a pesar de contar con el elemento de incidentalidad, concluye como un examen netamente abstracto desprovisto de vinculaciones respecto del proceso litigioso, es decir, conforme a la terminología de Rolla, sería de carácter «fronterizo»), en la medida que «el Tribunal se sitúa ya frente al control abstracto de la norma, desvinculando, al menos formalmente, del caso concreto en el que se suscitó la cuestión»” PICA (2010) p. 356.

Por último, vinculando qué importancia tiene el juicio que conoce el tribunal ordinario en la cuestión de constitucionalidad, el tipo de análisis que hace el Tribunal Constitucional en la misma y el efecto de la sentencia, GARCÍA COUSO explica que: “Es cierto, la «concreción» se tiene que dar en tanto en cuanto la iniciativa de control nace de un proceso concreto, es decir, a partir de la aplicación efectiva y real de las normas, característica fundamental que diferencia la cuestión de inconstitucionalidad del recurso, y, efectivamente, **el control que posteriormente va a seguir el Tribunal va a ser de carácter abstracto en le medida en que éste va a enjuiciar la constitucionalidad de la norma independientemente del caso concreto que lo inició** teniendo en su decisión, efectos generales como cualquiera de sus decisiones en materia de declaración de constitucionalidad.”⁷⁷ (énfasis nuestro)

En conclusión, la cuestión de constitucionalidad española es –evidentemente– un método de control incidental de constitucionalidad, al igual que la *judicial review*, pero se relaciona con el control concreto que se efectúa mediante ella sólo en un sentido impropio, ya que las circunstancias de hecho que rodean la controversia que da origen a la cuestión constitucional no afectan el juicio de constitucionalidad sobre la norma: ésta se revisa –utilizando los términos norteamericanos– *on its face*, no *as-applied*⁷⁸.

§14. ITALIA.

El caso de Italia no es muy distinto. La ley constitucional publicada en la *Gazzetta Ufficiale* el 20 de febrero de 1948, intitulada “Norma sobre el juicio de legitimidad constitucional y sobre la garantía de independencia de la Corte Constitucional”, dispone en su artículo primero:

“Art. 1º. La cuestión de legitimidad constitucional de una ley o de un acto que posea fuerza de ley de la República, elevada de oficio o interpuesta por una de las partes en el curso de un juicio y no estimada como manifiestamente infundada, será remitida a la Corte Constitucional para su decisión.”

Al respecto, GROPPI explica: “Elemento peculiar del sistema italiano de justicia constitucional, que lo connota en el ámbito del sistema europeo, distinguiéndolo de la original impostación kelseniana, es sin embargo, principalmente, **su carácter concreto**: esto impone la necesidad de introducir elementos de

⁷⁷ GARCÍA COUSO (1998) p. 32.

⁷⁸ Más aún, la posibilidad misma de una ley constitucional con efectos inconstitucionales parece, para algún autor, contradictoria con el diseño constitucional español: “No hablamos de elegir la interpretación de una norma legal que mejor se compadezca con la máxima realización de un derecho fundamental, sino de excepcionar la aplicación de una norma legal en nombre de un derecho fundamental. Esto nos aboca a preguntarnos si es coherente y compatible con el diseño constitucional el mantener cosas tales como que i) una norma legal constitucional puede ser en la práctica opuesta a un derecho fundamental, o que ii) los derechos fundamentales, en su conjunto, sufren menos cuando se excepciona en su nombre la aplicación de normas legales que cuando se da prioridad a la dicción legislativa. Mantener lo primero equivale a introducir una carga de profundidad sumamente destructiva en el modelo de ley general y abstracta como pauta jurídica común y a reemplazar la importancia del debate legislativo por la del debate casuístico sobre la justa solución de cada caso concreto.” GARCÍA AMADO (2007) p. 252.

clasificación que van más allá de la esquemática contraposición entre el sistema estadounidense y el sistema europeo de justicia constitucional. De hecho, la vía normal para poner a leyes bajo el juicio de la Corte Constitucional es la vía incidental: corresponde a los jueces comunes, en el curso de un juicio, elevar la cuestión de legitimidad constitucional, luego de haber valorado su relevancia y su no manifiesta falta de fundamentación. **La Corte Constitucional se aboca por tanto a juzgar normas jurídicas en concreto, en el momento de su aplicación a casos de la vida.**⁷⁹ (citas omitidas y énfasis añadido) De igual manera, GUASTINI releva que la garantía jurisdiccional de la Constitución italiana es “*in concreto*”: “Los jueces comunes no pueden elevar una cuestión frente a la Corte más que cuando deban aplicar la ley (de la cual se sospeche de su ilegitimidad constitucional) a un caso concreto. Más precisamente, la cuestión no puede ser sometida a la Corte sino cuando sea «relevante» en el curso del proceso principal, es decir, cuando el proceso principal no pueda ser decidido independientemente de la resolución de la cuestión (Ley 87/1953, art. 23).”⁸⁰

Sin embargo, el Tribunal Constitucional italiano, desde temprano, dejó sentado que “... está llamado a resolver la cuestión de legitimidad **prescindiendo de sus relaciones con la controversia principal e incluso de sus posteriores efectos procesales** (extinción del juicio por renuncia aceptada, fallecimiento del imputado, etc.). Su decisión, al afectar a la norma en sí, atañe no tanto a la interpretación y a la aplicación sino a la verificación de la validez de las normas del ordenamiento y, cuando declara su inconstitucionalidad, tiene –como es sabido– eficacia erga omnes.”⁸¹ (énfasis añadido)

Los hechos de la controversia concreta en que surge la cuestión incidental de constitucionalidad no sirven sino para asegurar que la disposición impugnada puede subsumirse en ellos y, por ende, aquella tener aplicabilidad al caso, pero el juicio sigue siendo abstracto. Refiriéndose a uno de los primeros comentaristas de la institución de la cuestión de constitucionalidad en el ordenamiento italiano, MARTÍN DE LA VEGA señala: “Como es notorio, Calamandrei parte de la constatación de que, frente a la opción por el sistema abstracto que parecía contener la Constitución italiana de 1947, la ley constitucional de 1948, única normativa existente en el momento del trabajo, **introduce en realidad un sistema intermedio, marcado por un carácter incidental en cuanto a su inicio pero abstracto respecto a su resolución.**”⁸² (énfasis añadido). De esta manera, MARTÍN DE LA VEGA caracteriza correctamente la cuestión de constitucionalidad introducida en el sistema europeo como una forma de control incidental, pero abstracta en cuanto a su juicio. La explicación de la imposibilidad de desligarse del juicio abstracto sobre la ley, pese al inicio concreto del procedimiento, CALAMANDREI la encuentra en el carácter de “legislador negativo” de la Corte Constitucional: “Semejante planteamiento se corresponde lógicamente

⁷⁹ GROPPI (2003) p. 489.

⁸⁰ GUASTINI (2003) p. 59.

⁸¹ Sentencia n° 13, de 16 de marzo de 1960, citada por PRESNO LINERA y CAMPIONE (2010) p. 92.

⁸² MARTÍN DE LA VEGA (2003) p. 44.

con las muy serias dudas acerca de la naturaleza jurisdiccional del proceso ante el Tribunal Constitucional, en cuanto el inicial principio de contradicción de la fase introductoria pierde todo su significado ante la naturaleza principal y general del control en el juicio «ad quem». La Corte examina el problema en términos generales, como problema legislativo y no jurisdiccional, y por ello resuelve con una decisión que tiene la eficacia general de una ley y no la de una cuestión particular.”⁸³ De igual manera, un autor francés devela explícitamente que el “razonamiento de inconstitucionalidad” que lleva a cabo la Corte constitucional italiana es un control ejercido en que “parece permanecer un control abstracto, consistente en efectuar una apreciación de norma a norma que se aleja ampliamente de las circunstancias de la especie.”⁸⁴

Más claro –por su comparación con nuestra cuestión de inaplicabilidad– es, entre nosotros, VALENZUELA: “... es importante destacar que el test que emplea la Corte Constitucional para decidir la (in)constitucionalidad de la ley o acto con fuerza de ley es abstracto, difiriendo radicalmente de nuestro sistema...”⁸⁵

De lo dicho precedentemente, podemos confirmar que la referencia al carácter “concreto” de la cuestión de constitucionalidad italiana se confunde con la incidentalidad: lo único concreto es la existencia de un caso que origina el juicio abstracto de constitucionalidad⁸⁶.

§15. FRANCIA.

La ley de 16 y 24 de agosto de 1790, sobre organización judicial, estableció, en el artículo 10 de su título II, que: “Los tribunales no podrán impedir directa o indirectamente el ejercicio del poder legislativo, ni entorpecer o suspender la ejecución de los decretos de los órganos legislativos, sancionados por el Rey,

⁸³ *Ibid.*, p. 45.

⁸⁴ PERRIER (2011) p. 47.

⁸⁵ VALENZUELA VILLALOBOS (2012) p. 60.

⁸⁶ En contra, señala ZAGREBELSKY: “La narración de la concreta vicisitud procesal que pone en marcha al juicio de constitucionalidad tiene una fuerza propia que condiciona los valores de la Corte Constitucional. Valgan los dos ejemplos representados por las sentencias número 148 de 1992 y 303 de 1996. La ley italiana sobre la adopción establecía que entre el menor adoptado y los padres adoptivos debería existir una diferencia de edad de no más de cuarenta años (además de, al menos, dieciocho años): una norma del todo razonable que nunca nadie se había imaginado rebatir. No obstante, los casos que la vida ofrece son más numerosos que aquellos que el legislador puede imaginarse en abstracto. De esta forma, sucede que una pareja, respetando la edad establecida, había adoptado de forma regular a un menor que tenía un hermano pequeño más chico con el cual había compartido su vida hasta entonces. ¿También él podía ser adoptado por la misma familia para no separarlo del hermano si bien la diferencia de edad, en su caso, superaba los cuarenta años? La ley decía que no. Basada en el principio de la tutela de los intereses del menor y del favor por la constitución o reconstitución de un ambiente familiar en el que la convivencia entre hermanos representa un elemento relevante, la Constitución ha estipulado que sí, a través de la Corte Constitucional, quien no ha quitado de en medio la ley pero ha establecido una excepción para situaciones como la que se ha presentado atrás. (...) Se trata de dos ejemplos de declaración de «inconstitucionalidad parcial», donde la parte inconstitucional está representada por las hipótesis concretas objeto del juicio *a quo*. He aquí como puede jugar el carácter realista del juicio de la Corte Constitucional, como consecuencia de la matriz incidental.” ZAGREBELSKY (2010) p. 430

bajo pena de prevaricación.” Esta disposición ha dado a la doctrina francesa el motivo para justificar por más de dos siglos la incompetencia del juez ordinario a la hora de controlar la constitucionalidad de la ley⁸⁷.

La jurisprudencia, desde sus más tempranos pronunciamientos, ha mantenido esta declaración de incompetencia tanto en el orden de los jueces judiciales (*tribunaux de l'ordre judiciaire*) como de los administrativos⁸⁸. Por el lado de los tribunales judiciales, se señala el *arrêt Paulin* (1830) como una de las primeras decisiones que desligan a la justicia ordinaria de la justicia constitucional al señalar que la ley de 8 de octubre de 1830 sobre delitos de prensa «deliberada y promulgada de la manera constitucionalmente establecida por la Carta, constituye derecho para los tribunales y no puede ser atacada por causa de inconstitucionalidad”; por su parte, se atribuye al *arrêt Arrighi* (1936) la negativa de los tribunales administrativos a controlar la constitucionalidad de las leyes, dada la escueta afirmación del Consejo de Estado en el sentido que “en el estado actual del derecho público francés la impugnación de la constitucionalidad de la ley no es un asunto contencioso que deba ser discutido ante el Consejo de Estado.” Siendo más explícito en cuanto al apoyo en derecho positivo de su incompetencia, el *arrêt Deprez et Baillard* (2005) del Consejo de Estado es el primero en atribuir al Consejo Constitucional la función excluyente de ejercer la justicia constitucional: “Considerando que el artículo 61 de la Constitución de 4 de octubre de 1958 ha confiado al Consejo Constitucional el cuidado de apreciar la conformidad de una ley a la Constitución; que este control es susceptible de ejercerse después de la votación de la ley y antes de su promulgación; que se desprende de los debates, tanto del Comité consultivo constitucional, como del Consejo de Estado durante la elaboración de la Constitución, que las modalidades adoptadas excluyen un control de constitucionalidad de la ley en el estadio de su aplicación.”⁸⁹

Efectivamente, hasta la entrada en vigor de la ley constitucional n° 2008-724, de 23 de julio de 2008, sobre modernización de instituciones de la V República, el Consejo Constitucional francés sólo ejercía el control *a priori* de la constitucionalidad de las leyes. Como todo control *a priori* de constitucionalidad, éste no podía ser incidental y, mucho menos, concreto en el sentido de tomar en cuenta las circunstancias de un caso particular de aplicación de la norma.

Con la precitada ley, se introdujo en el sistema francés la cuestión prioritaria de constitucionalidad en los siguientes términos:

“Artículo 61-1. Cuando, con ocasión de una instancia en curso frente a una jurisdicción, se sostiene que una disposición legislativa constituye un atentado a los derechos y libertades

⁸⁷ BONNET (2009) p. 37.

⁸⁸ Para el resto del párrafo, seguimos la explicación entregada por DUTHEILLET (2007) (Disponible en: [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank mm/pdf/Conseil/cccc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cccc.pdf) ; última visita: 17.07.14)

⁸⁹ *Arrêt* de 5 de enero de 2005, *Mlle. Deprez et Baillard*, citado por BONNET (2009) p. 355.

que la Constitución garantiza, el Consejo Constitucional puede ser exhortado a conocer de esta materia por reenvío del Consejo de Estado o de la Corte de casación para que se pronuncie en un período determinado.”

Aunque la duda de constitucionalidad puede surgir de jueces inferiores, ellos deben someterla al Consejo de Estado o a la Corte de Casación para un examen de su fundamento y, sólo una vez pasado ese examen, serán estos últimos dos tribunales –supremos, cada uno en su orden– quienes reenvíen la duda de constitucionalidad al Consejo Constitucional⁹⁰.

Pese a la corta vida que ha tenido la “cuestión prioritaria de constitucionalidad” (“*question prioritaire de constitutionnalité*”, tal como se llama en Francia), se ha observado que el Consejo Constitucional ha mantenido el carácter abstracto –es decir, desprovisto de atención a las circunstancias específicas del caso que dio origen a la cuestión de constitucionalidad, del examen que realiza– al igual que la revisión *a priori* que siempre ha ejercido⁹¹.

Esta opción parece, en todo caso, en línea con el entendimiento que se mostró en los órganos legislativos a la hora de discutir la ley que implementaría el procedimiento prefigurado en el artículo 61-1 ya citado⁹², como lo demuestra la intervención en la Asamblea Nacional del diputado Jean-Luc Warsmann: “(la cuestión prioritaria de constitucionalidad) presentará un carácter de contencioso objetivo, en beneficio del Derecho, como lo confirma igualmente el efecto *erga omnes* de la eventual decisión de abrogación del Consejo Constitucional.”⁹³

En el mismo sentido, la doctrina ha señalado que “el contencioso sobre la constitucionalidad de las leyes es un contencioso objetivo: la ley es juzgada por su relación con la Constitución y fuera de toda situación subjetiva. (...) Esto es así porque la anulación eventual de la ley por el Consejo tendrá un efecto *erga omnes*, tendrá valor para todos y no sólo para las partes presentes en su discusión. Dicho de otra forma, los hechos no son jamás un elemento de apreciación de la constitución de una disposición legislativa.”⁹⁴ Y las eventuales representaciones que el Consejo Constitucional se haga respecto a los efectos de la ley, es una “apreciación especulativa de las consecuencias de la ley que implica necesariamente el ejercicio de un control abstracto, puesto que este corresponde precisamente a la situación en la cual «es la norma en ella misma lo que se critica y no su aplicación a una situación específica» (STAHL J.-H., et MAUGÜE, C., *La question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, 2011, p. 7)”⁹⁵ Por tanto, “la cuestión prioritaria de constitucionalidad opera con ocasión de la aplicación de la

⁹⁰ FERRERES (2011) p. 34, nota 24.

⁹¹ Cfr. LEVADE (2011) p. 118.

⁹² Ley orgánica n° 2009-1523, de 10 de diciembre de 2009, relativa a la aplicación del artículo 61-1 de la Constitución.

⁹³ Citado por GUILLAUME (2011).

⁹⁴ PIERRE-YVES (2012) p. 129.

⁹⁵ HAULBERT (2013) p. 159.

ley, al igual que el control de convencionalidad, aunque permanece, en principio, como un control abstracto, es decir, que no se trata de un control de la aplicación de la ley.”⁹⁶

Finalmente, la desconexión argumental entre el caso concreto en que se duda de la constitucionalidad de una ley y el examen que el Consejo Constitucional realiza sobre la misma ha sido puesta de relieve incluso por el Poder Ejecutivo cuando, tratando la posibilidad de que exista el mismo cuestionamiento en diversos casos análogos que se estén conociendo, señaló en la Circular ministerial N° 2010/4, de 24 de febrero de 2010, que sería innecesario transmitir la cuestión prioritaria en todos esos casos, ya que “el Consejo Constitucional procede a un control objetivo de la disposición impugnada, separable del litigio mismo.”⁹⁷

En consecuencia, al igual que como lo hemos hecho respecto del resto de mecanismos incidentales de control de constitucionalidad existentes en España e Italia, podemos confirmar que el nacimiento concreto de la cuestión de constitucionalidad, es decir, el hecho de que se origine por la duda de constitucionalidad de una ley aplicable a un caso que se está conociendo ante la justicia ordinaria, no implica que el juez constitucional deba mirar las circunstancias en que se aplica dicha ley. Por el contrario, la constante es que lo relevante para el control incidental es el enjuiciamiento de la ley y no los efectos de su aplicación al caso concreto.

ESTADOS UNIDOS

§16. DESCRIPCIÓN GENERAL.

Por “sistema americano”, nos referimos al modelo de justicia constitucional difuso e incidental que se ha implementado en Estados Unidos: difuso en cuanto no le corresponde a un tribunal en particular, sino que lo ejerce tanto la Corte Suprema, como los tribunales inferiores a que se refiere el artículo 3º de la Constitución americana, aunque con diferentes efectos dependiendo del tribunal –como veremos más adelante– debido al valor que se le otorga la precedente jurisprudencial; e incidental, porque “la declaración de inconstitucionalidad de una Ley se plantea como incidente procesal y con ocasión de una litis concreta, (...) (y) el caso que suscita la inconstitucionalidad ha de encerrar la lesión realizada o inminente de un interés, personal y preciso, que ha de estar constitucionalmente protegido, actuando el Tribunal a instancia de parte y únicamente en cuanto tal decisión sea necesaria para fallar el caso

⁹⁶ MATHIEU (2011).

⁹⁷ Circulaire ministérielle 2010/4 du 24/02/2010, Le Ministre d'Etat, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice et des libertés, apartado 2.2.2.3 (disponible en: http://www.legislation.cnav.fr/textes/cr/min/TLR-CR_MIN_20104_24022010.htm)

planteado.”⁹⁸

En el origen del modelo americano no existe una disposición constitucional que entregue expresamente a la Corte Suprema de Estados Unidos la potestad de anular leyes por oponerse a la Constitución⁹⁹. Lo que sí existe es una antigua y bastante conocida sentencia –*Marbury v. Madison*, año 1803– en que el voto unánime de la Corte Suprema presentó el problema del control judicial de constitucionalidad en los siguientes términos: “Indudablemente, es de la competencia y del deber del Poder Judicial el declarar cuál es la ley... Si una ley se opone a la Constitución; si tanto la ley como la Constitución pueden aplicarse a determinado caso, en forma que el tribunal tiene que decidir ese caso, ya sea conforme a la ley y sin tomar en cuenta la Constitución, o conforme a la Constitución, haciendo a un lado la ley, el tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto rige el caso. Esta es la verdadera esencia del deber judicial.” Como bien se sabe, la Corte Suprema, al “declarar cuál es la ley” de *Marbury v. Madison*, estimó que no era la ley que se oponía a la Constitución, sino que la Constitución misma.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, y en honor a la verdad, la posición tomada por la Corte Suprema norteamericana se encontraba avalada tanto en la historia de la Constitución americana como en su texto. Las palabras de Alexander HAMILTON, integrante destacado de la convención constituyente, dan a entender claramente que la Constitución es una ley (norma) suprema y, en cuanto ley, su interpretación corresponde a los mismos tribunales que interpretan las leyes ordinarias; pero, en cuanto superior, los tribunales deben –cuando conocen de controversias concretas– declarar nula aquella ley que se oponga a la Constitución¹⁰⁰. Bajo esa perspectiva, la disposición finalmente plasmada en la constitución norteamericana, parece clara: “Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos serán la suprema ley del país; y los jueces de cada Estado deberán conformarse a ella, no obstante cualquier disposición contraria de la Constitución o de las leyes de cualquier Estado.” (art. VI, sección II)

En todo caso, a partir de *Marbury v. Madison* se fue forjando un sistema de control de constitucionalidad que, como una de las características principales, tiene que: “el juez es investido de la cuestión de constitucionalidad por vía *incidental* o de *excepción* –y por tanto, la cuestión es prejudicial o accesoria a la solución del asunto–, en el sentido que juzga indirectamente la norma de la que se duda sobre su (in)constitucionalidad”¹⁰¹. De esta manera, en palabras de RUIZ MIGUEL, “el criterio de que resolver conflicto concretos (...) es esencial al poder judicial, presenta en abierto contraste el modelo americano, de justicia constitucional *incidenter*, donde un particular alega el perjuicio de un acto estatal concreto contrario a sus derechos constitucionales, y el modelo europeo, de justicia constitucional *principaliter*,

⁹⁸ GONZÁLEZ RIVAS (2001) p. 28. En el mismo sentido RUPP (1960) p. 29.

⁹⁹ Cfr. PEGORARO (2004) p. 34.

¹⁰⁰ HAMILTON, El Federalista, LXXVIII. Cfr. SERRA CRISTÓBAL (1999) p. 32.

¹⁰¹ SCARCIGLIA (2011) p. 197.

donde una minoría parlamentaria o algún órgano con especial legitimación alegan directamente que se ha dictado una ley en violación de la Constitución”¹⁰².

§17. INCIDENTALIDAD DEL MODELO AMERICANO.

Aunque en el modelo americano se han instaurado progresivamente determinadas acciones judiciales que otorgan la posibilidad de impugnar la constitucionalidad de leyes vigentes incluso antes que éstas tengan una aplicación práctica, sigue requiriéndose un interés real en la controversia en orden a que determinadas conductas del demandante (actuales o futuras) se pudieran ver afectadas por la aplicación de la norma impugnada. En otras palabras, la cuestión principal es el estatus deóntico (facultativo, prohibido, obligatorio) de una conducta, mientras que la constitucionalidad de la ley, aunque un asunto determinante, es sólo una de las cuestiones que debe resolver el tribunal para dar respuesta a la cuestión principal. Bajo esta perspectiva, la *judicial review* nunca se origina por una impugnación proveniente de una acción popular o por petición de determinados órganos específicamente habilitados (una minoría parlamentaria, el defensor del pueblo u otra agencia estatal) en que la constitucionalidad de la ley sea la cuestión cardinal del juicio.

El ejemplo más claro de lo anterior es la *Declaratory Judgement Act* (Título 28, § 2201, del United States Code) que consagra una acción declarativa usada para, entre otras muchas cosas, determinar el status de una determinada conducta o acto cuando se estima que a la luz de la Constitución ella debiera considerarse prohibida, facultada u obligada y, a la luz de determinada ley, se llega a una conclusión distinta¹⁰³. La disposición que establece esta acción señala:

“(a) En caso de una controversia actual dentro de su jurisdicción, (...) cualquier tribunal de los Estados Unidos, ante la interposición de una demanda admisible, puede declarar los derechos y otras relaciones jurídicas de cualquier parte interesada en obtener dicha declaración, aunque no se pueda o no se busque otra medida de satisfacción. Esta declaración tendrá la fuerza y el efecto de una sentencia y será revisable como tal.”

Tal como lo ha recalcado la Corte Suprema norteamericana, ni siquiera cuando se ejerce esta acción declarativa, el tribunal debe perder de vista que lo juzgado es un determinado tipo de acción u omisión en la que el accionante tiene un interés personal y controvertido o controvertible: “La ley de 14 de junio de 1934, que establece los juicios declarativos, no intenta cambiar el requisito esencial para el ejercicio del poder jurisdiccional. Según su tenor literal, se aplica a los «casos de controversia actual», una frase que debe entenderse significando una controversia de naturaleza justiciable, y que, por lo tanto, excluye la manifestación de opiniones oficiales sobre un estado de cosas hipotético. Véase *Nashville, Chattanooga & St. Louis R. Co. v. Wallace.*” (*Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288, 1936).

¹⁰² RUIZ MIGUEL (2000) p. 151.

¹⁰³ BRAY (2010) p. 1275.

Aunque las descripciones realizadas precedentemente permiten aproximarse a la *judicial review*, para comprender apropiadamente la situación del control incidental y de las normas válidas con aplicaciones inconstitucionales debemos efectuar alcances a la afirmación que las sentencias de la Corte Suprema americana tienen efectos *inter partes* y carácter concreto.

§18. RELATIVIZACIÓN DEL EFECTO *INTER PARTES*.

Por un lado, la ausencia del efecto *erga omnes* que proviene de la consecuencia derogatoria del juicio de constitucionalidad se ve ampliamente compensada por el principio de *stare decisis*¹⁰⁴ que vincula a los tribunales inferiores a la decisión de constitucionalidad de una ley que el tribunal superior haya pronunciado anteriormente¹⁰⁵. La expresión completa que recoge el principio señalado en el párrafo precedente consiste en el adagio latino “*stare decisis et quia non movere*” cuya traducción es “estar a lo decidido y no perturbar lo que está quieto”¹⁰⁶. Aunque en países tanto del *civil law* como del *common law* existe la conciencia que los tribunales, como poder del Estado y no sólo individualmente, deben respetar la igualdad en la aplicación de la ley, juzgando de igual manera aquellos casos que presentan las mismas propiedades relevantes, en el *common law* el principio de *stare decisis* anglosajón presenta un carácter más intenso de obligatoriedad y como fuente del derecho¹⁰⁷, llegando a distinguirse entre aquellos precedentes persuasivos que provienen de tribunales de igual jerarquía o inferiores y aquellos vinculantes (*binding*) que provienen de un tribunal superior¹⁰⁸.

De la manera explicada, los pronunciamientos de la Corte Suprema americana, aunque siempre resuelven una controversia concreta entre partes, afectan todas las decisiones jurisdiccionales que se pueden tomar en Estados Unidos y, por extensión, las decisiones de los justiciables. Por este motivo, señalar, sin más, que las decisiones de la Corte Suprema tienen efectos *inter partes*, “peca de simplista”¹⁰⁹, ya que “el impacto de las decisiones de los tribunales superiores en los Estados Unidos no se circunscribe a los casos concretos, sino que sientan precedentes vinculantes para casos futuros.”¹¹⁰

§19. RELATIVIZACIÓN DEL CARÁCTER CONCRETO.

Por otro lado, señalar –junto con MENDONCA y GUIBOURG– que el carácter concreto de la *judicial review* se traduce en la ausencia de “una ponderación abstracta y general” del contenido de las decisiones y éstas

¹⁰⁴ Cfr. FERNANDES DE ANDRADE (2001) p. 979.

¹⁰⁵ Nos referimos sólo al *stare decisis* denominado “vertical” y no al “horizontal”. Para una explicación de la clasificación, véase LEGARRE y RIVERA (2006) p. 113.

¹⁰⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 109 y BLACK (1968) p. 1578, vº *stare decisis et non quia movere*.

¹⁰⁷ Cfr. EDLIN (2008) p. 34.

¹⁰⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 36 y BREWER (2002) p. 365. Conviene acotar, tal como lo hace este autor, que el concepto de obligatoriedad que se utiliza no es absoluto, más bien, lo que se quiere expresar es que los tribunales inferiores requieren importantes razones y exhaustiva argumentación para alejarse de los precedentes establecidos por tribunales superiores.

¹⁰⁹ LEGARRE y RIVERA (2009) p. 326.

¹¹⁰ FERRERES (2011) p. 47.

“resuelve(n) (...) acerca de la aplicación que la ley debe tener en el juicio en el curso del cual la decisión se adopta”¹¹¹ implica cierta confusión entre las reglas sobre *standing* –interés en el litigio que permiten participar en él¹¹²– con el tipo de sentencia que la Corte Suprema americana puede dictar y los efectos de la misma. Efectivamente, las reglas sobre *standing* se derivan del inciso primero del artículo tercero de la Constitución americana, que fija la competencia del Poder Judicial mediante la descripción de “casos y controversias” sometidos al mismo y que la Corte Suprema ha definido como el interés personal en el resultado de la controversia que determina el rango de cuestiones que se pueden plantear al tribunal, excluyendo aquellas meras consultas (*advisory opinions*) sobre la constitucionalidad de una ley¹¹³. Sin embargo, en el sistema americano de control de constitucionalidad, las reglas sobre *standing* no determinan absolutamente el tipo y efecto de las sentencias, sino que este y aquel dependen, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema, de la diferencia entre *as applied/ facial challenges* y la doctrina de *severability*.

§20. FACIAL Y AS–APPLIED CHALLENGES.

En el sistema americano no existe una acción de inconstitucionalidad propiamente tal, más bien, todas las impugnaciones de inconstitucionalidad de una ley se realizan de manera incidental¹¹⁴, vale decir, como un asunto anexo a una controversia principal entre litigantes. Sin embargo, la impugnación que realizan las partes al precepto legal que desfavorece su posición puede tomar la forma de (y ser adjudicada como) un *facial challenge* o de un *as applied challenge*.

Se ha descrito la noción de *facial challenge* como la afirmación de la invalidez constitucional de una ley por un defecto evidente en los términos de la misma¹¹⁵ y, en consecuencia, la alegación de que no existen aplicaciones de ella que sean constitucionales¹¹⁶. En palabras de la Corte Suprema: “Un *facial challenge* a una ley es, por supuesto, la impugnación más difícil de plantear, desde que el impugnante debe establecer que no existe un grupo de circunstancias bajo las cuales dicha ley podría ser válida.” (*United States v. Salerno*, 1987). Bajo esta descripción, el vicio de validez denunciado por la parte no tiene relación específica con el caso concreto discutido, sino que es un vicio que posee la ley sin

¹¹¹ MENDONCA y GUIBOURG (2004) p. 156.

¹¹² BLACK (1968) v^o *standing to sue doctrine*: “Doctrina según la cual en una acción ante una corte federal entablada por un ciudadano contra un agente de del Estado, reclamando una supuesta conducta ilegítima, no existe controversia justificable a menos que el ciudadano muestre que dicha conducta invade o invadirá un interés sustantivo legalmente protegido del demandante.” *Associated Industries of New York State v. Ickes*, C.C.A.2, 134 F.2d 694, 702.

¹¹³ DORF (2009) p. 3 con cita a *Allen v. Wright* (1984). En el mismo sentido, FERNÁNDEZ SEGADO: “Ciertamente, el control, en el sistema americano, se ha vinculado siempre a la existencia de una controversia. Hughes recuerda cómo la Supreme Court ha rechazado las insinuaciones del Congreso para que opinase sobre cuestiones constitucionales cuando no tenía que decidir un caso o una controversia reales. En tal sentido se pronunciaría, por ejemplo, en 1911, en el caso *Muskraat vs. United States*.” FERNÁNDEZ SEGADO (2004) p. 37.

¹¹⁴ Cfr. BREWER CARÍAS (1994) p. 29.

¹¹⁵ Cfr. ISSERLES (1999) p. 365, con cita de jurisprudencia.

¹¹⁶ Cfr. KREIT (2009) p. 657, con cita a *Sabri v. United States*.

necesaria referencia a ningún caso particular que caiga bajo su ámbito de aplicación. La única relación entre las circunstancias concretas del juicio (o lo enjuiciado) y la norma, es que esta última es aplicable y decisiva en aquel; de esta manera, el *facial challenge* de una ley ante la Corte Suprema americana: “pone como tema una norma explícita (...) e involucra los hechos sólo hasta el punto en que es necesario establecer que dicha norma actuó como base de la decisión judicial.”¹¹⁷ En definitiva, usando las palabras de ISSERLES: “una impugnación directa a la validez de la norma dirige el escrutinio judicial a los términos mismos de la ley y demuestra que ese tenor, comparado con la doctrina constitucional aplicable, e independientemente de la constitucionalidad de aplicaciones particulares, contiene una enfermedad (*infirmary*) constitucional que lo invalida en su totalidad.”¹¹⁸

Por el contrario, un *as applied challenge* implica argumentar que una ley “aunque generalmente constitucional, opera inconstitucionalmente respecto al litigante que la impugna en determinadas circunstancias.”¹¹⁹ Un ejemplo de los resultados que este tipo de impugnaciones pueden producir ayudará a dar luces sobre la materia.

En *United States v. Grace* (1983) se impugnó directamente el siguiente precepto:

*“Section 13k. Será ilegal desfilar, permanecer o moverse en procesión o asambleas en el edificio o los terrenos de la Corte Suprema, o mostrar en estos lugares cualquier bandera, estandarte u objeto diseñado o adaptado para atraer la atención pública hacia cualquier partido, organización o movimiento.”*¹²⁰

Las partes que objetaban la disposición eran dos personas que habían sido amenazadas por policías con ser arrestados por distribuir panfletos relativos a temas políticos y mostrar una pancarta que contenía el texto de la primera enmienda, ambos ubicándose en la acera opuesta a la cuadra en que se encuentra la Corte Suprema. En virtud de lo dispuesto en el artículo 13p del *U.S. Code* dicha acera debía comprenderse, para efectos de lo dispuesto en el artículo 13k, dentro del concepto de “terrenos de la Corte Suprema”, por lo que no existió duda interpretativa entre los integrantes del tribunal supremo respecto a la aplicabilidad y relevancia de la norma para el caso.

Originalmente, las personas precitadas demandaron ante la Corte de Distrito que se dejara de hacer efectivo el artículo 13k y se declarara inconstitucional “*on its face*”, lo que fue denegado por dicho tribunal porque no se habría agotado la vía administrativa. Conociendo del caso la Corte de Apelaciones, revocó la sentencia y acogió la demanda declarando inconstitucional “*on its face*” el

¹¹⁷ Paul M. BATOR *et al.*, *Hart & Wechsler's: The federal courts & the federal system* (1988) p. 662; citado por ISSERLES (1999) p. 404.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 387.

¹¹⁹ KREIT (2009) p. 657, con citas doctrinales.

¹²⁰ 2001 U.S. Code; Title 40; Chapter 1; sec. 13k. *It shall be unlawful to parade, stand, or move in processions or assemblages in the Supreme Court Building or grounds, or to display therein any flag, banner, or device designed or adapted to bring into public notice any party, organization, or movement.*

artículo 13k. Ante esta última decisión, se alzó el gobierno de los Estados Unidos, y la Corte Suprema, por mayoría, desechó la inconstitucionalidad abstracta acogida por la Corte de Apelaciones y decidió que lo inconstitucional era sólo la aplicación de la norma a este tipo de manifestaciones pacíficas y no obstructivas y cuando se realizan en la acera¹²¹. De esta manera, se mantuvo la validez de la prohibición contenida en el artículo 13k pero se sustrajo de su aplicación (vía *stare decisis*) una serie de casos en que la norma produciría efectos inconstitucionales.

La posibilidad de distinguir entre un *as applied* y un *facial challenge* nos permite ir más allá de las etiquetas que se utilizan para calificar a la *judicial review* como una jurisdicción constitucional concreta, en el sentido que se toman especialmente en cuenta las circunstancias del caso al que se aplica el precepto legal impugnado, ya que podemos observar cómo el sistema americano enfrenta la inconstitucionalidad de una manera flexible, restringiendo su declaración para algunos casos de aplicaciones de la norma impugnada y, en otras ocasiones, ampliando tal declaración para todas aquellas instancias en que se pueda aplicar el precepto.

§21. DOCTRINA DE SEVERABILITY.

Sin perjuicio que se puede afirmar que el juzgamiento *as-applied* tiene sus propios fundamentos y no requiere mayor justificación, resulta ilustrador exponer, aunque sea brevemente, la doctrina de la “*severability*” o divisibilidad de las leyes, que funciona como marco teórico de la distinción entre *as applied* y *facial challenges*. La *severability* o divisibilidad es un instrumento que utiliza la Corte Suprema, entre otros tribunales de ese país, para salvar las “partes” constitucionales de una ley de la declaración de inconstitucionalidad que recaerá sobre otras “partes” de la misma.

Aunque no es una práctica reciente de la Corte Suprema¹²², ha sido escasamente tratada doctrinalmente, sólo recientemente se ha vuelto un tema de interés en el constitucionalismo americano¹²³ y, los estudios que existen señalan que la Corte Suprema no ha sentado reglas claras sobre qué criterios la gobiernan. En todo caso, qué se ha de entender por “parte” de una ley, de acuerdo a la doctrina de la divisibilidad, tiene dos respuestas: ambas igualmente válidas.

Por un lado, se ha señalado que *Marbury v. Madison* es uno de los casos en que la Corte Suprema dividió una ley, la *Judiciary Act* de 1789, declarando la inconstitucionalidad sólo de la *Section 13* y dejando el resto de la normativa intacta¹²⁴. Esto es efectivo, ya que buena parte de la controversia a la que se

¹²¹ “We hold that under the First Amendment the section is unconstitutional as applied to those sidewalks. Of course, this is not to say that those sidewalks, like other sidewalks, are not subject to reasonable [461 U.S. 171, 184] time, place, and manner restrictions, either by statute or by regulations issued pursuant to 40 U.S.C. 13l.”

¹²² La primera vez que la Corte Suprema plantea la doctrina de la divisibilidad, tal como se conoce hoy, es en *Champlin Ref. Co. v. Corporation Com'n* (1932) (Cfr. NAGLE (1993) p. 204), pero el test que se utiliza actualmente para definir sobre la divisibilidad se encuentra en *Alaska Airlines, Inc. v. Brock* (1987) [JONA (2007) p. 700].

¹²³ Cfr. KLUKOWSKI (2011) p. 3.

¹²⁴ Cfr. JONA (2008/2007) p. 701.

enfrente la Corte Suprema cuando ejerce la *judicial review* tiene que ver con las eventuales ramificaciones que tiene la disposición inconstitucional hacia otras disposiciones de la misma ley (entendida como la normativa emitida en el mismo acto promulgatorio), de modo que el tribunal debe decidir si declarar la invalidez de toda la ley o sólo del artículo o precepto inconstitucional¹²⁵.

Sin embargo, la forma de divisibilidad recién descrita no es la que nos interesa y no debe confundirse con ésta. Como señala VERMEULE: “Existe una común noción errada que el análisis de divisibilidad se refiere sólo a la separación de disposiciones o subsecciones enumeradas o etiquetadas independientemente en el texto oficial de la ley. De hecho, en todo caso, los problemas de divisibilidad surgen no sólo respecto a diferentes secciones, cláusulas o disposiciones de una ley, sino también respecto a las aplicaciones de una específica disposición legal cuando algunas (pero no todas) aplicaciones son inconstitucionales.”¹²⁶ En consecuencia, otro autor norteamericano ha reformulado el principio de divisibilidad en los siguientes términos: “permite al tribunal extirpar cualquier **disposición o aplicación** de una ley, dejando el resto vigente si se estima que el legislador hubiera preferido ese resultado en vez de la invalidación total.”¹²⁷ (énfasis añadido)

A lo menos de la manera en que lo plantea la Corte Suprema norteamericana, la doctrina de la divisibilidad es una expresión de deferencia hacia el legislador¹²⁸. En efecto, se basa en el poder que tienen los tribunales de “componer” las leyes de manera acorde a la justicia del caso concreto y a la Constitución. De esta manera, “el principio cardinal de la composición de leyes (*statutory construction*) es salvar y no destruir”¹²⁹ o, expresado de manera más exacta, “donde una composición aceptable de una ley levantaría serios problemas constitucionales, la Corte compondrá la ley para evitar dichos problemas a menos que dicha composición sea derechamente contraria a la intención del Congreso.”¹³⁰

Una sentencia que sirve de buen ejemplo de la doctrina de la divisibilidad referida a las aplicaciones inconstitucionales de normas que pueden estimarse constitucionales en abstracto es la correspondiente a *Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New England* (2006); adoptada unánimemente por la Corte Suprema. La *Parental Notification Prior to Abortion Act*, dictada por el Estado de New Hampshire, prohibía a los doctores realizar un aborto a una menor de edad sino una vez que hubieran pasado 48 horas desde la notificación por escrito a sus padres o representante legal. Las únicas excepciones que se contemplaban explícitamente se daban en los siguientes tres casos: si, de esperarse el plazo, corre peligro la vida de la menor; cuando un juez permitía, a petición de la

¹²⁵ En este sentido, EZZELL (2013) p. 1482.

¹²⁶ Cfr. VERMEULE (1996) p. 1950. En el mismo sentido, ISSERLES (1999).

¹²⁷ GANS (2007) p. 639.

¹²⁸ En contra, SCHAUER (1995).

¹²⁹ *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp* (1937).

¹³⁰ *Debartolo Corp. v. Fla. Gulf Coast Trades Council* (1988).

embarazada, el aborto sin notificación de los padres; y cuando la persona a notificar certificaba que conocía que se realizaría el procedimiento.

Tanto los demandantes (doctores y clínicas que practicaban abortos en New Hampshire), como los tribunales que conocieron de la controversia antes que la Corte Suprema, estimaron que la ley completa era inconstitucional porque obligaba al médico tratante a esperar hasta la inminencia de la muerte de la embarazada para autorizar el aborto sin esperar el plazo de 48 horas, ni se tenía en cuenta los serios daños a la integridad física que se podían sufrir antes del riesgo de muerte.

El punto de vista de las partes y de los tribunales inferiores era consistente con la aproximación, en el ámbito de los *remedies*, de la Corte Suprema en materia de aborto: las leyes enjuiciadas eran constitucionales en su totalidad o inválidas para todos los efectos. En efecto, desde la famosa decisión de *Roe v. Wade* (1973), hasta *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* (1992), la Corte Suprema había efectuado un pronunciamiento abstracto sobre las respectivas leyes; *Ayotte* vino a cambiar el precedente sobre el tipo de solución jurisdiccional otorgada en casos de impugnación de leyes sobre aborto¹³¹.

En *Ayotte*, la Corte Suprema planteó el problema en los siguientes términos: “Cuando una ley que restringe el acceso a un aborto puede ser aplicada de una manera que daña la salud de la mujer ¿Cuál es la solución apropiada? Hablando en general, cuando confrontamos un defecto constitucional en una ley, intentamos limitar la solución al problema. Preferimos, por ejemplo, proscribir sólo las aplicaciones inconstitucionales de una ley, manteniendo la validez del resto, véase *United States v. Raines*, 362 U. S. 17, 20–22 (1960), o separar las partes problemáticas y dejar el resto intacto, *United States v. Booker*, 543 U. S. 220, 227–229 (2005).”

Bajo la declaración de principios contenida en el párrafo citado precedentemente, la Corte Suprema explica que su aproximación a los *remedies* se rige por tres principios. En primer lugar, siendo necesariamente cierto que una declaración de inconstitucionalidad frustra la intención de los representantes democráticamente elegidos, ésta no debe ir más allá de lo estrictamente necesario para resguardar la Constitución. En segundo lugar, a los tribunales les está prohibido reescribir la ley para que se condiga con la Carta Fundamental, de modo que las potestades para diseñar el *remedy* que soluciona el caso deben basarse en las reglas asentadas de adjudicación constitucional y el *remedy* mismo debe ser fácil de articular. En tercer y último lugar, debe tomar en cuenta la intención del legislador en orden a si hubiera deseado que su acto normativo permaneciera en pie, pese a la declaración de inconstitucionalidad de una parte de su texto o de su aplicación a determinados casos.

Pues bien, considerando factores ya mencionados, la Corte Suprema estimó que la *Parental Notification Prior to Abortion Act* era constitucional en sí y en la mayoría de los casos a que se aplicaba, ya que los

¹³¹ Vid. KOHRS (2007).

Estados tienen un derecho y un interés en asegurar, mediante la creación de un procedimiento previo al aborto que involucre a los padres, “el bienestar de aquellos o jóvenes ciudadanos cuya inmadurez, inexperiencia o falta de juicio puede, a veces, obstaculizar su habilidad para ejercer sus derechos sabiamente (Hodgson v. Minnesota, 1990)”. Sin embargo, en un número minoritario de casos, la exigencia de este procedimiento previo sería inconstitucional porque pondría una carga indebida en la adolescente embarazada y en el médico tratante que, enfrentándose a la amenaza inminente de un daño grave e irreparable a la salud de la primera, debían esperar el riesgo de muerte para que la situación pudiera subsumirse en alguna de las excepciones al deber de notificar a los padres y esperar 48 horas a que dieran noticia de haber sido avisados. Esta excepción adicional a aquellas establecidas en la ley venía impuesta directamente por la Constitución y la Corte Suprema no consideró necesaria una declaración de invalidez y un nuevo acto legislativo, sino que simplemente anuló el fallo de la Corte de Apelaciones y ordenó que ésta dictara una nueva resolución que fuera consistente con su dictamen; vale decir, que la Corte Suprema estimó que la ley era inaplicable a determinados casos por el efecto inconstitucional que se produciría, pero era perfectamente válida en otros.

§22. CONCLUSIONES EXTRAÍBLES DE LA *JUDICIAL REVIEW*.

A modo de corolario de lo que hemos explicado sobre la manera que el sistema americano de *judicial review* tiene de enfrentar las aplicaciones inconstitucionales de normas constitucionales, podemos afirmar lo siguiente:

- 1) Que el mecanismo de la *judicial review* ha identificado, con bastante claridad, entre las leyes inconstitucionales y aquellas que son constitucionales en abstracto, pero tienen aplicaciones que producen efectos inconstitucionales
- 2) El criterio determinante para distinguir una norma inconstitucional de una aplicación inconstitucional de una norma constitucional se encuentra suficientemente recogido en la rotunda frase de la Corte Suprema norteamericana: “Es incontrovertible que «una ley puede ser inválida cuando se aplica a un estado de cosas, pero válida, si se aplica a otro (Dahnke–Walker Milling Co. v. Bondurant, 257 U. S. 282, 289, 1921)» (*Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New England*, 2006). De una manera bastante clara, entonces, el tribunal supremo de Estados Unidos distingue el “perjuicio” constitucional que se produce recién cuando se aplica una ley a un caso concreto, y que se explica por las circunstancias del mismo, de aquel otro perjuicio –absolutamente abstracto– que se produce por la mera entrada en vigencia de la misma: “Porque los apelantes presentaron un reclamo de expropiación en el contexto de un *facial challenge*, no se presentó una controversia concreta concerniente a la aplicación de la ley a particulares operaciones mineras superficiales o a terrenos específicos. Entonces, la única materia que propiamente debe decidir la Corte de Distrito y, en consecuencia, esta Corte, es si acaso la «mera dictación» de la Ley sobre Minería en Superficie

constituye una expropiación.” (Hodel v. Virginia Surface Mining & Recl. Assn., 452 U.S. 264, 1981)

- 3) Implícito en lo expuesto en el numeral anterior, se encuentra que, en los Estados Unidos, la diferencia entre un control constitucional concreto y uno abstracto se aprecia sólo en la argumentación de la sentencia, que requiere o no, respectivamente, poner de relieve las circunstancias del caso en juicio para fundar la inconstitucionalidad.
- 4) Aun cuando la *judicial review* se produce por vía incidental, vale decir, que “el juez es investido de la cuestión de inconstitucionalidad por vía *incidental*, o de *excepción* –y por tanto la cuestión es prejudicial o accesoria a la solución del asunto–, en el sentido que juzga indirectamente la norma de la que se duda sobre su (in)constitucionalidad”¹³², la sentencia que dicta no tiene efecto sólo *inter partes*, ni la incidentalidad determina necesariamente que la revisión sea concreta, en el sentido de tomar en cuenta las particularidades del caso que constituye la controversia. Por tanto, incidentalidad, efecto *inter partes* de la sentencia y carácter concreto –en el sentido indicado– del juicio de constitucionalidad son variantes que no se implican entre sí lógicamente: en los Estados Unidos, la sentencia que acoge la excepción de inconstitucionalidad del demandado respecto a la ley que lo perjudica porque la ley es inválida *on its face*, tiene efecto *erga omnes*, en virtud del principio de *stare decisis*, aunque no pueda eliminar la disposición del *Act* en que se encuentra¹³³.

CANADÁ

§23. DIVERSOS CONSTITUTIONAL REMEDIES PARA DISTINTAS INCONSTITUCIONALIDADES.

La jurisdicción constitucional canadiense, en muchos aspectos se asemeja a la *judicial review* norteamericana. Se ejerce mediante un sistema de control difuso, incidental, desarrollado bajo los esquemas del *common law*, basado en el principio de *stare decisis* y dirigido, en último término, por la Corte Suprema canadiense¹³⁴.

Pese a las similitudes, nos interesa detener la atención en el hecho que, desarrollando los “*constitutional remedies*” –vale decir, las soluciones jurisprudenciales que satisfacen un reclamo exitoso contra una impugnación de constitucionalidad– ha llegado a un catálogo amplio de mecanismos para hacer frente a las diversas manifestaciones del vicio llamado “inconstitucionalidad”¹³⁵: la nulidad de la ley (*nullity*); la declaración de validez temporal (*temporary validity*) de una ley inconstitucional cuya

¹³² SCARCIGLIA (2011) p. 197.

¹³³ RUBIO (2012) p. 1261.

¹³⁴ Vid. MATHEUS SAMPER (2004).

¹³⁵ Seguimos la enumeración de *Ibid.*, p. 270.

abrogación *hic et nunc* traería efectos más graves que su mantención; la divisibilidad (*severance*) de aquellos pasajes de la ley que no están contaminados por la inconstitucionalidad del resto; la adición de nuevas palabras (*read in*) a la ley cuando otorga un beneficio a sólo un grupo de personas, pero excluye a otro que está en la misma situación; la interpretación restrictiva (*reading down*) de las leyes que equiparan situaciones constitucionalmente diferentes; y las “dispensas constitucionales” (*constitutional exemptions*) cuando “una legislación sería inconstitucional si se aplicara a ciertos individuos o grupos, dependiendo del caso.”

§24. LA DISPENSA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN CANADIENSE.

Las dispensas constitucionales han sido construidas por la jurisprudencia canadiense a partir de dos disposiciones de la *Constitution Act* de 1982 que hacen referencia a la supremacía constitucional. Por un lado, el artículo 52(1), que establece:

Artículo 52. (1) La Constitución de Canadá es la ley suprema de Canadá, y cualquier ley que sea inconsistente con las disposiciones de la Constitución es, hasta donde alcance la inconsistencia, ineficaz (“no force or effect”).

Aunque la jurisprudencia ha entendido mayoritariamente que esta disposición contempla exclusivamente a la nulidad como solución (*remedy*) a las leyes inconstitucionales¹³⁶, una minoría de la Corte Suprema ha señalado que el mandato emanado del artículo 52(1) implica que los tribunales pueden y deben, al fijar el “alcance de la inconsistencia” de la ley con la Constitución, restringirse a declarar la inconstitucionalidad de las aplicaciones “inconsistentes” de la norma legal, cuando ésta es constitucional en abstracto¹³⁷.

Para evitar la asociación del precitado artículo 52 con la nulidad, la jurisprudencia ha recurrido al artículo 24(1) de la *Constitution Act*, que otorga la mayor discreción a los tribunales en la configuración de los *remedies*¹³⁸, para justificar las dispensas constitucionales. El artículo 24(1) de la Carta Fundamental canadiense dispone:

Artículo 24. (1) Cualquier persona cuyos derechos o libertades, garantizados por esta Carta Fundamental, hayan sido infringidos o negados puede ocurrir a un tribunal competente para obtener una solución (remedy) que este considere apropiada y justa según las circunstancias.

¹³⁶ En contra, *R. v. Ferguson*, [2008] 1 S.C.R. 96, 2008 SCC 6.

¹³⁷ Cfr. SANKOFF (2000) p. 20.

¹³⁸ “Como McIntyre J. señaló en *R. v. Mills*, «es difícil imaginar un lenguaje que pueda dar una discreción más amplia y menos restringida. Es imposible reducir esta amplia discreción a cierta fórmula vinculante para aplicar en todos los casos, y no le corresponde a las cortes de apelación evitar o recortar esta vasta discreción.» Más recientemente, McLachlin C.J. también ha observado que el artículo 24(1) «parece conferir la más extensa de las posibles discrecionalidades a un tribunal para configurar soluciones contra violaciones de los derechos de la Carta.” ROACH (2005) p. 105.

A partir de los dos artículos referidos, se ha elaborado –no sin controversia– la doctrina de las dispensas constitucionales para dos casos que debemos distinguir para efectos de nuestro estudio¹³⁹, ya que sólo el segundo presenta un interés para nosotros:

- a) Por un lado, están las dispensas constitucionales que se otorgan durante el período de extendido de vigencia de una legislación declarada inválida por inconstitucional. En este caso, la norma es inconstitucional en abstracto y su eliminación del sistema sólo ha sido pospuesta para darle tiempo al legislador para llenar el vacío que quedará después de ésta; la dispensa no se otorga porque la ley produce un efecto inconstitucional en el caso concreto, siendo una norma generalmente válida, sino que se trata de una solución temporal para evitar los perjuicios que sufrirían las personas en el tiempo intermedio entre la sentencia de inconstitucionalidad y la abrogación de la norma.
- b) Por otro lado, están las dispensas que se otorgan por el juez cuando se enfrenta a una norma que considera generalmente válida, pero que sólo en casos específicos y extravagantes puede producir efectos inconstitucionales al aplicarse.

A esta última categoría se refiere el comparatista PEGORARO cuando señala: “la jurisprudencia canadiense ha elaborado un tipo de fallo que contiene aquello que la doctrina denomina «*constitutional exemption*». Con ésta, se salva la ley, cuya aplicación no se extiende a la parte o partes (del juicio).”¹⁴⁰ Esta verdadera “dispensa constitucional” permite al juez ordinario introducir en el ámbito de aplicabilidad de la ley democrática una excepción que le resta eficacia en la controversia que actualmente conoce y en todos aquellos para los que sirva de precedente, sin juzgar –en principio– su validez; la “dispensa constitucional –como señalan dos autores canadienses– vuelve a la ley ineficaz respecto de un determinado solicitante que sufre efectos inconstitucionales por su aplicación, pero deja la disposición legal intacta para otros.”¹⁴¹

Este tipo de control de constitucionalidad se dirige a (y tiene por objeto exclusivamente) los efectos de la ley en el caso concreto, con sus particularidades que sobrepasan el supuesto de hecho general descrito en la norma enjuiciada. Prueba de lo anterior, es que se reconoce cómo “una ley puede tener efectos inconstitucionales en unos pocos casos, pero puede ser válidamente aplicada a la mayoría”¹⁴².

§25. EJEMPLO DE DISPENSA CONSTITUCIONAL: R. V. CHIEF (1989).

¹³⁹ Cfr. LOKAN y KASTNER (2009) p. 180 y SANKOFF (2003) p. 233.

¹⁴⁰ PEGORARO (2004) p. 113.

¹⁴¹ LOKAN y KASTNER (2009) p. 179.

¹⁴² Kent ROACH, *Constitutional Remedies in Canada* (Aurora ON: Canada Law Book, 2008), en 14.560, citado por *Ibid.*, p. 180.

Los casos en que la Corte Suprema canadiense se ha referido a las dispensas constitucionales han sido a título de *obiter dicta*¹⁴³ y sus últimas decisiones han negado la posibilidad de entregar este *remedy* para aquellos casos en que la ley ha fijado mínimos obligatorios al juez respecto al número de años de condena a privación de libertad en causas penales cuando la condena mínima parece desproporcionada de acuerdo a las circunstancias concretas del caso¹⁴⁴.

En consecuencia, un caso de la *Court of Appeal* de Yukón nos ayudará a ejemplificar el uso de las dispensas constitucionales: *R. v. Chief* (1989).

Un integrante de la comunidad indígena que tenía por oficio ser trampero protagonizó una situación de violencia intrafamiliar en que golpeó a su cónyuge y agitó un rifle frente a ella y a su sobrina. En Canadá, tanto a la época de los hechos como actualmente, el *Criminal Code* castiga con pena de cárcel la conducta de apuntar un arma de fuego, cargada o no, a otra persona y, además, establece una prohibición especial de poseer armas de fuego para el condenado que se extiende temporalmente más allá del término de la privación de libertad. Durante el juicio de primera instancia, el condenado logró probar que era un trampero que ejerce la costumbre indígena de la caza, de la que dependían los ingresos de su familia y que también le servía para alimentarla, pero el tribunal lo condenó al mínimo de todas las penas de cárcel, a 2 años de libertad condicional, incluida la interdicción de poseer armas de fuego por 5 años. Por el contrario, la *Court of appeal* de Yukón otorgó una dispensa constitucional al condenado respecto a la ley penal que le imponía dicha interdicción.

Chief Justice McEachern, en su opinión de mayoría, hizo referencia explícita a que la aplicación de la prohibición de poseer armas era aplicable en situaciones muy diversas y que el caso concreto contenía una situación específica que la ley no atendía:

“esta disposición funciona de manera muy desigual entre diferentes personas a quien se les aplica. En el caso de un trampero del Yukón, y en varias partes del Norte de Canadá, una prohibición de poseer armas de fuego es virtualmente una prohibición de obtener trabajo en la única vocación que estaría disponible para él, porque sería un trampero muy tonto el que se aventurara en la naturaleza, donde los osos grizzly pueden encontrarlo, sin un arma confiable. Además, muchos animales peligrosos están todavía vivos, aunque aprisionados al momento que el trampero se acerca, y la única manera de dárselos muerte de manera segura es mediante el uso de armas de fuego. Por otro lado, un cazador casual, que disfruta entre los arbustos cada otoño buscando por algún animal desafortunado que matar en nombre del deporte puede aguantar esta prohibición simplemente dedicándose a otros deportes recreacionales.” (énfasis nuestro)

¹⁴³ Cfr. SANKOFF (2000) p. 3 y ROSENBERG y PERRAULT (2002) p. 382 y sgtes.

¹⁴⁴ Por todos, *vid.* *R. v. Ferguson*, 2008.

Aunque la solución de la *Court of appeal* puede no compartirse por el peligro que significaría para la familia otorgar la dispensa constitucional de la prohibición de poseer armas –riesgo que, en opinión de la mayoría, sería conjurado por el régimen de libertad provisional–, lo relevante del razonamiento de la sentencia es que considera que las particularidades del condenado, descartadas como relevantes por la regla legal, hicieron que la aplicación de la norma tuviera efectos contrarios al artículo 12 de la Carta Fundamental canadiense que prohíbe la imposición de castigos o tratos inusuales y crueles. Como la misma norma que ordenaba la interdicción de poseer armas de fuego podía, en palabras de McEachern, tener efectos perfectamente constitucionales aplicada a la mayoría de los casos que caen bajo su sentido y alcance –entre los que se podía encontrar el de quien ejercía la caza como pasatiempo o, incluso, el de un “trampero con un conocido historial de violencia”– el juez aludido se preguntó cuál era el mejor *remedy*, teniendo particularmente en cuenta que “existe un importante grupo de antecedentes sobre el tema de qué debe hacer un tribunal cuando encuentra una disposición aparentemente válida en la mayoría de los casos, pero inconstitucional en relación a un particular acusado.”

En definitiva, considerando la cantidad de precedentes de la Corte Suprema en contra de los *remedy* consistentes en *reading in* y *reading down* las disposiciones de la ley, se otorgó una dispensa constitucional para el caso del acusado. En sus palabras finales, McEachern se encarga de señalar expresamente que el mero hecho que una pena impida usar armas de fuego a quien necesita más o menos regularmente de ellas no produce efectos inconstitucionales de por sí, ni tampoco el hecho que una pena impida ejercer un determinado empleo los causa, sino que se trata de una combinación de circunstancias en la controversia específica.

§26. LA DISPENSA CONSTITUCIONAL COMO CONTROL CONCRETO.

Al igual que en el caso de Estados Unidos, todo el sistema de jurisdicción constitucional de Canadá es incidental, pero esta categoría no condiciona que el pronunciamiento sea enfocado en el caso concreto en que se realiza la impugnación constitucional: el rango de respuestas del juez ordinario va desde la declaración de *nullity* de la ley, que no toma en cuenta ninguna circunstancia del caso excepto que la norma es aplicable porque lo regula, hasta la dispensa constitucional que, al igual que la declaración de inconstitucionalidad *as applied*, se construye y se explica sólo a partir de unas particulares circunstancias en que la aplicación de la ley produciría efectos inconstitucionales: el examen del caso concreto, en este último sentido, es un control de constitucionalidad de los efectos de la ley que se ve necesariamente determinado por hechos distinguibles de los descritos en la norma controlada.

CONCLUSIÓN

§27. CONCLUSIONES EN RELACIÓN AL DERECHO COMPARADO.

De esta resumida y específica revisión del control incidental de constitucionalidad en algunos de los países cuyas jurisdicciones pueden considerarse ejemplo de las principales variantes de la justicia constitucional, nos interesa dejar claro que la circunstancia (normativa) que la impugnación de la validez de una ley se plantee dentro de una controversia judicial no determina, en absoluto, que el tribunal llamado a juzgar esa impugnación –el mismo que conoce la controversia, en la *judicial review*, u otro distinto, en el modelo europeo– efectúe un control de la ley en cuanto aplicada a la realidad concreta de las partes de la controversia o un control de la disposición legal en sí misma, despojada de todos los posibles casos en que se aplique.

El grado de desconexión es tal entre el control incidental y la concreción de la revisión constitucional, que la *judicial review* norteamericana –caso ejemplar del control incidental, ya que la impugnación de la ley sólo puede nacer dentro de un juicio específico– efectúa declaraciones de inconstitucionalidad de la ley tanto abstractas (*on its face*), como concretas (*as applied*), y estas últimas se caracterizan por tomar en cuenta determinadas circunstancias de las partes de la controversia que no fueron contempladas en el supuesto fáctico de la norma legal que se objeta y que son constitucionalmente relevantes en el sentido que justifican la inaplicación de aquella en ese caso.

Por otra parte, coincidimos plenamente con la opinión del ex–magistrado del Tribunal Constitucional español, FRANCISCO RUBIO LLORENTE, en el sentido que, en el modelo europeo–kelseniano, “la ley no es juzgada **en relación** con el caso concreto, sino a lo más **con motivo** de él”¹⁴⁵ (énfasis nuestro), ya que este modelo no ha se ha vuelto más concreto con la sola introducción del control incidental. Este autor, refiriéndose a las diversas jurisdicciones constitucionales existentes en Europa que siguen el modelo kelseniano, señala que: “Tampoco significa una aproximación al modelo norteamericano la apertura a todos los tribunales (...) de la posibilidad de cuestionar ante el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de la ley que deben aplicar para la solución de un caso concreto, pues esta impugnación sigue siendo una impugnación abstracta, anterior a la decisión del litigio y cuyo objeto no es ni puede ser otro que el puro enunciado de la ley.”¹⁴⁶

¹⁴⁵ RUBIO (2012) p. 1378.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 1266. En diversos pasajes de su obra, el autor español aclara que el control incidental europeo no es un control concreto: “La denominación alemana de esta vía de control (*Konkrete Normenkontrolle*) no debe inducir a error, pues también la cuestión planteada por el Juez, aunque nacida de un caso concreto, es una cuestión abstracta” (*Ibid.*, p. 1266, nota al pie n° 45); “(...) aunque el problema se suscite, como ocurre en el amparo, con motivo de la aplicación de la Ley a un caso concreto, el juicio que sobre la constitucionalidad de la norma legal ha de hacer el juez europeo no es un juicio sobre la aplicación, sino sobre la Ley misma; en rigor, sobre su enunciado, y a lo más, aceptando ya la licitud del juicio sobre normas y no sobre enunciados que la práctica ha impuesto, sobre una interpretación general del precepto. La lógica del sistema europeo prevalece sobre toda otra consideración y también por esta vía el juicio sobre la Ley sólo es eficaz en la medida en la que es juicio abstracto” (*Ibid.*, p. 1269); “(...) el juicio sobre la constitucionalidad de la ley es siempre en los Estados Unidos, con independencia de cuál sea su punto de referencia (enunciado legal o norma), un juicio concreto que toma en consideración las lesiones actuales, no puramente potenciales, que la ley produce en los derechos fundamentales de las partes; en Europa, por

Bajo esta necesidad de separar lo que es control incidental de lo que es control de los efectos de la aplicación de la norma legal (control concreto propiamente dicho, si se quiere), RUIZ MIGUEL aporta importantes luces al estudio de la justicia constitucional comparada cuando aclara que una adecuada comparación entre jurisdicciones constitucionales debe mantener como elementos distintos y distinguibles: “el carácter incidental o principal del procedimiento, el tipo de argumentación (del tribunal: concreta o abstracta) y los efectos de la decisión.”¹⁴⁷ Así, por ejemplo, la cuestión de constitucionalidad española es un procedimiento incidental que resuelve un tribunal distinto al del juicio principal, argumentado de manera abstracta y cuya resolución tiene efecto *erga omnes*, mientras la *judicial review* norteamericana es una cuestión incidental resuelta por el mismo tribunal del juicio principal, que puede enjuiciar la norma abstracta o en su aplicación concreta y que tiene efectos *inter partes*, pero generalizables como precedente.

De la comparación de los controles de constitucionalidad que hemos revisado podemos extraer la conclusión que el control incidental, europeo o norteamericano, presupone la existencia de una norma legal aplicable al caso y relevante para su decisión –de otra manera, no cabría hablar de “incidental”–, pero existe una diferencia considerable entre un sistema de control incidental concentrado y otro difuso. Cuando es un tribunal distinto el que enjuicia la constitucionalidad de la norma del que la aplicará es necesario que el ordenamiento establezca si sólo uno de los dos órdenes jurisdiccionales (el constitucional o el ordinario) puede revisar que la norma sea efectivamente aplicable y relevante o sólo uno de ellos. En este aspecto, la experiencia francesa, italiana y española son el punto válido de comparación para entender nuestra INA, ya que el control incidental es concentrado en un tribunal distinto al del juicio principal donde se aplica la norma inválida.

Por otro lado, las dos grandes diferencias del control de constitucionalidad incidental que se ejerce en Francia, Italia y España con el que se ve en Chile a través de la INA son el efecto *erga omnes* y el análisis abstracto de la norma en aquellos países, mientras que en Chile el efecto es *inter partes* y el análisis es concreto: sólo se refiere a los efectos de la aplicación de la norma, no a ella en sí. Por el contrario, Canadá y Estados Unidos han desarrollado doctrinas jurisprudenciales –“*constitutional exemptions*” y “*as applied challenges*”, respectivamente– que permiten a los tribunales enfrentar el problema

el contrario, este juicio es siempre, incluso cuando concluye en la invalidación de una determinada interpretación, un juicio abstracto cuyo resultado final no se define por referencia a las circunstancias fácticas concretas del caso en el que se produce (y que, en consecuencia, delimita también, de modo abstracto el restante contenido normativo –válido– del enunciado)” (*Ibid.*, p. 1280); “El control concreto de constitucionalidad, lo que en la terminología española llamamos «cuestiones de constitucionalidad» es una institución que se encuentra realmente en la frontera entre los dos modelos (la *judicial review* y el europeo), pero funcionalmente, creo, más cercana al segundo que al primero de ellos. El objeto del «litigio» es también en ella la constitucionalidad de la ley, e incluso, a pesar de la denominación germánica de «control concreto», la constitucionalidad de la ley en abstracto, pues el juicio que el órgano de la jurisdicción constitucional ha de hacer versa también en este caso sobre la norma legal, sobre su validez general, no sobre su aplicación al caso concreto.” (*Ibid.*, p. 1385)

¹⁴⁷ RUIZ MIGUEL (2000) p. 153.

específico de las aplicaciones inconstitucionales de normas constitucionales en abstracto. En consecuencia, son estos países norteamericanos parecen un mejor punto de comparación con Chile en lo referido a la concreción del control de constitucionalidad de la ley.

Aparte de permitirnos efectuar una correcta comparación entre los diversos sistemas de justicia constitucional, de la lectura del derecho comparado podemos desprender que existen tres elementos distintos en el control incidental de constitucionalidad de las normas: aplicabilidad de la norma, relevancia para el juicio principal y concreción del examen. Los dos primeros son necesarios, mientras que el último es sólo contingente.

La “aplicabilidad”, *prima facie*, consiste en la característica que la norma legal impugnada regule el caso que constituye la controversia principal; en este sentido, debe existir cierta correlación –que veremos con detalle más adelante– entre el caso general que la disposición describe y le atribuye una consecuencia normativa, y las circunstancias concretas de las partes del juicio principal¹⁴⁸.

La “relevancia” presupone la aplicabilidad, pero no se identifica con ella. En efecto, el Tribunal Constitucional español ha señalado que “(c)osa bien distinta es, sin embargo, que aun siendo aplicable esta norma, dependa el fallo del pronunciamiento que nosotros pudiéramos hacer respecto de su validez, pues ambas condiciones no se implican recíprocamente. Ciertamente la aplicabilidad de la norma es condición necesaria para que el fallo dependa de su validez, pero no es, en modo alguno condición suficiente.” (STC español 17/1981, 01.06.1981, fundamento jurídico 4º). La relevancia, en consecuencia, implica “que el fallo, que haya de dictarse en el procedimiento *a quo* dependa de la validez o falta de validez de la norma cuestionada o, lo que es lo mismo, que exista una directa relación entre validez o invalidez de la norma y el fallo a dictar” (STC español 103/1983, 22.11.1983, FJ 1º). En definitiva, la relevancia de la norma legal conlleva el hecho que sea determinante para el resultado del proceso, a la vista del tipo de procedimiento y lo pedido por las partes: “tal dependencia implica que debe existir una correlación lógica y directa entre la eventual anulación de la norma legal cuya constitucionalidad se cuestiona y la satisfacción de pretensiones objeto del petitum de las partes en el proceso a quo.” (STC español 94/1986, 08.07.1986, FJ 2)

Pero, como hemos reiterado, ni la aplicabilidad de la norma, ni su relevancia para la decisión del procedimiento principal conllevan necesariamente que, argumentalmente, el juicio sobre su constitucionalidad sea determinado por características específicas de las partes en contienda y que no se repiten en otras hipótesis en que la misma ley se puede aplicar. El juicio puede seguir siendo abstracto, como sucede en España, Italia y Francia.

¹⁴⁸ Aunque estamos adelantándonos, conviene señalar que esta “aplicabilidad” coincide con la suma de las condiciones de aplicabilidad “interna” y “externa” a que hacen referencia FERRER y RATTI (2010) p. 623.

Para que el control sea concreto, se requiere algo más que la mera incidentalidad: es imprescindible mirar circunstancias que no fueron recogidas como relevantes a la hora de determinar el campo de aplicación de la norma. Esta mirada “microscópica” del control concreto otorga una profundidad superior a la tarea de los órganos de jurisdicción constitucional: “Una ley que penaliza el consumo de drogas ilegales, por ejemplo, puede parecer constitucionalmente impecable si se la considera en abstracto, pero su aplicación a las personas que consumen peyote en sus ceremonias religiosas resulta problemática. De manera similar, una ley que castiga el exhibicionismo ante menores de edad puede ser admisible en términos generales, pero plantea problemas de constitucionalidad si se ha de aplicar a ciertas formas de expresión artística en las calles. Se podrían dar numerosos ejemplos de leyes que necesitan ser matizadas cuando afectan a situaciones específicas.”¹⁴⁹

En todos los casos en que se ejerce un control propiamente concreto de constitucionalidad, la norma no es enjuiciada en cuanto sí, sino que se miran los efectos que produce su aplicación en uno o varios casos en que el enunciado normativo es aplicable. Es este tipo de control, y no propiamente el incidental, el que constituye el instrumental correcto para tratar los vicios a que nos referíamos en §5; este control es aquel “mecanismo eficaz para neutralizar las disposiciones viciadas”¹⁵⁰, cuando el vicio consiste en que la norma se revela inconstitucional cuando entra en contacto con determinado tipo de casos y se mantiene plenamente válida en el resto.

¹⁴⁹ FERRERES (2011) p. 116

¹⁵⁰ ZAPATA (2008) p. 294.

INTRODUCCIÓN

§28. REGULACIÓN POSITIVA DE LA INA.

La INA tiene una escasa regulación constitucional. El artículo 93 N° 6 de la Carta Fundamental dispone:

“Artículo 93.– Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

6° Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución;”

Asimismo, el inciso undécimo del mismo artículo establece mayores detalles de la acción:

“En el caso del número 6º, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.”

En el nivel legal, el Decreto con Fuerza de Ley N° 5, del año 2010, del Ministerio de Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, contempla un párrafo completo dedicado a la INA, pero las disposiciones fundamentales que nos interesan son las siguientes:

“Artículo 80. El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas.”

Artículo 81. El requerimiento podrá interponerse respecto de cualquier gestión judicial en tramitación, y en cualquier oportunidad procesal en que se advierta que la aplicación de un precepto legal que pueda ser decisivo en la resolución del asunto resulta contraria a la Constitución.

Artículo 84. Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:

(...)

5. Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y

6. Cuando carezca de fundamento plausible.

Artículo 89. La sentencia que declare la inaplicabilidad del precepto legal impugnado deberá especificar de qué modo su aplicación en la gestión pendiente de que se trata resulta contraria a la Constitución.

Artículo 90. Resuelta la cuestión de inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional, no podrá ser intentada nuevamente, por el mismo vicio, en las sucesivas instancias o grados de la gestión en que se hubiere promovido.

Artículo 92. La sentencia que declare la inaplicabilidad solo producirá efectos en el juicio en que se solicite.

Lo cierto, es que ni siquiera la interpretación de los preceptos recién citados puede dar completa cuenta de la realidad del examen de constitucionalidad que realiza el TC, ya que este mismo ha desarrollado prácticas sin amparo normativo, para la mejor resolución de las causas que conoce¹⁵¹. Sin embargo, consideramos que estas disposiciones son un buen punto de inicio desde el cual avanzar en una caracterización completa de la INA como el mecanismo que nuestra justicia constitucional posee para hacer frente a aquellas normas legales válidas que producen efectos inconstitucionales en ciertos casos.

§29. MODELO EXPLICATIVO DE LA INA.

A partir de las disposiciones precitadas, estimamos que a la INA se le pueden atribuir tres características, que desarrollaremos por separado:

- 1.- Por su **carácter incidental**, la INA puede controlar vicios que se producen en la aplicación judicial de las leyes (§29 a §41).
- 2.- Como **cuestión prejudicial** a una gestión principal, la INA se hace cargo sólo de aquellas normas que pueden producir un efecto decisivo en la misma (§42 a §45).
- 3.- En cuanto mecanismo de **control concreto**, la INA impide que se produzcan efectos inconstitucionales por aplicación de leyes válidas o inválidas (§46 a §55).

¹⁵¹ Cfr. BRAZ (2012) p. 210.

En nuestra opinión, este modelo explicativo de tres escalones se encuentra respaldado por las disposiciones constitucionales y legales que configuran la INA, permite dar cuenta adecuadamente de las principales características que la jurisprudencia del TC ha atribuido a esta acción, y, por último, reconoce correctamente las características del tipo de infracción constitucional que el Tribunal describe cuando señala que *“la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto, (...) no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional”*. (STC N° 718, 26.11.07)

La Constitución, aún en su escasa regulación, expresa de manera diferenciada el hecho que una norma sea aplicable a una gestión judicial pendiente, de la circunstancia que esa norma sea decisiva para la resolución que el tribunal de esta última deba tomar y de la consecuencia inconstitucional de la aplicación de la ley.

En efecto, por un lado, el numeral 6° del artículo 93 sólo hace referencia a que el precepto legal se aplica “en” una gestión judicial, mientras que es el inciso undécimo el que exige expresamente que la aplicación sea “decisiva”.

En el caso de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional¹⁵² (en adelante, LOTC), la distinción entre aplicabilidad del precepto y su relevancia para la resolución del asunto es patente en la quinta causal de inadmisibilidad de la INA que el artículo 85 establece disyuntivamente de la siguiente manera: *“el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto”*. La historia de esta disposición durante la discusión parlamentaria de la ley N° 20.381, que modifica la ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, muestra que el mensaje presidencial también contemplaba este distingo, pero de una manera particular: el examen de admisibilidad no comprendía la aplicabilidad del precepto en la gestión judicial en tramitación, pero sí su relevancia para la decisión del asunto. En efecto, el artículo 47 F, que se agregaba a la LOTC, disponía que una sala del TC controlara que *“la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de ese asunto”*, mientras que la aplicabilidad del precepto era una de las materias que el tribunal de la causa principal debía certificar, junto con el estado de la causa y la calidad de la parte requirente (art. 47 A).

De igual manera, el actual artículo 81 dispone que puede interponerse la INA en cualquier oportunidad procesal *“en que se advierta que la aplicación de un precepto legal (,) que pueda ser decisivo en la resolución del asunto”* produzca efectos inconstitucionales.

Consideramos que el estudio de la aplicabilidad debe separarse de las explicaciones referidas a la “relevancia” de la norma en el juicio principal como requisito del control ejercido por el TC en la INA.

¹⁵² Actualmente contenida en el D.F.L. N° 5, de 2010, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

En los estudios nacionales referidos a la INA o –específicamente– al control de admisibilidad de la misma, las nociones de aplicabilidad y relevancia no son generalmente presentadas con las debidas distinciones y tienden a ser refundidas como un solo concepto: “aplicación decisiva”¹⁵³. Sin embargo, el TC –en ocasiones– ha distinguido con claridad entre aplicabilidad, relevancia y producción de efectos constitucionales:

*“TERCERO. Que este Tribunal debe determinar si el artículo 116 del Código Tributario, precepto legal impugnado en este proceso, (1) **puede recibir aplicación en la gestión pendiente**, (2) **si la misma es decisiva** y, a continuación, (3) **si ello produce efectos contrarios a la Carta Fundamental**, todo en consideración a lo previsto por el artículo 93, N° 6, de la Constitución Política;”* (STC 603, 04.09.07)¹⁵⁴ (énfasis y numerales añadidos)

¹⁵³ Vid. FILLOY y SOTO (2011) p. 196, MASSMANN BOZZOLO (2009) p. 278, ZÚÑIGA URBINA (2010) p. 95 y PONCE DE LEÓN SALUCCI (2012) p. 235. Una excepción a este tratamiento indiferenciado de la aplicabilidad y la relevancia puede buscarse en SAENGER GIANONI (2009) p. 281.

¹⁵⁴ El pasaje, aunque extraído de una sentencia de admisibilidad dictada en Sala por el TC, se repite en 27 resoluciones dictadas entre la fecha señalada y el 23 de octubre de ese año; todas referidas a INA contra el artículo 116 del Código Tributario resueltas con posterioridad a su declaración de constitucionalidad. Tampoco podemos afirmar que el TC sea tajante en separar “aplicabilidad” y “relevancia”; no ha faltado, de hecho, alguna temprana del tribunal parece identificar ambos conceptos: «De esta forma, mientras el tribunal que conoce de la gestión pendiente en que se ha incoado esta acción constitucional no acoga, por sentencia ejecutoriada, la pretensión del Instituto de Normalización Previsional, en el sentido de encontrarse prescrita la respectiva acción ordinaria, debe estimarse que los preceptos legales impugnados en estos autos se encuentran en la situación de “poder ser aplicados” en la decisión de la aludida gestión, cumpliendo así el requisito constitucional de estimarse decisivos para la resolución del asunto, por lo que se desechará esta primera cuestión previa;» (STC 790, 11.12.07)

En otro caso de identificación entre aplicabilidad y relevancia de la norma, tres parejas homosexuales solicitaron hora al Servicio de Registro Civil para contraer matrimonio en Chile, una de ellas, y para inscribir su matrimonio válidamente celebrado en el extranjero, las otras dos. Ante la negativa del Servicio para celebrar o inscribir los matrimonios, todos los perjudicados recurrieron de protección contra dicho dictamen que consideraban arbitrario. La Corte de Apelaciones de Santiago dictó, como medida para mejor resolver, una resolución en que se solicitaba al Tribunal Constitucional “un pronunciamiento relativo a la aplicabilidad o inaplicabilidad del precepto legal contemplado en el artículo 102 del Código Civil, respecto de la materia del presente recurso de protección.” El precitado artículo dispone: “Art. 102. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente.”

La mayoría del TC, en una sentencia compleja y con múltiples votos concurrentes, desestimó la duda de constitucionalidad planteada por la Corte de Apelaciones de Santiago en razón de que los requisitos del matrimonio sería un tema de reserva legal donde el legislador posee libertad de configuración y que lo que se pretendía era la aplicación de un estatuto complejo de normas a una situación para la que no fue diseñado. El TC añadió un último argumento de rechazo basado precisamente en la existencia de normas redundantes cuya aplicación no había sido impugnada: «A mayor abundamiento, el requerimiento de autos tampoco puede considerarse bien formulado, toda vez que dos de las parejas que son parte en la acción de protección *sub lite* se casaron en el extranjero, **sin que la Corte de Apelaciones de Santiago solicitara la inaplicabilidad de diversas normas de la Ley de Matrimonio Civil y, en especial, del artículo 80** de aquel cuerpo normativo que establece que “los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una

En este punto, consideramos que la doctrina española lleva trabajo avanzado, ya que –contando con un texto normativo similar al nuestro¹⁵⁵– ha llegado a establecer las diferencias y relaciones entre la aplicabilidad y relevancia de una norma. Así, CORZO explica que “esta relación es disociable, ya que hay que tener presente que toda relevancia conlleva la noción de aplicabilidad de la norma; sería absurdo pensar que una norma es relevante si no es aplicable a un proceso. En sentido contrario, no toda aplicabilidad da lugar a la relevancia, porque una norma puede ser aplicable, como otras tantas, pero puede suceder que con ella no se resuelva la controversia.”¹⁵⁶ El mismo autor ejemplifica su aserto con una sentencia del Tribunal Constitucional español que señala: “Cosa bien distinta es, sin embargo, que aun siendo aplicable esta norma, dependa el fallo del pronunciamiento que nosotros pudiéramos hacer acerca de su validez, pues ambas condiciones no se implican recíprocamente. Ciertamente, **la aplicabilidad de la norma es condición necesaria para que el fallo dependa de su validez, pero no es, en modo alguno, condición suficiente.**” (STCE 17/1981; en igual sentido, STCE 26/1984) (énfasis nuestro)

Por último, a la aplicabilidad y a la relevancia de la norma impugnada, debe sumarse la producción de efectos inconstitucionales para terminar de configurar la infracción o vicio contrario a la Carta Fundamental, ya que éste es el elemento que constituye propiamente la clase de transgresión que enfrenta la INA y, por tal motivo, es un aspecto de fondo de esta acción cuya presencia o ausencia no se encuentra entre las causales de inadmisibilidad.

Si deseáramos relacionar las características de la infracción constitucional que soluciona la INA, resulta útil la distinción entre condición, ocasión y causa que articula la filosofía clásica: “La *condición* es un requisito para que la causa pueda ejercer su influjo, pero no es causa ella misma. Así, para que el fuego quemara la madera es necesario que se le junte: ello es *condición* para que pueda el fuego realizar su acción causal. Tampoco la *ocasión* es la causa, sino algo que facilita la acción de la causa. Por ejemplo que haya silencio es algo que convida a la meditación, que facilita el dedicarse a ella, pero no es su causa: es una *ocasión* para meditar.”¹⁵⁷ Haciendo el paralelo con la infracción constitucional de que tratamos, la condición para la existencia de esta patología normativa es la incidentalidad, ya que sin la

mujer.” De esta manera, el reproche al artículo 102 del Código Civil **no resulta decisivo en la resolución de la gestión pendiente en lo que se refiere a las aludidas parejas.**» (STC 1881, 03.11.11)

En el caso de los dos matrimonios extranjeros entre homosexuales, el artículo 102, más que “no decisivo”, no se les aplica, porque el mismo artículo 80 de la Ley de Matrimonio Civil señala, de manera independiente y exhaustiva, cuáles son los requisitos para que un matrimonio extranjero sea reconocido en Chile: que cumpla con los requisitos de validez que imponga el ordenamiento del lugar de celebración y que sea entre hombre y mujer.

¹⁵⁵ Mientras nuestra LOTC, mirada *a contrario sensu*, exige que el “precepto legal impugnado (...) ha de tener aplicación (y) ella (la aplicación) (...) resultará decisiva en la resolución del asunto” (art. 84 N° 5), la Constitución española toma como objeto de la cuestión de constitucionalidad a una norma “aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo” (art. 163).

¹⁵⁶ CORZO (1998) p. 431; en el mismo sentido DE LA CUEVA (2010).

¹⁵⁷ UGARTE GODOY (2010) p. 248, §349.

posibilidad que se aplique un precepto legal en una gestión judicial determinada es imposible que esta norma produzca un efecto inconstitucional en esa instancia jurisdiccional; por su parte, la relevancia de la norma –o, como lo señala la LOTC, la circunstancia de que “*resultará decisiva en la resolución del asunto*”– es importante para la producción del efecto inconstitucional que se desea evitar en la gestión judicial pendiente, pero sólo en el sentido que la relevancia es la ocasión de que se produzca el efecto inconstitucional; la relevancia facilita que la aplicación de una norma legal válida produzca un estado de cosas inconstitucional, porque la diferencia que existe entre una norma aplicable a una gestión judicial y una norma aplicable y relevante, es que esta última permite u ordena la producción del efecto inconstitucional, aunque pueden existir otras que presenten la misma función en el juicio y, en consecuencia, aquella es sólo facilitadora de la aparición de la patología normativa. Por último, la causa formal del vicio, aquello que constituye lo que la infracción es, consiste en que el precepto legal aplicable produzca resultados inconstitucionales en la gestión judicial pendiente.

A manera de espejo, se pueden emparejar las características de la INA –en cuanto *remedy* o procedimiento de reparación (o prevención) del vicio constitucional referido– con cada una de los elementos del vicio prefigurado en el artículo 93 N° 6° de la Carta Fundamental: la aplicabilidad de la norma se corresponde con el carácter incidental de la INA; la relevancia de la norma, con el hecho que sea una cuestión prejudicial; y la derrotabilidad del precepto legal por los efectos inconstitucionales que produce, con la concreción del examen que debe realizar el TC al prestarle especial atención a los hechos presentes en la gestión pendiente.

LA RELACIÓN ENTRE INCIDENTALIDAD DEL CONTROL Y APLICABILIDAD DE LA NORMA

§30. RECONOCIMIENTO DE LA INCIDENTALIDAD EN LA DOCTRINA.

En la doctrina nacional existe casi unanimidad respecto al carácter incidental de la INA. En principio, anteriores y actuales Ministros del TC, en sus obras doctrinarias, no dudan en calificar a la INA como una cuestión incidental. Es el caso de NAVARRO¹⁵⁸, CEA¹⁵⁹, GARCÍA¹⁶⁰, VENEGAS¹⁶¹ y BERTELSEN¹⁶². En igual

¹⁵⁸ “Para algunos autores, el juicio incidental de inconstitucionalidad chileno, producido como consecuencia del requerimiento de inaplicabilidad de un juez, con la modalidad de control concreto, se alejaría del sistema previsto en Alemania, Italia o España, «donde la modalidad de juicio incidental tiene el carácter de control abstracto con efecto *erga omnes*, teniendo más cercanía con el modelo portugués, considerado en el artículo 280 de la Constitución portuguesa, el cual prevé un juicio incidental con modalidad de control concreto ante el Tribunal Constitucional y cuya sentencia produce efectos *inter pares*» (Humberto Nogueira Alcalá, *El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias*, Estudios Constitucionales N° 1, 2005, p. 12)” NAVARRO BELTRÁN (2011) p. 108; y “(e)n suma, el juez requirente, a través de un auto motivado, deberá plantear el incidente de

sentido se han pronunciado constitucionalistas como MOHOR¹⁶³, HORMAZÁBAL¹⁶⁴, PICA¹⁶⁵ y BORDALÍ¹⁶⁶. Este último, refiriéndose a la acción de inaplicabilidad conocida por la Corte Suprema, que –para efectos de categorizarla procesalmente– es análoga a la actual INA, ahonda en la materia al señalar:

“A mi modo de ver, si en el caso italiano, con la cuestión o incidente de inconstitucionalidad, se ha hablado de un verdadero proceso constitucional incidental, con mayor razón se debería llegar a la conclusión de que el Recurso de Inaplicabilidad nuestro, es un verdadero proceso.

(...)

De acuerdo con lo señalado, se podría hablar de un proceso incidental de inaplicabilidad. No es propiamente un incidente, de acuerdo con nuestra terminología procesal, puesto que éstos son resueltos por el propio tribunal que conoce el proceso principal, teniendo por lo demás un objeto bien distinto del que se refiere a la inaplicabilidad. En la inaplicabilidad se puede hablar de proceso incidental, intentando explicar que es un proceso desarrollado ante la Corte Suprema, pero que guarda íntima relación con el proceso o gestión desarrollada ante el *juez a quo*.”¹⁶⁷

inconstitucionalidad, haciendo expresa mención a él o los preceptos legales que pueden ser aplicados en la gestión” *Ibid.*, p. 109.

¹⁵⁹ “Es el caso en que un requirente se limita a hacer referencia a un cuerpo legal en forma genérica, «sin precisar en modo alguno si el reproche de inconstitucionalidad se refiere a algunas de sus disposiciones –y cuáles serían ellas– o a su totalidad, de manera global, lo que resulta fundamental al momento de resolver el incidente de inconstitucionalidad», circunstancia que lleva a que la sala respectiva tenga que declarar inadmisibile el recurso.” CEA (2006) p. 114.

¹⁶⁰ “En cambio, la vía incidental supone, como requisito sine qua non la existencia de una gestión judicial en sede ordinaria o especial. Entendido en un sentido amplio, la vía incidental la puede activar particulares como el propio juez que conoce de la causa o gestión. En línea de principio, si un juez se encuentra frente a un precepto legal que estima inconstitucional y que es decisivo en la resolución de un asunto, debe promover ante el Tribunal Constitucional su pronunciamiento acerca de la inaplicabilidad del mismo, ya que el juez carece de competencias para desestimar la aplicación de una ley basado en su supuesta inconstitucionalidad.” GARCÍA PINO (2012) p. 35.

¹⁶¹ “Por demás, se trata de materias respecto de las cuales se han generado diversos incidentes de constitucionalidad en virtud de requerimientos presentados por los jueces penales” Marcelo Venegas en Introducción a CISTERNAS (2011) p. 16.

¹⁶² “Este elemento de incidentalidad, como se verá, es el primer elemento del control concreto, exigencia que es «inherente a un sistema de control en concreto de constitucionalidad» (Bertelsen, Raúl, 1969, Control de Constitucionalidad de la ley, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 164)” Citado por PICA (2010) p. 338.

¹⁶³ “(...) por lo que respecta a la inaplicabilidad, que paradójicamente se hace valer por vías de excepción, su interposición da origen a un juicio incidental de inaplicabilidad...” MOHOR ABUAUAD (2011) p. 106.

¹⁶⁴ “Claro que esta inconstitucionalidad, otra consecuencia derivada de carácter judicial de este control, tiene el carácter de *incidental*, esto es, que sólo puede ser declarada con ocasión de un proceso en el que la decisión del caso dependa de la aplicación de una ley inconstitucional.” HORMAZÁBAL MALARÉE (2006) p. 7.

¹⁶⁵ PICA (2012) p. 70 y sgtes.

¹⁶⁶ BORDALÍ (2002) p. 110.

¹⁶⁷ *Ibid.*

La nota disonante la pone un procesalista. En efecto, MATURANA descarta la incidentalidad de la INA cuando afirma que: “(c)reemos que no es pertinente hablar del proceso o juicio incidental de control de constitucionalidad, puesto que tanto el proceso en que se lleva a cabo el control preventivo o represivo, de efectos relativos o erga omnes, se ventila un asunto principal como es la declaración de inconstitucionalidad de la ley y no una cuestión incidental o accesoria.”¹⁶⁸ Disentimos de la opinión del ilustre procesalista por dos razones.

En primer lugar, el autor yerra al calificar el objeto de la INA ya que, en nuestro derecho positivo y en la jurisprudencia del TC, la sentencia estimatoria de esta acción no constituye una “declaración de inconstitucionalidad de la ley”, sino que sólo una orden dirigida al juez ordinario o especial para que no aplique la norma que produciría efectos inconstitucionales en la gestión judicial principal, sin existir pronunciamiento sobre la constitucionalidad en abstracto de la norma; tan accesorio –en el sentido de vinculado– sería el dictamen del TC respecto al procedimiento principal del cual se origina “que impide extraer conclusiones, reglas y principios generales a partir de una sentencia de inaplicabilidad, por lo que resulta necesario reiterar que lo decidido en este proceso ha de entenderse referido sólo al caso concreto sub lite” (STC 664, 30.05.07).

En segundo lugar, incluso si el objeto del procedimiento fuera la declaración de constitucionalidad de un precepto legal, la cuestión de inaplicabilidad seguiría siendo accesoria y, por ende, incidental a un juicio principal, porque el hecho que la constitucionalidad de un precepto legal sea un asunto importante, no lo convierte en un asunto “principal”, procesalmente hablando, como parece entender MATURANA. Lo que puede inducir a error es una circunstancia dogmático–histórica que también se ha dado en España y que consiste en que la disciplina procesal de las cuestiones incidentales “recaía sobre hechos o estados jurídicos, y nunca sobre normas, (por lo que) forzoso es que las definiciones sobre las mismas (...) se hayan circunscrito a las cuestiones habidas en nuestro derecho positivo.”¹⁶⁹ En nuestra doctrina, el tratamiento de la doctrina procesal sobre los incidentes no efectúa esta diferencia entre cuestiones accesorias de hecho y aquellas sobre aspectos normativos¹⁷⁰, sin embargo, corresponde ubicar entre los procesalistas que dieron con la correcta clasificación de la inaplicabilidad, aún antes de la reforma constitucional del año 2005, a CASARINO, quien señala: “(a) nuestro juicio, la declaración de la inaplicabilidad de determinados preceptos legales, por estimárseles contrarios a la Constitución Política de la República, es más bien una *cuestión prejudicial de carácter constitucional* y no un recurso”¹⁷¹. En efecto, como veremos más adelante, la INA participa de las características propias de las cuestiones prejudiciales, que son una especie del género de los incidentes¹⁷².

¹⁶⁸ MATURANA MIQUEL (2010) p. 401.

¹⁶⁹ MARÍN PAGEO (1987) p. 224.

¹⁷⁰ Véase, a modo de ejemplo, STOEHLER MAES (2009) p. 143 y sgtes. y SALAS VIVALDI (2000) p. 12.

¹⁷¹ CASARINO (2008) p. 227.

¹⁷² Cfr. BLASCO (1995) p. 162 y GARCÍA COUSO (1998) p. 63.

§31. INCIDENTALIDAD DE LA INA RESPECTO AL JUICIO PRINCIPAL.

Nuestro Código de Procedimiento Civil define, en lo sustancial, a los incidentes como “(t)oda cuestión accesoria de un juicio que requiera pronunciamiento especial”¹⁷³ (artículo 82), mientras que la cuestión principal, aunque no definida expresamente en el Código, se encontraría delimitada por la resolución de las “acciones y excepciones” fundamentales presentadas por las partes (art. 312 CPC). Aunque nadie sostiene que la INA sea un incidente de un juicio principal que se rija por la normativa contenida en el Código de Procedimiento Civil y siga la mecánica de esta disciplina, las ideas tras la ordenación entre cuestiones accesorias y principales en el juicio permiten concluir el carácter incidental de la INA dado que versa sobre una disposición aplicable a una controversia que se está resolviendo en otro tribunal – el tribunal ordinario o especial de la gestión pendiente–, que tiene sus propias acciones y excepciones que conforman el objeto principal del juicio. Además, la sentencia que acoge o rechaza la INA no juzga sobre las acciones o excepciones hechas valer por las partes en el juicio principal, siendo perfectamente posible que una de las partes gane la INA y pierda el juicio principal. El que la pretensión de la INA no coincida con la contenida en las acciones y excepciones del juicio principal y, por ende, sea una cuestión accesoria para resolver estas últimas, ha sido puesto de relieve por el TC con ocasión de los requerimientos interpuestos contra la aplicación de la primera parte del artículo 2331 del Código Civil¹⁷⁴, en que el tribunal se ha encargado de aclarar:

*«Que, en consecuencia, esta Magistratura únicamente emitirá pronunciamiento sobre la eventual inconstitucionalidad parcial de la aplicación del artículo 2331 del Código Civil en la gestión pendiente sub lite, sin que ello pueda incidir en la efectiva procedencia de una indemnización por concepto de daño moral en esta causa, lo que es de exclusiva competencia del juez de fondo, considerando las particularidades del caso, el mérito de los antecedentes, la prueba aportada y la acreditación de los demás elementos de la responsabilidad civil extracontractual. La expresión “daño” es medular para determinar caso a caso la procedencia de la indemnización (STC Rol N° 1419, considerando 22°). **Determinar la existencia de tal daño corresponde a los jueces de fondo y no a esta Magistratura.**» (STC 2422, 24.10.13) (énfasis añadido).*

Si la cuestión principal del juicio está constituida por las acciones y excepciones opuestas por las partes (Art. 312 CPC), la validez o la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal no consiste

¹⁷³ En similares términos lo hace el proyecto de ley en actual tramitación en el Congreso Nacional, que establece el nuevo Código Procesal Civil (Boletín N° 8197-07): “Art. 126. Procedencia.– Incidente es toda cuestión accesoria al objeto principal del juicio, que requiere de un pronunciamiento especial del tribunal.”

¹⁷⁴ “Art. 2331. Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación.”

en un hecho constitutivo de la acción, ni en un hecho impeditivo o extintivo propio de las excepciones¹⁷⁵; luego, no forma parte de la cuestión principal del juicio, sino que es una alegación de derecho que merece un pronunciamiento especial por un tribunal especial.

§32. ROL INCIDENTAL DE LA INA EN PREMISA JURÍDICA DEL JUICIO PRINCIPAL.

Para llegar a concluir que una conducta concreta se encuentra permitida, prohibida o preceptuada, el tribunal debe resolver varias cuestiones que pueden ser fácticas, jurídicas o una mezcla de ambas. En efecto, desde el punto de vista de la premisa fáctica, existen problemas de suficiencia probatoria, admisibilidad de pruebas o de calificación jurídica que se resuelven durante el juicio para efectos de dar por acreditado los hechos relevantes que sirven al juez para afirmar que sucedieron o no determinados hechos (la verdad “procesal”) de los cuales puede concluir ciertas consecuencias jurídicas. Por otro lado, en la premisa jurídica de la decisión jurisdiccional, el juez debe seguir un camino que puede separarse didácticamente en dos fases: “(primero) revisar las disposiciones normativas del sistema y seleccionar, de entre ellas, aquellas que pueden ser interpretadas *prima facie* como normas jurídicas que contemplan en su supuesto de hecho genéricamente el caso individual que el Juez debe resolver (y, luego...) deberá controlar que esas disposiciones sean susceptibles de producir normas jurídicas *válidas y/o aplicables* al caso.”¹⁷⁶ En un sistema de control constitucional difuso, la precisión que ciertos enunciados jurídicos no son aplicables para resolver la controversia por ser derechamente inválidos o por producir efectos contrarios a la Carta Fundamental se apoya fuertemente en el trabajo que el juez ordinario debe realizar en orden a coordinar todo el ordenamiento jurídico aplicable a la controversia y extraer la norma jurídica, producida a partir de la interpretación del discurso de las fuentes, que calificará deónticamente la conducta concreta que se enjuicia. En un sistema de control concentrado de constitucionalidad de las leyes, este trabajo le está vedado al juez ordinario y se le encarga a un tribunal especializado: el Tribunal Constitucional, como el mismo lo ha explicitado al señalar que “(p)ara eso está diseñado el recurso de inaplicabilidad, para excluir o permitir la inclusión de preceptos legales dentro del abanico de normas que tiene el juez de la instancia para resolver el asunto controvertido.” (STC 2153, 11.09.12).

En consecuencia, la INA *incide* en el juicio porque la sentencia que le pone término (en caso que sea de fondo y estimatoria) afecta, por ejemplo, cuando se trata de una sentencia definitiva penal, “las razones legales (...) que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos (...) y para fundar el fallo” (art. 342, d, CPP) o, en la sentencia civil, “las consideraciones (...) de derecho que sirven de fundamento a la sentencia” (art. 170, 4º, CPC). El hecho que un tribunal califique un precepto legal como inválido o lo excluya de las normas relativas a una determinada *litis* por producir efectos inconstitucionales, y que

¹⁷⁵ Para la distinción entre hechos constitutivos, impeditivos y extintivos, como contenido de las acciones y excepciones, *vid.* VÁSQUEZ SOTELO (1999) p. 127.

¹⁷⁶ EZQUIAGA (2000) p. 156 (cursivas en el original).

éste sea uno de los preceptos que resultan aplicables a los hechos presentes en el juicio, es lo que vincula basalmente la jurisdicción constitucional con la justicia ordinaria: si la norma ni siquiera es aplicable al litigio, el control incidental de constitucionalidad no es accesorio al juicio principal y, por ende, carecería de todo sentido llamarlo “incidental”. Pero determinar qué significa que un precepto legal sea “aplicable” a una gestión judicial concreta es una tarea que requiere de ciertas precisiones para no caer en algunas trampas que atrapan tanto a los requirentes de inaplicabilidad, como al propio TC.

§33. CONCEPTO DE “APLICABILIDAD”.

En términos generales, haremos uso de la definición estándar de aplicación de una norma a un caso: “la subsunción del caso individual bajo el caso genérico regulado por la norma, con la finalidad de atribuir las consecuencias jurídicas del caso genérico al caso individual”¹⁷⁷. En similares términos se expresa GRAU cuando señala que: “(l)a norma jurídica se produce para aplicarse a un caso concreto. Esa aplicación se realiza mediante la formulación de una decisión judicial, una sentencia, que expresa la norma de decisión.”¹⁷⁸ TARELLO, refiriéndose a la postura de HART, declara que “la actividad de interpretación sirve *para decir* que un derecho, obligación poder, permiso es adscripto por la ley, y resulta adscripto por los órganos, a un sujeto; la actividad de aplicación sirve *para hacer* que un derecho sea efectivamente adscripto; el producto de la aplicación es el hecho de que un derecho resulta (haber sido) adscripto.”¹⁷⁹

Se sigue, entonces, que la aplicación de una norma general –como resultado de un proceso– conlleva la enunciación –por el juez, en el caso que nos interesa– de una nueva norma, de carácter particular y concreto, que asigna la misma consecuencia jurídica de la norma general a un grupo de circunstancias individualizado en el espacio y el tiempo, irrepetible.

Lo expresado en el párrafo anterior aclara en algo el proceso llamado “aplicación” de normas generales como paso de una norma general o abstracta (ley, p. e.) a una individual o específica (la resolución judicial, p. e.) y prefigura el resultado del mismo proceso como una norma compuesta por un antecedente fáctico concreto, pero con un consecuente deóntico igual a la norma general. Sin embargo, el fenómeno de la “aplicación” del Derecho es algo más complejo y requiere distinguir la aplicabilidad de la norma, de su validez (§33), así como manejar dos nociones de aplicabilidad (§34).

§34. DISTINCIÓN ENTRE APLICABILIDAD Y VALIDEZ.

¹⁷⁷ COMANDUCCI (2010) p. 171.

¹⁷⁸ GRAU (2007) p. 18.

¹⁷⁹ TARELLO (2013) p. 66.

Debemos a la teoría analítica del Derecho¹⁸⁰ la distinción entre la aplicabilidad de una norma y su pertenencia a un sistema jurídico. La diferenciación original fue explicitada por BULYGIN en “Tiempo y Validez”¹⁸¹ y desarrollada posteriormente por diversos autores¹⁸². La importancia de la distinción nace del uso ambiguo que VON WRIGHT y NINO harían del término “validez”, significando algunas veces la pertenencia de una norma al sistema jurídico y, en otras, el hecho que ella sea aplicable a un caso o –*rectius*– que sea obligatorio usarla para resolver un caso¹⁸³.

La debida separación de ambos sentidos de “validez” permite, entre otras cosas, explicar el error en que incurriría la antigua doctrina del TC que negó la posibilidad de la INA contra leyes derogadas y la corrección de la actual que sí la permite, además de plantear un problema interesante respecto a la eventualidad del requerimiento de inaplicabilidad de la norma que sustenta el efecto ultractivo de aquel otro precepto que es el productor del efecto inconstitucional.

A la pertenencia de una norma a un sistema jurídico se refiere Kelsen –de acuerdo a FERRER y RODRÍGUEZ¹⁸⁴– cuando afirma que la validez es la “existencia específica” de dicha norma; ésta se determina por criterios de pertenencia al sistema jurídico que son las diversas fuentes que reconoce el mismo ordenamiento: legislación, precedentes, costumbre, etc.¹⁸⁵ Una visión más general es dada por MENDONCA, que clasifica los criterios de pertenencia dependiendo de las concepciones del Derecho. Según la concepción formalista, el criterio es que “pertenecen al sistema jurídico S las normas dictadas por las autoridades competentes instituidas por S y las que se derivan lógicamente de ellas”¹⁸⁶; de acuerdo a la concepción realista “pertenecen al sistema jurídico S las normas reconocidas por los órganos judiciales instituidos por S y las que serían probablemente reconocidas por ellos, si la ocasión se presentara, para resolver los casos sometidos a decisión”¹⁸⁷; por último, la concepción naturalista

¹⁸⁰ No resulta fácil definir, ni siquiera enunciar, las principales características de la teoría analítica del Derecho, pero puede resultar útil para el lector referir que los trabajos liminales en la materia pertenecen a Georg Henrik von Wright, pero que los representantes contemporáneos de esta teoría pueden encontrarse en la denominada “escuela analítica de Buenos Aires” [MENDONCA (edit.) (2011) p. 11] –compuesta por, entre otros, Carlos ALCHOURRÓN, Eugenio BULYGIN, Genaro CARRIÓ y Carlos NINO– y el “realismo jurídico genovés” [FERRER y RATTI (2011) p. 11 y sgtes.] –al cual podemos adscribir nombres como Giovanni TARELLO, Riccardo GUASTINI, Perluigi CHIASSONI y Paolo COMANDUCCI–. En todo caso, una sucinta exposición de las cualidades del enfoque analítico aplicado al derecho puede consultarse en NAVARRO y REDONDO (2002) pp. 17–31.

¹⁸¹ BULYGIN (1991c).

¹⁸² Vid. NAVARRO, RODRÍGUEZ, et al. (2000); COMANDUCCI (2010) pp. 159–172; NAVARRO y MORESO (1996); FERRER y RODRÍGUEZ (2011) pp. 47–66; SERRANO (1999) p. 86 y sgtes.

¹⁸³ BULYGIN (1991c) p. 162.

¹⁸⁴ FERRER y RODRÍGUEZ (2011) p. 48.

¹⁸⁵ BULYGIN (1991c) p. 196. Como definición de fuente, puede emplearse la siguiente: “los hechos, procedimientos, o circunstancias que otorgan a ciertas conductas la condición de ser obligatorias, prohibidas o facultativas en un sistema jurídico determinado.” GUIBOURG (2000) p. 179.

¹⁸⁶ MENDONCA (2000) p. 277.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 278; aunque MENDONCA atribuye a Alf Ross la concepción realista, se ha sostenido que, en el pensamiento del autor danés, la efectiva aplicación judicial de las normas es condición necesaria para su vigencia, pero no las define como normas en cuanto tales [BULYGIN (1991a) p. 344].

atribuye al sistema S todas las normas reconocidas por los órganos judiciales instituidos por S siempre que cumplan con determinados principios morales¹⁸⁸.

Como en los Estados de Derecho modernos las fuentes se encuentran definidas en la Constitución, “cuando se busca determinar si una norma es válida en un sentido descriptivo lo único que se pregunta es si ella integra un cierto conjunto de normas. Las normas que integran el conjunto analizado son todas las que pueden derivarse a partir de una primera constitución, que es la que históricamente dio origen al sistema.”¹⁸⁹ Sin embargo, es necesario realizar una precisión. La pertenencia de una norma a un sistema jurídico puede verse sincrónicamente o diacrónicamente¹⁹⁰. Diacrónicamente, las normas ingresan a un ordenamiento jurídico y eventualmente dejan de pertenecer a él por expulsión (derogación, nulidad, *desuetudo*, etc.). Durante este lapso de tiempo, puede verse sincrónicamente cómo se suceden diversos sistemas jurídicos estáticos, tal como fotografías de un film. Para distinguir adecuadamente ambos grupos de normas, BULYGIN llama –y nosotros adoptaremos esta nomenclatura– “sistema jurídico” al “conjunto de normas válidas en un cierto momento conforme a algunos criterios de pertenencia” y “orden jurídico” a la “secuencia de sistemas jurídicos”, de modo que un orden jurídico es un conjunto de sistemas sucesivos y un sistema es un conjunto de normas¹⁹¹. Un nuevo sistema jurídico aparece cada vez que se introduce o se expulsa una norma, mientras que la sustitución de disposiciones se mira como una derogación acompañada de promulgación¹⁹².

Usando las categorías definidas, la práctica jurídica nos indica que un juez puede aplicar normas a un juicio: que no pertenecen a su orden jurídico, pero pertenecen a otro (extraterritorialidad de las normas); que pertenecieron al orden jurídico, pero ya no pertenecen al sistema del tiempo en que le corresponde juzgar (ultractividad); que no pertenecen al sistema correspondiente al momento en que ocurrieron los hechos que juzga, pero que sí pertenecen al momento en que se juzgan (retroactividad), o, incluso, que ya no pertenecen a este último (ley penal intermedia más favorable)¹⁹³. También puede suceder que sólo tenga prohibido aplicar normas que pertenecen al sistema (*vacatio legis* o suspensión de garantías constitucionales).

¹⁸⁸ MENDONCA (2000) p. 278.

¹⁸⁹ FERRER y RODRÍGUEZ (2011) p. 50; en el mismo sentido CARACCILO (2000) p. 166.

¹⁹⁰ GUASTINI (2011) p. 98.

¹⁹¹ BULYGIN (1991c) p. 197.

¹⁹² *Ibid.*, p. 198. En estricto rigor, cada sistema jurídico nace con un “acto normativo” que introduce, expulsa o modifica una o más normas. Cfr. GUASTINI (2011) p. 99.

¹⁹³ Es el caso de la “ley intermedia” en el derecho penal: “Hasta ahora nos hemos referido a la opción entre dos leyes, pero bien puede suceder que se presenten tres o más leyes sucesivas. Se llama *ley intermedia* aquella promulgada *después* que el hecho se cometió, pero *antes* de que se pronuncie sentencia de término. ¿Debe aplicarse esa ley *más favorable* al procesado, a pesar de que ella no regía cuando el hecho se cometió, pero tampoco cuando la sentencia debía pronunciarse? Algunos se pronuncian en sentido negativo. La opinión al parecer unánime entre nosotros considera, en cambio que *la ley intermedia más favorable*, aunque nació después de perpetrado el delito y fue derogada antes del fallo (de donde pareciera enteramente ajena al asunto), debe ser aplicada.” POLITOFF (1997) p. 187.

Así puede describirse lo que sucede en la práctica, pero esto no explica por qué –normativamente– un tribunal puede establecer que un caso concreto está regulado por una norma que no estaba vigente cuando sucedieron los hechos.

§35. DISTINCIÓN ENTRE APLICABILIDAD INTERNA Y EXTERNA.

Para responder a la pregunta respecto a qué hace una norma aplicable, se han articulado dos conceptos de aplicabilidad: interna y externa.

La aplicabilidad interna ha sido definida de diferentes maneras:

“Una norma ***N1*** es internamente aplicable en un momento ***t*** a un caso ***c*** si y sólo si ***c*** es una instancia del caso genérico ***C***, delimitado por las propiedades definitorias de los ámbitos de validez (espacial, temporal, personal y material) de ***N1***”¹⁹⁴

FERRER y RODRÍGUEZ rechazan el empleo de la expresión “ámbitos de validez”, de origen kelseniano, por ser ambigua en la misma obra de Kelsen, prefiriendo simplificar el problema y estipular que: “una norma es internamente aplicable a cierto caso si ella lo regula, esto es, si el caso cae dentro del campo de significación de esa norma”¹⁹⁵.

Cualquiera de las dos nociones de “aplicabilidad interna” que se empleen, ambas apuntan a una serie de condiciones que deben darse en el caso concreto al que se aplica la norma y que coinciden con propiedades contempladas en el caso genérico. Obviamente, esta definición de aplicabilidad presupone una concepción de norma que es aquella con la que nos comprometemos. De acuerdo a ALCHOURRÓN y BULYGIN, normas son “los enunciados (es decir, las expresiones lingüísticas) que correlacionen casos con soluciones”¹⁹⁶; pero la palabra caso, de acuerdo a los mismos autores, es ambigua: «así, por ejemplo, se habla del caso de homicidio político y del caso del asesinato de Gandhi, del caso de divorcio y del caso de divorcio de Brigitte Bardot, (...). Obviamente, la palabra “caso” no significa lo mismo en todas estas frases. El asesinato de Gandhi es un acontecimiento real, que ha ocurrido en un lugar y en un momento temporal determinados. La expresión “el caso de homicidio político” no alude a ningún acontecimiento concreto; es una mera descripción de ciertas propiedades que determinados acontecimientos pueden tener.»¹⁹⁷ Para diferenciar correctamente entre ambas acepciones de la palabra “caso”, se acostumbra utilizar la expresión “caso individual” para el primero y “caso genérico” para el segundo. Esta distinción “permite deslindar en problemas puramente conceptuales, que se plantean al nivel de las normas generales y de los casos genéricos, y los problemas empírico–semánticos (aplicación de las normas generales a casos individuales).”¹⁹⁸ El “caso genérico”, entonces, es un enunciado de una o más

¹⁹⁴ NAVARRO y MORESO (1996) p. 127.

¹⁹⁵ FERRER y RODRÍGUEZ (2011) p. 63.

¹⁹⁶ ALCHOURRÓN y BULYGIN (2006) p. 37.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 58.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 51.

propiedades relacionadas por una o más conectivas (“y”, “o”). Las propiedades son, por su parte, elementos de un enunciado que hacen referencia a una característica común a una serie de casos individuales que la comparten y cuya negación engloba al conjunto del resto de casos individuales de un universo de casos reales determinado; así, por ejemplo, cuando la ley N° 17.288 describe un caso utilizando la expresión “monumentos nacionales”, se refiere a los edificios del Templo Luterano de Puerto Varas, de la Bolsa de Comercio de Santiago y muchos otros. En consecuencia, un “caso genérico” no se agota en una enumeración de casos individuales, porque es abstracto, pero sirve para designar un grupo de ellos; además, los casos individuales comprendidos por la propiedad y su negación conforman todo el universo de casos posibles¹⁹⁹.

Por ejemplo, el inciso primero del artículo 844 del Código Civil²⁰⁰ expresa una norma, ya que correlaciona un caso genérico constituido por dos propiedades unidas por una conjunción, con una solución²⁰¹. En efecto, las propiedades de ser “dueño de un predio” y la de “predio sin servidumbres constituidas a favor de otros predios”, conjuntamente, conforman un caso genérico cuya “solución” es la facultad “para cerrarlo o cercarlo por todas partes”.

Los problemas de aplicabilidad interna de las normas que se producen ante los tribunales ordinarios o especiales (es decir, los que no son el TC) son denominados, generalmente, de calificación jurídica²⁰². No tienen que ver con qué dicen las normas aplicables al caso, ni si los hechos están probados, sino que si los hechos reales, concretos y probados del caso se subsumen en la norma aplicable al mismo. En el ejemplo del artículo 844, los problemas de aplicación interna tendrían que ver con si, con los hechos probados, se cumplen los requisitos que el ordenamiento establece para calificar a una persona de “dueño de un predio” o si nos encontramos frente a una “servidumbre constituida”, en el sentido del precitado artículo.

Por su parte, el concepto de aplicabilidad externa tiene menos que ver con la posibilidad que una norma contenga propiedades genéricas en su antecedente o hipótesis de aplicación que coincidan con

¹⁹⁹ Así, el universo de los lugares que son monumentos nacionales y los que no lo son, consiste en el grupo de todos los lugares, de Chile al menos.

²⁰⁰ “Art. 844. El dueño de un predio tiene derecho para cerrarlo o cercarlo por todas partes, sin perjuicio de las servidumbres constituidas a favor de otros predios.”

²⁰¹ Tomamos la descripción que, entre muchos otros, LAPORTA realiza de las normas como casos a los que se le asocian soluciones: “Podemos representarnos las normas jurídicas como enunciados que correlacionan casos con soluciones. Y llamaremos «casos» a conjuntos de propiedades que el enunciado tiene previstos como condiciones para correlacionar con ellos las «soluciones», que no son otra cosa que la adscripción de estatus deónticos a ciertas acciones. Un ejemplo tomado al azar y simplificado de la antigua ley de arrendamientos urbanos (artículo 34): “El adquirente por traspaso, transcurrido un año desde la fecha de otorgamiento de la escritura, estará facultado para realizarlo». Propiedades del caso: «adquirentes por traspaso», «transcurso de un año desde la fecha de otorgamiento de la escritura»; solución: «facultad de realizar el traspaso». Como vemos, las propiedades del caso son hechos de distintas naturalezas, mientras que la solución es un enunciado deóntico (prohibido realizar X, permitido realizar X, obligatorio realizar X, facultativo realizar X).” LAPORTA (2007) p. 202.

²⁰² Vid. ATIENZA (2013) p. 434.

las propiedades que se pueden predicar del caso concreto al que se aplica, como con el hecho que exista una norma que obliga al juez a aplicar otra disposición. MORESO y NAVARRO la definen de la siguiente manera:

“Una norma **Ni** es externamente aplicable en un tiempo **t** a un caso individual **c**, que es una instancia del caso genérico **C**, si y sólo si, otra norma **Nj**, perteneciente al sistema **Sj** del tiempo **t**, prescribe (obliga o faculta) aplicar **Ni** a los casos individuales que son instancias de **C**.”²⁰³

Aunque el pasaje parece arduo, puede entenderse con mayor facilidad si vemos cómo funciona el inciso primero del artículo 22 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes (LERL), que dispone:

“Art. 22. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebracion.”²⁰⁴

El artículo precitado funciona como la norma **Nj** de la definición de MORESO y NAVARRO por cuanto pertenece a nuestro sistema (sistema **Sj**) en nuestro tiempo actual (tiempo **t**) y ordena, en el presente, a todos los operadores jurídicos (aunque sólo nos interesa que obligue a los jueces) a juzgar las relaciones jurídicas nacidas de los contratos aplicando “las leyes vigentes al tiempo de su celebración” (normas **Ni**) y, evidentemente, que fueran internamente aplicables a dichos contratos (instancias del caso genérico **C**). *A contrario sensu*, prohíbe el juzgamiento de dichos contratos mediante las leyes vigentes en el momento en que conoce el tribunal (tiempo **t**), aunque sean internamente aplicables a dichos contratos. De esta manera, si hoy (tiempo **t**) se hubiera publicado en el Diario Oficial una ley que modificara el artículo 1812 del Código Civil, que permite a los dueños de una cosa proindiviso vender su cuota sin consentimiento del otro (norma **Ni**), estableciendo que sólo puede venderse de consuno (la llamaremos norma **Ni'**) ¿qué norma debiera aplicar el juez que hoy (tiempo **t**) dicta una sentencia por una acción de nulidad absoluta interpuesta por un condueño en contra del otro condueño que vendió su cuota sin el consentimiento de aquel? Ambas normas (**Ni** y **Ni'**) son internamente aplicables al caso (caso individual **c**), porque los casos genéricos que solucionan diferentemente contienen las mismas propiedades (ser dueño proindiviso de una cosa y vender su cuota sin la voluntad del condómino = caso genérico **C**), pero sólo una de ellas está vigente al momento en que el tribunal juzga (**Ni'** en **t**). Sin embargo, la vigencia de la norma es irrelevante para resolver el caso, porque el artículo

²⁰³ NAVARRO y MORESO (1996) p. 125.

²⁰⁴ La razón de ser de esta disposición se puede leer en el mensaje del Presidente de la República al proyecto de ley que devino en la LERL: “El que contrata no lo hace por lo regular tomando en cuenta solo el momento en que ajusta su convención: sus cálculos abrazan además el porvenir, y trata de asegurarse al amparo de la ley una posición que, en cuanto se pueda, esté a salvo de eventualidades caprichosas. Sería pues contrariar hasta un punto muy peligroso la confianza en las especulaciones, si hubieran de verse expuestas en el curso de su desarrollo a sufrir los cambios más o menos radicales que se originaron de la promulgación de una nueva ley. Para evitar estos inconvenientes, el proyecto sienta el principio de considerar incorporadas en un contrato las leyes que le eran aplicables al tiempo de su celebración.”

22 (Nj) de la LERL determina la aplicabilidad externa del antiguo artículo 1812 (Ni) y, por oposición, le resta esa misma aplicabilidad para el caso controvertido al nuevo (Ni').

Una rápida mirada a otros países que cuentan con una justicia constitucional que integra la cuestión incidental, como Francia²⁰⁵ y España, es perfectamente aceptado que se interpongan estas cuestiones contra preceptos derogados. En el caso de la cuestión de constitucionalidad española, el TC ha sido claro al respecto:

“6. Aunque no se hayan suscitado dudas sobre el sentido y consecuencias de una eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma que ya está derogada, es conveniente hacer alguna precisión al respecto. **Es claro que el hecho de que la norma cuestionada no se encuentre ya en vigor no priva de contenido a una cuestión de inconstitucionalidad, pues el juego de determinados principios o derechos, en este caso del derecho al Juez predeterminado por la ley, puede hacer que dicha norma resulta aplicable para el supuesto enjuiciado** (SSTC 111/1983, fundamento jurídico 2.º, y 199/1987, fundamento jurídico 3.º). Y en la presente cuestión, en la que el Juez ordinario llega motivadamente a la conclusión de que la norma aplicable que determina la competencia es la norma cuestionada, la declaración de su inconstitucionalidad lleva a la imposible aplicación del precepto tanto en el supuesto enjuiciado como, obviamente, en futuros casos análogos si es que todavía se producen.” (STC cues. inc. 93/1988) (énfasis nuestro).

En Francia, los dos tribunales encargados de plantear la cuestión prioritaria de constitucionalidad ante el Consejo Constitucional mantuvieron, en un principio, posiciones opuestas. Mientras el Consejo de Estado reconoció inmediatamente la posibilidad de interponer la cuestión respecto a preceptos derogados, la Corte de Casación declaraba su inadmisibilidad por la falta de seriedad²⁰⁶. Este último tribunal tuvo que cambiar su jurisprudencia a partir de la decisión Nº 2010–16, de 23 de julio de 2010, que –en el estilo conciso del Consejo Constitucional– señaló:

*“2. Considerando que las disposiciones del numeral 1º del 7 del artículo 158 del código general de los impuestos susodichos eran aplicables desde el 1º de enero de 2006 al 31 de diciembre 2008; que han sido modificadas por la ley del 27 de diciembre 2008 precitadas; que el Consejo de Estado las ha juzgado aplicables al litigio; que, como lo ha juzgado el Consejo Constitucional en su decisión del 12 de mayo 2010 arriba referida, el constituyente, adoptando el artículo 61–1 de la Constitución, ha reconocido a todo justiciable el derecho de que se examine, a su requerimiento, la impugnación de que una disposición legislativa desconoce los derechos y libertades que la Constitución garantiza; **que la modificación o la***

²⁰⁵ ROUX (2012) p. 43.

²⁰⁶ Cfr. DISANT (2011) p. 44.

abrogación ulterior de la disposición impugnada no hace desaparecer el atentado eventual a estos derechos y libertades; que no priva de su efecto útil al procedimiento diseñado por el constituyente; que, en consecuencia, no debería (la derogación) ser obstáculo, por sí misma, a la transmisión de la pregunta al Consejo Constitucional por motivo de la ausencia de un carácter serio de esta última.” (Decisión N° 2010–16) (énfasis nuestro).

Efectuadas las distinciones señaladas entre aplicabilidad y vigencia, así como los dos tipos de aplicabilidad de una norma, nos podemos avocar a revisar cómo estos distingos son usados en los términos ya explicados por el TC.

§36. APLICABILIDAD INTERNA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC.

Pero, hasta el momento, sólo hemos distinguido la pertenencia de una norma a un sistema jurídico de su aplicabilidad a un caso, sin detenernos a dar una explicación clara de cómo debieran entenderse estos conceptos para dar cuenta de la jurisprudencia del TC. Veámoslo ahora.

En múltiples requerimientos se solicitó la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario que permitía al Director Regional del Servicio de Impuestos Internos delegar en un funcionario de esa Dirección la función de conocer y fallar las reclamaciones tributarias que presentaran los contribuyentes. Sin embargo, en la causa rol N° 827 se interpuso una INA en contra de dicho precepto siendo que la sentencia del juez tributario había sido dictada por el Director Regional subrogante; en otras palabras, el funcionario no era el Director Regional, pero había obtenido la habilitación para fallar de la normas sobre subrogación y no de la norma sobre delegación impugnada. La Sala del TC que conoció de la admisibilidad explicó la falta de atingencia del precepto impugnado (pese a que se califica erradamente la norma como “no decisiva”) respecto a la gestión judicial y aprovechó de señalar cuáles sí eran:

“QUINTO: Que, no obstante el tenor del requerimiento, según consta en el expediente tributario remitido a esta Magistratura, la gestión pendiente en la que recae la presente acción de inaplicabilidad es un recurso de apelación deducido por el contribuyente, señor Juan Claudio Vilicic Gómez, en contra de la sentencia de primer grado dictada en la causa, el día 11 de diciembre de 2006, no por un juez tributario delegado en aplicación de las normas legales que se impugnan, sino que por el Director Regional (S) de Punta Arenas del Servicio de Impuestos Internos, en razón de lo dispuesto en los artículos 6º, letra B, N° 6, y 115 del Código Tributario, normas éstas que no han sido objeto de la inaplicabilidad intentada en autos;”

Generalmente, la falta de conexión que detecta el TC es bastante evidente, como en el caso recién citado. En la causa rol N° 1365, el requirente solicitó la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de diversos artículos de la ley N° 19.970 que crea el Registro Nacional de ADN en un recurso de protección contra el

actuar de Gendarmería de Chile. El recurrente de protección era una persona que había sido condenada a tres años y un día de presidio por un delito de homicidio frustrado e incendio, los que cumplió bajo el régimen de libertad vigilada. Cuando estaba por cumplir el plazo señalado, Gendarmería le informó que debía asistir al Servicio Médico Legal para que funcionarios de esta institución tomaran las muestras biológicas necesarias para incluir su huella de ADN en uno de los registros regulados en la ley: el de condenados. Sin embargo, la INA se dirigía contra artículos que regulaban el registro de imputados (registro esencialmente temporal) y el de condenados (registro permanente). Claramente, los artículos referidos al registro de imputados no eran atingentes al recurso de protección en que se enjuiciaba el actuar de Gendarmería, ya que esta institución había citado al recurrente de protección en ejercicio de los preceptos que le permitían iniciar el procedimiento administrativo destinado a tomar estas muestras para el registro de condenados; específicamente, el inciso segundo del artículo primero transitorio de la ley referida, que dispone: “Gendarmería de Chile informará a los condenados que no estuvieren reclusos el lugar y la oportunidad en que deberán proporcionar su muestra biológica, bajo apercibimiento de informar al tribunal respectivo sobre el incumplimiento de esta obligación.” El TC expresó la falta de atingencia en los siguientes términos:

“Como puede observarse, las normas reproducidas se refieren a las “huellas genéticas contenidas en los Registros de Imputados y de Víctimas” y a su eliminación, las que no podrían aplicarse en la decisión del recurso de protección que substancia la Corte Suprema –y que constituye la gestión pendiente en este proceso constitucional–, toda vez que el referido recurso incide en la situación de una persona “condenada” y que, por ende, se encuentra fuera de los supuestos fácticos contemplados en los artículos 6° y 18 de la Ley N° 19.970.”

“No podría llegarse a otra conclusión atendido el carácter concreto que rodea a la acción de inaplicabilidad y que ha sido latamente explicado por este Tribunal, entre otras, en sentencias roles N°s. 473, 478, 546, Capítulo I, 517, 535 y 1.295.” (STC 1365, 08.04.10)

Sin embargo, en algunas ocasiones, la decisión sobre la conexión del precepto con la causa principal resulta más difícil de decidir. En uno de los requerimientos presentados en contra de los artículos del Código de Justicia Militar que contemplan el delito de incumplimiento de deberes militares, se impugnó la aplicación del artículo 433 de dicho cuerpo legal, que dispone:

“Artículo 433. Toda falta contra los deberes militares o la disciplina, aunque haya sido castigada en conformidad a los reglamentos a que se refiere el artículo 431, podrá ser sometida al ejercicio de una acción penal cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir un delito”.

La mayoría del tribunal declaró inaplicable la disposición porque, en virtud de ella “es el juez de la causa quien decide si las circunstancias que le sean anexas a una falta contra los deberes militares o la disciplina dan lugar a la configuración de un delito. Al efecto, el sentenciador no interpreta

simplemente el precepto legal o constata si los hechos de la causa están subsumidos en la descripción normativa, sino que –en ausencia de toda definición del tipo– resuelve discrecionalmente lo que es delito. En definitiva, crea el tipo.” (STC 781). En efecto, si el precepto legal faculta para que el juez ejerza un grado de discrecionalidad que le permite armar un tipo a partir de una falta administrativa nuclear, el artículo es claramente inconstitucional. Pero ésta no era la única interpretación posible. El voto concurrente de la Ministra Sra. Peña y Sr. Fernández Fredes coincide con la mayoría en torno a declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los otros dos artículos impugnados –Art. 299 N° 3, que contiene el tipo penal de incumplimiento de deberes militares, y el Art. 431, ambos del Código de Justicia Militar, que otorga potestades al Presidente de la República para dictar un reglamento que contenga dichos deberes y enumera las sanciones por su incumplimiento–, pero discrepa en lo relativo a que el Art. 433 otorgaría discrecionalidad al juez para crear tipos penales. En su interpretación, los ministros señalados consideran que el Art. 433 del Código de Justicia Militar sólo establece de manera expresa la posible concurrencia de responsabilidad penal y administrativa por los mismos hechos, lo que, además de ser perfectamente constitucional, habría perdido conexión con la gestión judicial principal, ya que, para que la norma sea aplicable, supone que se persigan ambas responsabilidades y, desde el momento en que la sentencia estimatoria de inaplicabilidad que se dictó eliminaba el tipo que permitía la persecución penal, la norma que regula la concurrencia deja de ser atinente a la acción.

Para terminar de problematizar el tema de la aplicabilidad interna de una norma, cabe mencionar el caso en que las dos interpretaciones que se enfrentan y de cuya elección depende la atinencia del precepto no provienen del requirente o requerido, ni de fracciones del TC, sino que, derechamente, es el juez proponente quien sostiene una de las interpretaciones que vuelve conexo al precepto con el juicio principal. Claramente, en este caso, el problema es institucional –que si no, competencial– y no sólo proviene de la opinión de los interesados, ya que es el mismo tribunal que ha de resolver la causa principal quien señala, a lo menos, que el precepto impugnado es aplicable internamente a la sentencia que terminará la controversia.

Las dificultades que emanan de la situación descrita en el párrafo precedente se hicieron patentes en la sentencia estimatoria de inaplicabilidad de la causa rol N° 2377 (10.12.13). El procedimiento principal consistía en un recurso de protección interpuesto por una concejal electa de la comuna de Codegua en contra de la Alcaldesa por las amenazas de ésta, respaldadas por un dictamen de la Contraloría Regional –también recurrida–, en orden a impedirle asumir el cargo debido a que la concejal electa se desempeñaba desde unos años antes a la elección el cargo de auxiliar paramédico en el Consultorio Municipal, cargo técnico y no profesional, afectándole la incompatibilidad contemplada en el artículo 75 de la ley N° 18.695, que señala en su inciso primero:

“Artículo 75. Los cargos de concejales serán incompatibles con los de miembro de los consejos económicos y sociales provinciales y consejos comunales de organizaciones de la sociedad civil, así como con las funciones públicas señaladas en las letras a) y b) del artículo

anterior. También lo serán con todo empleo, función o comisión que se desempeñe en la misma municipalidad y en las corporaciones o fundaciones en que ella participe, con excepción de los cargos profesionales no directivos en educación, salud o servicios municipalizados. En el caso de que estos últimos profesionales desempeñen a su vez el cargo de concejal, el alcalde deberá respetar la autonomía en el ejercicio de las funciones de los concejales, especialmente la facultad de fiscalización.” (énfasis nuestro).

La Corte de Apelaciones de Rancagua presentó la cuestión de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional sosteniendo que lo amenazado y lo que se denunciaba era la aplicación del artículo 75, pero que no se avizoraba la racionalidad de esta norma al establecer la diferencia entre profesionales no directivos y todo el resto; en consecuencia, se solicitaba el pronunciamiento del TC sobre la constitucionalidad de los efectos de su aplicación.

En el fallo de inaplicabilidad, 9 de los 10 ministros que concurrieron a él objetaban que el artículo 75 de la ley N° 18.695 le fuera aplicable a la recurrente de protección y, de esos 9, 6 estimaron que el TC debía estarse a la resolución de la Corte de Apelaciones de Rancagua que, si elevaba la duda de constitucionalidad, era porque consideraba atingente la norma para decidir la controversia que tenía ante ella. Sin embargo, el argumento de aquellos 3 ministros que estuvieron por rechazar el requerimiento en atención a que el artículo 75 no sería aplicable (aunque, en palabras de los mismos, no sería “decisivo”) y de otros 5 que acogieron el requerimiento pese a considerar que la norma no era aplicable pero por deferencia a la opinión de la Corte de Apelaciones sobre la aplicabilidad de la norma, era más que atendible. En efecto, el artículo 125 de la Carta Fundamental establece que la ley orgánica constitucional correspondiente establecerá las causales de cesación en el cargo de concejal, lo que se lleva a cabo por el legislador orgánico en los artículos 75 y 76 de la ley N° 18.695; pero la cesación en el cargo se produce por un causa sobreviniente, mientras que la causal de incompatibilidad que afectaría a la requirente –ser funcionaria municipal no profesional– es preexistente a su elección como concejal. Por lo tanto, la norma impugnada no se le aplica a ella porque no se busca cesarla en el cargo, sino impedirle asumirlo. Por el contrario, la norma que sí resuelve la incompatibilidad que se produce al asumir un cargo se regula en el inciso primero del artículo 84 del Estatuto Administrativo, que dispone:

“Artículo 84.– Todos los empleos a que se refiere el presente Estatuto serán incompatibles entre sí. Lo serán también con todo otro empleo o toda otra función que se preste al Estado, aun cuando los empleados, o funcionarios de que se trate se encuentren regidos por normas distintas de las contenidas en este Estatuto. Se incluyen en esta incompatibilidad las funciones o cargos de elección popular.”

Asimismo, los efectos de la incompatibilidad y la forma de solucionarla se contemplaría en el inciso tercero del mismo artículo:

“(…)

“Sin embargo, puede un empleado ser nombrado para un empleo incompatible, en cuyo caso, si asumiere el nuevo empleo, cesará por el sólo ministerio de la ley en el cargo anterior.”

En otras palabras, la mayoría de los integrantes del TC (ya sea en mayoría, disidencia, por acoger o rechazar) estimaba que el artículo impugnado sólo se le aplicaba a los concejales en ejercicio que eran nombrados en otro cargo de la Administración del Estado, mientras que los funcionarios públicos que eran elegidos concejales (que era lo que sucedía en la especie) no estaban impedidos de asumir el cargo de elección popular, pero cesaban de pleno derecho en el anterior.

§37. APLICABILIDAD EXTERNA DE LOS PRECEPTOS DEROGADOS.

La normativa constitucional y legal sobre la INA nada dice respecto a la vigencia de los preceptos legales que pueden impugnarse en esa vía. En principio, lo único categórico es que las normas deben ser aplicables al caso concreto, decisivas para la resolución del asunto y producir efectos constitucionales en la gestión judicial pendiente. Sin embargo, los primeros pronunciamientos respecto a normas propiamente derogadas –vale decir, respecto de las cuales ha operado alguna de las situaciones descritas en los artículos 52 y 53 del Código Civil; no las declaradas inconstitucionales en virtud del art. 93 N° 7 de la CPR– establecieron una vinculación bastante vehemente entre aplicabilidad y vigencia:

*«DÉCIMO.– Que, abundando en el razonamiento precedente, **tórnase irrefutable que un precepto legal derogado se halla excluido o eliminado del ordenamiento jurídico vigente, rasgo esencial que impide aplicarlo para decidir un asunto, gestión o litigio pendiente ante cualquier magistratura ordinaria o especial.** Para que tan excepcional secuela fuera posible sería imperativo que el precepto abrogado gozara de eficacia ultractiva, cualidad que exigiría hallarse prevista expresa e inequívocamente en un precepto de jerarquía constitucional, complementado por la legislación dictada con sujeción a él. Se ha demostrado en las secciones anteriores de este fallo que dicho supuesto no concurre en la causa sublite, circunstancia que justifica desestimar este capítulo del requerimiento;*

*DECIMOPRIMERO.– Que, por lo demás, **resulta jurídicamente imposible que un precepto legal abrogado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto posterior a su exclusión del sistema jurídico,** precisamente porque carece de la eficacia requerida para que las partes lo invoquen y la magistratura competente lo resuelva fundándose en él;*

DECIMOSEGUNDO.– Que el análisis de lo dispuesto en el artículo 93, inciso undécimo, de la Carta Política, en armonía con lo explicado en los motivos anteriores, permite colegir que no puede prosperar un requerimiento apoyado en un precepto legal derogado, tanto porque la aplicación de él no es ni puede resultar decisiva en la resolución de una gestión o asunto

pendiente, cuanto en atención a que tal impugnación tiene que reputarse carente de fundamento razonable;

DECIMOTERCERO.– Que, a la luz de lo expuesto, cabe concluir que **el requerimiento de inaplicabilidad puede ser deducido válidamente sólo respecto de preceptos legales vigentes y no en relación a aquellos que se hallen derogados, pues estos últimos son normas ajenas a la decisión de la litis y carentes, por completo, del vigor jurídico requerido para resolverla;**

DECIMOCUARTO.– Que, siendo clara la Constitución en el asunto examinado en este capítulo, por un lado, y, de otro, **absurda la tesis que sustenta la procedencia de declarar inaplicable un precepto derogado**, la doctrina ha prescindido de examinar el tópico, limitándose a afirmar que no cabe aquel requerimiento en contra de esa especie de preceptos. Una excepción que confirma lo dicho es Alejandro Silva Bascuñán con María Pía Silva Gallinato, quienes, al revisar los presupuestos de todo requerimiento de inaplicabilidad, señalan que “Se pide la inaplicabilidad de un “precepto legal”, es decir: a) De una regla legal en vigor al momento de surgir el problema, es decir, de una que no esté derogada ni se haya aplicado en la decisión de la gestión judicial correspondiente”. (“Las Nuevas Atribuciones del Tribunal Constitucional”, Revista de Derecho Público N° 69 (2007), p. 366);

(...)

DECIMOSEXTO.– Que, **no siendo procedente recurrir en contra de preceptos legales derogados**, como se ha hecho en la causa decidida en esta sentencia, el requerimiento de autos debe ser rechazado y así se declarará;» (STC 1231, 09.06.09).

Dos años antes de esta sentencia, el TC había explicitado, en una sentencia de inadmisibilidad, cuál iba a ser su criterio al respecto:

«Asimismo, no puede considerarse como razonablemente fundado el requerimiento de la especie si para explicar el conflicto de constitucionalidad que a juicio del actor provocan las normas legales que impugna, se afirme que éstas se encontrarían “*derogadas tácitamente según dispone el artículo 55 del Código Civil a la luz del inciso 2º del artículo 5º de la Constitución Política del Estado y artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7º Nº 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” y artículo XXV inciso 2º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre... normas internacionales... que no vinieron más que a cristalizar una situación que por miles de años se arraigó en nuestra civilización occidental, como es, que no existe prisión por deudas*”. En efecto, **esta Magistratura ha concluido que en casos como el resuelto en esta oportunidad, para la procedencia de la acción**

de inaplicabilidad es preciso que el precepto legal impugnado se encuentre vigente, por lo que resulta contradictorio pedirla respecto de una norma que se sostiene está derogada tácitamente.» (STC 779, 16.05.07) (énfasis nuestro).

Respecto a esta última resolución, ZÚÑIGA escribió: “(s)egún el criterio sostenido, el cual resulta ser absolutamente lógico, no puede solicitarse la inaplicabilidad de una norma que, según el propio requirente, estaría derogada bajo cualquiera de las formas de derogación.”²⁰⁷

Sin embargo, la opinión del TC no era unánime. Los Ministros Sres. Correa y Fernández Baeza habían sostenido reiteradamente una postura abiertamente favorable a la posibilidad de accionar de inaplicabilidad contra preceptos derogados, resumida en la siguiente sentencia:

*“3º. Que la derogación de un precepto tampoco es causal para no pronunciarse acerca de la constitucionalidad de los efectos que debe producir, en una gestión pendiente, respecto de hechos acaecidos bajo su imperio. Un precepto legal derogado puede perfectamente resultar decisivo en la resolución de un asunto pendiente. **En la gestión pendiente, la aplicación del precepto legal al caso resulta de la circunstancia de haber ocurrido los hechos que se juzgan bajo el imperio de la norma derogada.** (...) De igual modo, y como se demostrará, el hecho de la derogación no impide que tal aplicación pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto. Por último, la aplicación de la norma derogada a hechos ocurridos durante su vigencia puede producir efectos contrarios a la Constitución, que es lo que, en el fondo, se nos pide y debemos juzgar; 4º. Que **la derogación no impide que una norma que ha cesado en su vigencia, pero que rigió mientras ocurrieron los hechos que deben juzgarse, pueda producir efectos decisivos en la resolución de un asunto.**”²⁰⁸ (énfasis nuestro).*

Por nuestra parte, postulamos la existencia de dos errores en la doctrina que impedía la INA contra normas derogadas.

El primero consiste en que se aprecia una falta de distinción conceptual entre aplicabilidad y relevancia, cuya importancia ya hemos resaltado (§27 y §28). En efecto, en la opinión que ostentaba el TC, las leyes derogadas “son normas ajenas a la decisión de la litis” y cada uno de sus preceptos “carece de la eficacia requerida para que las partes lo invoquen”. Si son normas ajenas a la litis y no debieran ser invocadas por las partes, es porque ni siquiera son atingentes al juicio o, en otras palabras, no son aplicables a la controversia, ya que una norma aplicable, aunque no sea la que decide el asunto, es

²⁰⁷ ZÚÑIGA (2010b) p. 121.

²⁰⁸ Es necesario advertir que el voto disidente que se cita en el texto se refiere a una INA contra el artículo 116 del Código Tributario después que el precepto fuera declarado inconstitucional por el mismo tribunal, lo que –según postulamos más adelante– no produce la derogación de la norma. Sin embargo, los Ministros autores mantienen la misma postura para los preceptos derogados por otra ley (STC 1231) y aquellos que son declarados inconstitucionales.

propia de las consideraciones de derecho que el tribunal debe realizar para fundar el fallo, pese a que pueda terminar descartando su carácter decisivo por concurrir otros preceptos contrarios que la desplazan u otras normas redundantes que llevan a la misma conclusión. Pero, en vez de rechazarse la INA por imposibilidad que se aplique el precepto derogado, se deniega “*porque la aplicación de él no es ni puede resultar decisiva en la resolución de una gestión*”, como si hubiera alguna aplicación posible – decisiva o no– de un precepto “*ajeno a la decisión de la litis*”.

En segundo lugar, se confunde la pertenencia de un precepto legal a determinado ordenamiento jurídico en un momento específico (el ordenamiento chileno en el tiempo del juicio principal), con la facultad o, bajo ciertas condiciones, la obligación de los tribunales de aplicar determinadas disposiciones.

El cambio de criterio se produjo en las sentencias de los roles –acumulados– N^{os} 1399 y 1469, de fecha 4 de noviembre de 2010. Se trataba de una INA presentada en contra de la aplicación del artículo 42, N^o 1, inciso final, de la Ley sobre Impuesto a la Renta, según su texto vigente hasta antes de la publicación de la ley N^o 20.219 que derogó dicho precepto. En la disposición impugnada, se equiparaban para efectos tributarios las rentas del trabajo dependiente con “*las rentas que obtengan, en su calidad de tales, los prácticos de puertos y canales autorizados por la Dirección del Litoral y de la Marina Mercante*”, lo que traía como consecuencia que no podía rebajar de sus ingresos brutos los gastos necesarios para producir la renta, como sí pueden hacerlo quienes reciben ingresos como trabajadores independientes (art. 50 de la Ley sobre Impuesto a la Renta). Habiendo declarado sus rentas como trabajador independiente, el SII efectuó giros contra el práctico de puerto por los gastos deducidos, que este reclamó, perdiendo tanto la reclamación, como las instancias en el Tribunal Tributario y la Corte de Apelaciones, quedando pendiente sólo un recurso de queja ante la Corte Suprema.

La mayoría del TC despachó la defensa del requerido (el SII) sobre la imposibilidad de pedir la inaplicación de preceptos derogados con menos considerandos que los que empleó para defender la postura contraria en STC 1231:

«NOVENO: Que, en opinión de estos sentenciadores, resulta perfectamente posible pronunciar un veredicto de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de un precepto legal que, a la fecha de la sentencia respectiva, se encuentre derogado por el legislador, siempre y cuando, como sucede en la especie, dicha norma hubiere estado en vigor en el momento en que se suscitó la situación jurídica regida por ella y deba ser aplicada por el juez de la gestión pendiente al momento de resolver el asunto;

*DÉCIMO: Que, en efecto, lo que la Constitución ha exigido en esta materia es que el precepto impugnado resulte aplicable al caso de que se trate, toda vez que en su artículo 93, N^o 6^o, prescribe que es atribución del Tribunal Constitucional el declarar la inaplicabilidad de un precepto legal “cuya **aplicación** en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”, no exigiendo que el mismo se encuentre*

actualmente vigente. Con ello, el constituyente previó acertadamente la hipótesis de la ultraactividad de una disposición derogada, es decir, de aquellas normas que si bien no rigen respecto de situaciones fácticas que acontezcan en la actualidad, sí regían en el momento en que ocurrieron los hechos que se juzgan. Así, por lo demás, lo ha estimado esta propia Magistratura en sentencia Rol N° 728–2007;» (STC N°s 1399 y 1469, 04.10.10)

Pese a la claridad con que se exponía la doctrina en el fallo precitado, lo cierto es que era una nueva posición del TC, que no se condecía con lo expuesto en STC 1231. Lo fallado en STC 728 no era un precedente válido, porque precisamente reafirmaba lo sostenido en STC 1231, que establecía como requisito para conceder, como única excepción a la prohibición de la INA contra preceptos derogados, que: *“(fuera) imperativo que el precepto abrogado gozara de eficacia ultractiva, cualidad que exigiría hallarse prevista expresa e inequívocamente en un precepto de jerarquía constitucional, complementado por la legislación dictada con sujeción a él”* (STC 1231). Precisamente, el artículo 167 f) del Código Tributario gozaba de ultraactividad en virtud del particular sistema de entrada en vigor de la Reforma Procesal Penal; diseñado a nivel constitucional, orgánico constitucional y simplemente legal. Si no se cumplía el requisito de contar con una ultraactividad ordenada por la Carta Fundamental, como sucedía precisamente en el caso del práctico de puerto, la misma STC 1231 señalaba que *“esa circunstancia justifica desestimar este capítulo del requerimiento.”*²⁰⁹

Por el contrario, el voto disidente –que coincidía con la mayoría respecto a la posibilidad de la INA contra normas derogadas– no tuvo problema en ser más explícito sobre el cambio jurisprudencial:

“2. Que es necesario, sin embargo, advertir que no discrepamos de toda la sentencia de mayoría.

En efecto, el precepto que se impugna se encuentra derogado por la Ley N° 20.219.

Hasta la reciente sentencia Rol 1452 (05.08.2010), la mayoría del Tribunal consideraba que una norma derogada no era precepto legal (STC roles 978/2008; 1186/2008; 1230/2009; 1231/2009; 1232/2009); por lo mismo, no cabía a su respecto la inaplicabilidad, pues implicaba dar una eficacia ultraactiva al precepto respectivo, cualidad que exigiría hallarse prevista expresamente (STC roles 1230/2009; 1231/2009; 1232/2009).

Tal situación se traducía en dos causales de inadmisibilidad: de un lado, que no resultaba decisiva en la resolución del asunto controvertido (STC roles 760/2007; 843/2007; 978/2008). Del otro, carecía de fundamento plausible (STC roles 1230/2009; 1231/2009; 1232/2009).

²⁰⁹ El Ministro Sr. Carmona hizo ver esta última circunstancia en su voto de minoría a la declaración de admisibilidad del mismo requerimiento.

Dicha declaración la hizo tanto el Pleno (STC rol 843/2007) como sus Salas (STC roles 838/2007; 760/2007).

3. Que la Sala que analizó la admisibilidad del requerimiento, consideró, por mayoría, que dicha derogación no impedía entrar al fondo del asunto.

Dicha decisión ha sido ratificada por el Pleno de esta Magistratura.

4. Que, como se constata, el Tribunal ha cambiado de criterio. Eso es lícito en la medida que lo advierta y fundamente claramente su cambio de criterio (STC rol 171, 26.08.1993), tal como lo hace el fallo de mayoría en los considerandos 9º, 10º y 11º).

Sobre ello no discrepamos.”

Ahora bien, podemos revisar cómo funciona el concepto de aplicabilidad externa a partir de la jurisprudencia que el TC estableció con posterioridad a este cambio de criterio.

El voto de minoría, en palabras casi idénticas, se repite como opinión de la mayoría en las STC N^{os} 1572, 1598, 1692, 1766, 1784, 1765, 1807, 1806, 1769, 1785, 1636, 1808 y 1745. En todas estas causas, el TC hace uso de la aplicabilidad externa de un precepto derogado para acoger el requerimiento.

Como hemos señalado, MORESO y NAVARRO definen la aplicabilidad externa de la siguiente manera:

“Una norma Ni es externamente aplicable en un tiempo t a un caso individual c, que es una instancia del caso genérico C, si y sólo si, otra norma Nj, perteneciente al sistema Sj del tiempo t, prescribe (obliga o faculta) aplicar Ni a los casos individuales que son instancias de C.”²¹⁰

En todas las causas señaladas en el párrafo ante-precedente, se pidió la inaplicabilidad del artículo 38, inciso quinto, de la ley N^o 18.933, que había sido derogado íntegra y expresamente por el artículo 1, numeral 14, literal d, de la ley N^o 20.015, publicada el año 2005, y que regulaba uno de los múltiplos con que se calcula el precio de los contratos de planes de salud: la tabla de factores por sexo y edad. Los contratos de salud previsional de los requirentes habían sido suscritos con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley N^o 20.015. Ahora bien, la ley N^o 20.015 reguló expresamente la vigencia de las tablas de factores pactadas en contratos suscritos antes del año 2005: “Tratándose de contratos en curso a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, las tablas de factores que ellos contengan se mantendrán en vigor hasta que el afiliado opte por aceptar un plan alternativo que se le ofrezca en alguna adecuación o hasta que contrate un plan de salud distinto.” (Art. 2, N^o 2, ley N^o 20.015) A partir de esta disposición, podía concluirse –como lo hizo el TC– que el marco legal aplicable al contrato del requirente, en materia de validez de la tabla de factores como cláusula, estaba integrado por la norma derogada (el

²¹⁰ NAVARRO y MORESO (1996) p. 125.

inciso quinto del art. 38 de la ley N° 18.933 pre 2005) y no por la norma vigente (art. 38 ter de la ley N° 18.933 post 2005) al momento de ocurrir el hecho juzgado o el juzgamiento²¹¹.

Valga la pena recordar que el TC no siempre se fijó en la aplicabilidad externa –vale decir, en normas que ordenen o prohíban aplicar en el juicio principal la norma cuyos efectos son impugnados en la INA–; se trató de un aprendizaje algo forzoso. Basta revisar la suerte de uno de los requerimientos contra las tablas de factores por sexo y edad, anterior a los casos citados precedentemente, en que este Tribunal decidió ignorar el Art. 2, N° 2, ley N° 20.015 dentro de su análisis, para darse cuenta que la evaluación de la aplicabilidad externa pasó a ser parte del juicio del TC luego de observar los efectos de sus fallos.

Hasta la dictación de la sentencia de inconstitucionalidad (abstracta y *erga omnes*) del artículo 38 ter de la ley N° 18.933, con fecha 6 de agosto de 2010, el TC había dictado cuatro sentencias de inaplicabilidad contra dicho precepto. El efecto de las sentencias estimatorias de cada una de las cuatro cuestiones de inaplicabilidad había sido dispar, pero una en particular había destacado por sus consecuencias... o ausencia de las mismas. En la causa rol N° 1287, el requirente había pedido la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la ley N° 18.933 vigente a esa época, contenido en el artículo 199 del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, arguyendo que esta norma regulaba la inclusión del factor etario del cotizante del plan de salud y, en definitiva, parte del precio del mismo. La misma sentencia del TC refiere al argumento de la parte requerida en orden a considerar los efectos del Art. 2, N° 2, inciso final, de la ley N° 20.015:

«En primer lugar, la ISAPRE plantea la inadmisibilidad del requerimiento con base en la inexistencia del requisito constitucional de que el precepto impugnado “pueda resultar decisivo en la resolución del asunto”. En este punto afirma que la norma legal cuestionada no sirvió de fundamento a la sentencia de primera instancia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, ni tampoco lo será para el fallo que deba pronunciar la Corte Suprema al resolver el respectivo recurso de apelación. Ello, desde el momento que el artículo 199 impugnado no forma parte de las normas aplicables al contrato de salud que vincula a esa entidad con el señor Fernández Bitterlich, suscrito el 3 de noviembre de 1992 y sustituido por un nuevo contrato que entró en vigencia el 30 de noviembre de 2000.»

El TC no se hace cargo de esta alegación, pero sí lo había hecho en una sentencia anterior en que se había presentado el mismo argumento y estimó que la aplicabilidad externa del artículo 38 ter en el caso concreto no era un asunto que correspondiera evaluar a este tribunal, sino a los jueces del fondo.

²¹¹ El TC lo expresa en las siguientes palabras: “Que a lo anterior cabe agregar que la norma impugnada, si bien se encuentra derogada, tiene cierta ultraactividad, en la medida que el artículo 2° de la Ley N° 20.015 establece que las tablas de factores vigentes a la fecha de celebración del contrato, siguen en vigor hasta que el afiliado opte por aceptar un plan alternativo o contrate un plan de salud distinto. En todo lo demás, el contrato antiguo debe sujetarse a la nueva normativa.” (STC 1572, 30.11.10)

Como se puede leer en el pasaje que a continuación se cita, el TC consideraba que no era parte de su examen revisar la aplicabilidad externa de los preceptos cuyos efectos enjuiciaba:

«DECIMOSEXTO. Que si bien es clara la incidencia del artículo 2º comentado en la controversia sub lite, no es menos cierto que se trata de cuestiones de mera legalidad, relacionadas con la vigencia de la ley en el tiempo, cuyo esclarecimiento no se halla dentro de la órbita de atribuciones de esta Magistratura, razón que resulta suficiente para desestimar lo alegado por la requerida.

Efectivamente y corroborando la doctrina que fluye de la jurisprudencia constante de este Tribunal en el punto, se inserta en seguida la sentencia de fondo, enrolada con el N° 796, en cuyo considerando vigesimoséptimo se afirma lo siguiente:

“Que el tipo de controversia caracterizado en el razonamiento precedente es de aquellos que, según el criterio sostenido por la jurisprudencia de este Tribunal, así como por la de los tribunales superiores de justicia, corresponde dilucidar a los jueces del fondo, por tratarse de un conflicto de mera legalidad, que debe resolverse de conformidad a las normas pertinentes a la vigencia de las leyes contenidas en el Código Civil. Por consiguiente, no le corresponde a esta Magistratura expedirse acerca de un conflicto de aplicación de normas legales cuya resolución ha de hacerse por los tribunales competentes de acuerdo a las preceptivas pertinentes de ese rango normativo”;» (STC 976, 26.06.08).

Esta abdicación del TC a revisar la aplicabilidad externa del requerimiento sería determinante en el recurso de apelación para ante la Corte Suprema en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que, resolviendo una acción de protección, había declarado que el alza del precio del plan de salud del recurrente en razón del factor etario era legal y no arbitraria, considerando que se trataba de una cláusula libremente aceptada. La Corte Suprema, resolviendo el recurso de apelación, negó cualquier atingencia del precepto impugnado:

“UNDECIMO: Que respecto del recurrente, su contrato de salud fue suscrito el día 3 de noviembre del año 1992, acaeciendo su última modificación el año 2000, esto es, con antelación a la vigencia de dicho cuerpo normativo (la normativa impugnada en la INA). De ello se sigue que la norma declarada inaplicable por inconstitucional, carece de imperio respecto del contrato que vincula al actor con la ISAPRE Colmena Golden Cross. En efecto, el legislador (art. 2, nº 2, inciso final²¹²) expresamente exceptuó de la regulación contenida en

²¹² “Art. 2, Nº 2, inc. final, ley Nº. 20.015. “Tratándose de contratos en curso a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, las tablas de factores que ellos contengan se mantendrán en vigor hasta que el afiliado opte por aceptar un plan alternativo que se le ofrezca en alguna adecuación o hasta que contrate un plan de salud distinto. En todo caso, el proceso de adecuación de precios base que se efectúe entre la fecha en que entre en vigencia esta ley y el 30 de junio de

el artículo 199 a aquellos contratos anteriores que habían incorporado las aludidas tablas de factores de sexo y edad, prescribiendo como ya se consignó– que tratándose de dichos contratos operará lo acordado al momento de su celebración. En consecuencia, y como lo señalara el Ministro del Tribunal Constitucional, don Enrique Navarro Beltrán, en su disidencia, el precepto en cuestión no resulta aplicable para la resolución del asunto sometido al conocimiento de esta Corte, pues no forma parte del estatuto jurídico que rige la relación contractual existente entre el reclamante y la ISAPRE mencionada;”

En otras palabras, el tribunal del juicio principal advirtió que, en el caso de autos, la norma perteneciente al sistema jurídico al momento de juzgar y que era internamente aplicable porque otorgaba a las ISAPREs la habilitación para establecer tablas de factores según sexo y edad en los contratos de salud previsional y las obligaba a cobrar las cotizaciones de acuerdo a las mismas (el artículo 38 ter de la ley N° 18.933), no era externamente aplicable (el tribunal no tenía obligación de aplicarla) porque existía otra norma, también perteneciente al sistema en ese momento (Art. 2, N° 2, inc. final, ley N° 20.015) que ordenaba aplicar otra norma no perteneciente al sistema en el mismo momento (el art. 38 inc. quinto, de la ley N° 18.933, había sido derogado).

Explicado el problema a que se enfrentaba la Corte Suprema a partir de la definición de aplicabilidad externa de MORESO y NAVARRO, podría presentarse de la siguiente manera:

- *Una norma Ni* (art. 38, inc. quinto, ley N° 18.933 pre–2005)
- *es externamente aplicable en un tiempo t* (el de la apelación ante la Corte Suprema, rol N° 7779–2008)
- *a un caso individual c* (el alza del precio del recurrente por factor etario), *que es una instancia del caso genérico C* (el descrito en el art. 38 inc. quinto),
- *si y sólo si,*
- *otra norma Nj* (art. 2, N° 2, ley N° 20.015) *perteneciente al sistema Sj del tiempo t* (el de la apelación ante la Corte Suprema, rol N° 7779–2008),
- *prescribe* (obliga o faculta) *aplicar Ni* (art. 38, inc. quinto, derogado)
- *a los casos individuales que son instancias de C* (como el alza de precio sufrida por el recurrente de protección).

Otro caso en que la aplicabilidad externa de la norma impugnada en la INA resultó ser relevante para el TC tuvo que ver con el artículo 509 del antiguo Código de Procedimiento Penal (STC 1532, 24.08.10)

2006, inclusive, se desarrollará conforme a las disposiciones en vigor antes de la entrada en vigencia de esta ley y se regirá exclusivamente por ellas.”

que permitía al juez aumentar en uno, dos o tres grados la pena de un delito “(e)n los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie”. De acuerdo al requirente, la aplicación de este artículo al procedimiento penal en que se perseguían varios hechos eventualmente constitutivos del delito de abusos deshonestos, cometidos todos antes de la promulgación siquiera del Código Procesal Penal, sería inconstitucional, ya que existía una nueva norma penal más favorable, que era internamente aplicable al caso (porque también regulaba la concurrencia ideal de delitos) contenida en el Código Procesal Penal (art. 351), que disminuía la posibilidad del juez para aumentar la pena en el mismo caso en sólo uno o dos grados.

La sentencia desechó el recurso porque el juez de primera instancia habría aumentado sólo en dos grados la pena y en la apelación no podría aumentarse un tercero, de modo que el tribunal del juicio principal se encontraba dentro del margen del artículo que el requirente esperaba aplicar en ausencia del impugnado. Sin embargo, un grupo de ministros previno que la aplicabilidad (externa) del artículo impugnado dependía del artículo 483 del Código Procesal Penal que ordena que *“las disposiciones de este Código sólo se aplicarán a los hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia”*. Otro grupo hizo la prevención que la norma que determinaba la aplicabilidad externa se encontraba en la Constitución: *“el precepto legal invocado como más favorable en la acción no es aplicable al caso sub lite, por estar expresamente excluido por otra norma de rango constitucional. En efecto, el principio de aplicación de la ley posterior más favorable al inculpado exige lógicamente que esa pretendida ley posterior sea susceptible de aplicación, lo que en el caso de autos no permite el inciso segundo de la disposición octava transitoria de la propia Constitución, que limita la vigencia de las normas del Código Procesal Penal sólo a hechos delictuales cometidos con posterioridad a la vigencia de ese orden de enjuiciamiento.”*²¹³

Como comentario al margen, es interesante el uso que hace el TC, en el pasaje citado, de la expresión *“que esa pretendida ley posterior sea susceptible de aplicación”* ¿se refiere a la interna, a la externa o ambas? Pareciera claro que el precepto del artículo 351 del Código Procesal Penal es internamente aplicable, ya que sus condiciones de aplicación²¹⁴ (su supuesto de hecho) se encontraban cumplidas

²¹³ El razonamiento de este voto de prevención se basa en lo dispuesto en el inciso segundo de la disposición octava transitoria, que señala: “El capítulo VII Ministerio Público, la ley orgánica constitucional del Ministerio Público y las leyes que, complementando dichas normas, modifiquen el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán exclusivamente a los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones.” Valga la precisión que el Constituyente derivado se refiere al Código Procesal Penal cuando habla de las “modificaciones” al Código de Procedimiento Penal.

²¹⁴ Una explicación más extensa sobre lo que es la condición de aplicación de una norma puede encontrarse en CAPELLA: “Las «descripciones de las condiciones de aplicación» son también expresiones; (...) remiten hipotéticamente a la *situación fáctica del mundo* que condiciona la operatividad de la proposición normativa. La relación de estas descripciones con los hechos del mundo es, como en el caso anterior, una relación de *satisfacción*: los hechos del mundo *satisfacen* (o no) la descripción de las condiciones de aplicación de la norma, y los

desde el momento que el artículo regula el efecto en la pena de la reiteración de delitos de la misma especie y los requirentes (todos condenados en el caso llamado por la prensa “Colonia Dignidad”) habían sido condenados todos ellos por múltiples delitos de abusos deshonestos (Art. 366 Código Penal). Por tanto, el TC se estaría refiriendo a la aplicabilidad externa, que no concurriría en la especie por la existencia de otra norma, la disposición octava transitoria de la Constitución, que establece una obligación de aplicar las disposiciones del Código Procesal Penal sólo a los hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia.

§38. APLICABILIDAD EXTERNA Y COMPETENCIA JUDICIAL.

Otro de los efectos relevantes de la distinción entre aplicabilidad externa e interna es que la primera permite integrar el ámbito de competencia del juez dentro del ámbito de aplicabilidad del precepto. Tal como enseñan NAVARRO, ORUNESU, RODRÍGUEZ y SUCAR:

*“Un juez J en un sistema puede tener la obligación de aplicar una norma Nj a un caso C, mientras que otro juez puede tener prohibido aplicar esta norma a C. Por ejemplo, un juez que resuelve un pleito por responsabilidades civiles derivadas de un adulterio no puede aplicar las normas del código penal referidas al adulterio, aun cuando estas normas del código penal se refieran al mismo caso individual. En otras palabras, **si las normas aplicables son aquellas que un determinado juez puede o debe aplicar, entonces, el sistema aplicable también se determina en función de la jurisdicción en que se radica el pleito**, y esto significa que el mismo caso, cuando se debate ante diferentes tribunales, admite la integración de diversas normas en el conjunto de normas aplicables. Por esta razón hay que concluir que no toda norma que regula un caso C y es válida en un sistema jurídico S pertenece al sistema aplicable al caso C.”²¹⁵ (énfasis nuestro).*

Llevando el análisis de los autores un paso más allá, se puede señalar que la aplicabilidad externa de una norma a un caso no sólo depende de la “jurisdicción” del juez (penal, laboral, civil, de familia, etc.), sino que también del específico procedimiento que se trate o, incluso, del recurso que constituye el juicio principal, ya que la competencia del juez en cada una de estas situaciones institucionales le permite aplicar un acotado rango de normativa para decidir el caso controvertido.

Un ejemplo de lo explicado en el párrafo precedente puede encontrarse en la jurisprudencia del TC. En la causa rol n° 2468 (01.09.11), la Primera Sala del TC fue llamada a conocer de la admisibilidad de un requerimiento de inaplicabilidad en contra del artículo 39, letra ñ), inciso primero, en relación con el inciso primero de la letra b) del mismo artículo, ambos del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de

comportamientos reales de las personas *satisfacen* las descripciones que aparecen como contenido de la norma.” CAPELLA (2006) p. 66; *vid.*, también, MENDONCA (1992) p. 32.

²¹⁵ NAVARRO, RODRÍGUEZ, et al. (2000) p. 146.

Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211, de 1973, que disponen:

“Art. 39, inc. primero DL N° 211 de 1973. Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico:

***b)** Actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia...*

***ñ)** Suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados.”*

En resumidas cuentas, el requirente (una aerolínea) estaba disconforme con el contenido del acuerdo extrajudicial celebrado entre la Fiscalía Nacional Económica y LAN en el proceso rol n° 3-11 seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). Sin embargo, este procedimiento había terminado en el rechazo por el (TDLC) del acuerdo extrajudicial, ya que se había iniciado un procedimiento de consulta al TDLC por la misma materia, siendo ambos procesos incompatibles. En el proceso de consulta, juicio principal respecto a la INA interpuesta, la Fiscalía Nacional Económica indicó que el proceso de fusión consultado podría efectuarse sin afectar la libre competencia sólo si cumplía con condiciones que eran idénticas a las acordadas extrajudicialmente con la aerolínea LAN. La Primera Sala del TC determinó que los preceptos impugnados no tendrían aplicación en el procedimiento de consulta, ya que las condiciones que el TDLC podía imponer para aprobar la fusión en nada se ven afectadas o inclinadas por el acuerdo entre la Fiscalía y LAN. Dicho en otras palabras, si, mediante la INA, se pretendía impugnar la validez del acuerdo extrajudicial para impedir que se tomara como base de las condiciones que se impusieran por el TDLC al resolver el proceso de consulta, lo cierto es que la validez del acuerdo extrajudicial no era materia consultada ni podía ser objeto del proceso de consulta y, por lo tanto, la normativa sobre su validez no era aplicable al caso. Así se expresó la falta de aplicabilidad externa en la sentencia:

«11°. Que, conforme a lo expresado en el considerando precedente, es indubitado que el proceso sobre acuerdo extrajudicial iniciado en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por la FNE y LAN se encuentra concluido. Por otro lado, el proceso sobre consulta iniciado por CONADECUS respecto de la operación de concentración LAN-TAM, se encuentra actualmente pendiente ante el mismo Tribunal, conforme consta del certificado que rola a fojas 273. Pues bien, conforme a lo razonado en los considerandos precedentes, el artículo 39, letra ñ, inciso primero, del DL N° 211, que establece la atribución del Fiscal Nacional Económico de suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, y cuya inaplicabilidad el requirente solicita en los autos sobre consulta ya individualizados, aun en el evento hipotético de que fuera aplicable a esta gestión pendiente sobre consulta, dicha aplicación no resultaría decisiva para su resolución, dada la diferente naturaleza de las gestiones de consulta y de acuerdo extrajudicial, a que se

ha hecho referencia. En efecto, como se ha señalado ya en esta resolución, el procedimiento de consulta no se rige por el artículo 39, letra ñ, impugnado, sino por los artículos 18, N° 2, y 31 del DL N° 211, que establecen –entre otras– la facultad del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo (en este caso, CONADECUS), o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos no contenciosos que puedan infringir el DL N° 211, relativos –en el caso sub lite– a hechos, actos o contratos por celebrarse (operación de concentración LAN–TAM), para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos. Lo anterior es corroborado por el propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que, mediante resolución de 28 de enero de 2011, en los autos sobre consulta Rol NC N° 388–11, decretó: “DESE INICIO al procedimiento contemplado en el artículo 31 del D.L. N° 211, respecto de la consulta de la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (...) sobre la operación de fusión entre LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A.; (...) Atendido lo dispuesto en el artículo 18 N° 2, en cuanto a que el Tribunal sólo podrá fijar, al momento de dictar la resolución que ponga término a la presente consulta, las condiciones que deberían ser cumplidas en los hechos, actos y contratos objeto de la misma, suspéndase en el intertanto la operación consultada por CONADECUS.” (fojas 881);»²¹⁶

Como hemos venido señalando, la aplicabilidad externa de una norma consiste en la pertenencia al sistema de otra disposición que prescribe al juez aplicar aquella a un caso en que es internamente aplicable²¹⁷. Vistas así las cosas, es perfectamente natural que una norma que, por derogación, ya no pertenece al sistema en el momento de fallar deba ser aplicada a un caso para resolverlo, porque existe otra norma del sistema –ésta sí perteneciente al sistema al momento en que falla el juez– que ordena hacer tal cosa. Como lo esencial de la INA es evitar la aplicación de una norma que produce efectos inconstitucionales en un caso concreto, es la atingencia del precepto al caso y no su pertenencia al sistema jurídico lo que hace posible el control concreto que ejerce el TC. Dicho lo anterior, cabe aún preguntarse respecto a la posibilidad de dirigir la INA en contra de la norma, que sí pertenece al sistema en el tiempo del juicio principal, que ordena la aplicación de otra norma que ya está derogada.

Con ocasión de los múltiples requerimientos interpuestos en contra de los preceptos legales que permitían a las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES), revisamos que el TC modificó su postura

²¹⁶ Valga volver a advertir que no se debe identificar aplicabilidad y relevancia de la norma. El segundo concepto implica necesariamente el primero, pero no al revés. La atingencia es el núcleo de toda la INA, sin ella no hay relevancia de la norma que resuelva la gestión judicial y, menos aún, efectos contrarios a la Constitución.

²¹⁷ En estricto rigor, puede darse el caso que la norma que el juez debe aplicar no es internamente aplicable, pero otra disposición del sistema lo obliga a aplicarla de igual manera; pensemos en aquellos casos en que el juez debe resolver por analogía o en que la ley le señala que aplique las normas de una institución a otra que no tiene regulación especial (las reglas de la compraventa a la permuta, por ejemplo). Sin embargo, no nos ocuparemos por ahora de esta situación.

respecto a la posibilidad de declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la ley N° 18.933. Aunque, en un principio, el TC declaró inaplicable preceptos que regulaban la tabla de factores pero se aplicaban a contratos celebrados con posterioridad al año 2005, siendo que en el caso concreto el contrato de la requirente era muy anterior a esa fecha, luego de que la Corte Suprema negara cualquier efecto a una sentencia estimatoria de inaplicabilidad del artículo 38 ter porque el contrato del recurrente de protección y requirente de inaplicabilidad había sido celebrado con la ISAPRE antes de la entrada en vigencia de dicho precepto –que no tenía aplicación en dichos contratos antiguos por expresa mención del artículo 2º de la ley N° 20.015–, el TC optó finalmente por admitir los requerimientos contra preceptos derogados e inadmitir aquellos dirigidos contra el precepto vigente, pero interpuestos por requirentes con contratos anteriores a su entrada en vigor. En el tiempo intermedio de estas dos posturas, existieron requerimientos que impugnaban la aplicación sólo del inciso final del numeral 2 del artículo 2 de la ley N° 20.015, que es la norma divisora de las aguas entre los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley –cuyas tablas de factores convenidas sería rigiéndose por el inciso quinto del artículo 38, que se derogaba– y las nuevas tablas, reglamentadas por el nuevo artículo 38 ter.

Dentro del marco conceptual que distingue la aplicabilidad interna y la aplicabilidad externa de una norma, el artículo 2 de la ley N° 20.015 es el que determina la aplicabilidad externa de los preceptos contenidos en el inciso quinto del artículo 38 pre-2005 y el artículo 38 ter post-2005, ya que dispone que la regla general es que “(l)os contratos de salud previsional que se celebren con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley deberán ajustarse a ella”, mientras que “(l)os contratos celebrados con anterioridad, se ajustarán a sus disposiciones en sus respectivas anualidades”; vale decir, en principio, el nuevo artículo 38 ter entraría a configurar tanto los contratos celebrados con posterioridad a su entrada en vigencia, desde su suscripción, como los convenidos con anterioridad, pero sólo a partir de la siguiente anualidad. Sin embargo, el legislador dispuso expresamente que la cláusula relativa a la tabla de factores de los contratos pre-2005 siguiera rigiendo –*rectius*, su validez siguiera siendo determinada– por el inciso quinto del artículo 38 ter, aún después de cumplida su siguiente anualidad, hasta que el mismo afiliado no optara por un nuevo plan: “(t)ratándose de contratos en curso a la fecha de entrada en vigencia de esta ley, las tablas de factores que ellos contengan se mantendrán en vigor hasta que el afiliado opte por aceptar un plan alternativo que se le ofrezca en alguna adecuación o hasta que contrate un plan de salud distinto”. En consecuencia, el artículo 2, número 2, de la ley N° 20.015 rige la aplicabilidad externa tanto del artículo 38, inciso quinto (hoy derogado), dándole ultractividad, como la del artículo 38 ter (hoy declarado inconstitucional), impidiendo su retroactividad.

Explicado el contexto normativo anterior, debiera entenderse que la eliminación del precepto que establece la aplicabilidad externa de un artículo sólo remueve la obligación del juez de aplicar este último al caso, pero el TC estima que la impugnación aislada del artículo legal que determina la aplicabilidad externa de otro precepto es insuficiente para fundar una INA:

«10º. Que, sin perjuicio del reparo señalado con precedencia y aun en el entendido de que se esté frente a un error formal de referencia normativa, basta la simple lectura de la disposición transcrita para constatar que, en lo que resulta impugnada, conforme a lo expresado en el mismo libelo, se trata de una norma de aplicación de ley en el tiempo y, por consiguiente, **no corresponde señalar, como se hace por el requirente, que es ella la que efectivamente regula el procedimiento que derivó en el alza en el precio de un contrato de salud** “que se encontraba en curso a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 20.015”, según expresó en el libelo –fojas 7–.

Dicho de otro modo, no es la parte de la norma legal impugnada en este requerimiento la que, por sí sola y de manera aislada e independiente de otras disposiciones del ordenamiento jurídico, regula el sistema de revisión del precio del referido contrato de salud vigente entre el actor y la ISAPRE Banmédica S.A. Y, por ende, al haberse cuestionado sólo aquella regla legal, la impugnación que se formula en el requerimiento resulta insuficiente para entender cumplida la exigencia en comento, a los efectos de que esta Magistratura emita un pronunciamiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad;» (STC 1590, 10.03.10)²¹⁸ (énfasis nuestro).

§39. EFECTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD EN LA APLICABILIDAD DE UNA NORMA.

Otro de los tópicos que ha sido materia de reflexión y evolución para el TC, –en que incide la correcta distinción de la aplicabilidad externa, de la interna y de la validez de la norma– tiene que ver con la posibilidad de una INA contra un precepto declarado previamente inconstitucional en virtud de la facultad que le confiere el artículo 93 N° 7 de la Constitución.

La Carta Fundamental (Art. 94, inciso tercero) se pronuncia sobre los efectos de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad de un precepto legal, al señalar que se ordena la publicación de la misma en el Diario Oficial dentro de los tres días siguientes a su dictación y que éste “se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”. La misma LOTC repite la norma de la Constitución:

*“Artículo 102. La sentencia que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de todo o parte de un precepto legal, será publicada en la forma y plazo establecidos en el artículo 40. **El precepto declarado inconstitucional se entenderá derogado desde la fecha de la publicación en el Diario Oficial, sin efecto retroactivo.**” (énfasis nuestro).*

Aunque el texto de las normas precitadas nos da como únicas pistas que los preceptos declarados inconstitucionales se entenderán derogados y que la declaración no produce efectos retroactivos, y

²¹⁸ En el mismo sentido, sentencia de inadmisibilidad rol N° 1565 (09.03.10).

ambas características se parecen²¹⁹ la práctica jurisprudencial del TC nos ha dado mayores luces de cómo se afecta el ordenamiento jurídico por la sentencia de inconstitucionalidad.

§40. INCONSTITUCIONALIDAD COMO DEROGACIÓN: EL ART. 116 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO.

La primera sentencia de constitucionalidad de un precepto legal se dictó contra el artículo 116 del Código Tributario (26.03.07), que permitía a los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos delegar en funcionarios de su dependencia las potestades jurisdiccionales para conocer y resolver, en primera instancia, reclamaciones y denuncias contra actos del Servicio. La sentencia fue publicada en el Diario Oficial con fecha 29.03.07. Los temas que surgieron en cuanto a los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad tenían que ver con la suerte que correrían las INA interpuestas contra el mismo precepto a la fecha de la publicación y el destino de los juicios que se seguían en sede ordinaria.

Respecto a las INA ya interpuestas al momento de que surtiera efectos la sentencia de inconstitucionalidad, el TC se encargó de resolver las dudas en su primera sentencia de inaplicabilidad dictada con posterioridad a aquella. En la causa rol N° 603 (04.09.07), el TC aclaró su postura en términos que nos permitimos citar con cierta extensión dada su importancia:

«TERCERO. Que este Tribunal debe determinar si el artículo 116 del Código Tributario, precepto legal impugnado en este proceso, puede recibir aplicación en la gestión pendiente, si la misma es decisiva y, a continuación, si ello produce efectos contrarios a la Carta Fundamental, todo en consideración a lo previsto por el artículo 93, N° 6, de la Constitución Política;

CUARTO. Que, al efecto, cabe considerar que mediante Resolución Exenta N° 118, de 4 de octubre de 2006, fueron dejadas sin efecto las autorizaciones dadas a los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos para delegar la función jurisdiccional en funcionarios de su dependencia, por las cuales estos últimos podían conocer y fallar reclamaciones y denuncias tributarias, bajo la fórmula “por orden del Director Regional”, en virtud de lo dispuesto en el artículo 116 del Código Tributario.

A partir de dicho acto administrativo sólo han actuado como jueces tributarios los respectivos Directores Regionales del referido Servicio, en conformidad a lo establecido por el artículo 115 del mismo Código;

QUINTO. Que cabe agregar a ello que por sentencia de fecha 26 de marzo de 2007 este Tribunal, en ejercicio de su potestad exclusiva y excluyente contemplada en el N° 7 del artículo 93 de la Carta Fundamental, declaró inconstitucional, con efectos erga omnes e

²¹⁹ “(...) si la invalidez es sobrevenida o si se respetan algunos efectos de la norma invalidada, entonces la situación es de lo más parecido a la que se ha señalado para la derogación.” PRIETO SANCHÍS (2008) p. 79.

irretroactivos, el precepto legal cuestionado, cual es el artículo 116 del Código Tributario. Es necesario recalcar a este respecto que por expreso mandato del Constituyente, manifestado en el artículo 94 de la Constitución Política, y como efecto de lo expuesto, dicha sentencia de inconstitucionalidad **carece de efectos retroactivos, lo que significa que no afecta situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial;**

(...)

SEPTIMO. Que, en este orden de ideas, es necesario señalar que el conflicto de constitucionalidad planteado por el requirente ha dejado de existir, toda vez que, **revocada la delegación de facultades del artículo 116 del Código Tributario, dicho precepto no puede recibir aplicación, más aún si se encuentra derogado**, por lo cual resulta improcedente que esta Magistratura se pronuncie acerca de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del mismo;

OCTAVO. Que, a mayor abundamiento, de lo antes dicho se deduce que **la sentencia del presente proceso no puede tener efectos retroactivos, sino que incide en la aplicación futura de un precepto legal, la cual, en este caso, resulta imposible, como se ha dicho, por lo que no existe en este momento el conflicto a resolver, presupuesto básico del proceso**, y en caso de acogerse o rechazarse el requerimiento, no se produce, en esos términos, efecto futuro alguno, lo que conlleva la improcedencia de emitir pronunciamiento sobre el fondo del requerimiento deducido;

(...)

DECIMO. Que, a mayor abundamiento, resulta básico reconocer que, para ser objeto del control concreto de constitucionalidad que se solicita, el precepto legal impugnado debe considerarse vigente a menos que conste su derogación, pues, de lo contrario, no existe como tal y, a esta fecha, **consta que la norma impugnada carece de vigencia, precisamente porque fue expulsada del sistema jurídico con efectos derogatorios por este mismo Tribunal, por sentencia de 26 de marzo de 2007, en ejercicio de sus competencias exclusivas;**» (STC 603, 04.09.07) (énfasis nuestro)

Las afirmaciones contenidas en los párrafos pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1.- El efecto irretroactivo de la sentencia de inconstitucionalidad “*significa que no afecta situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial.*”

(C° 5°)

2.- Con posterioridad a la publicación en el Diario Oficial de la sentencia de inconstitucionalidad, no se puede producir conflicto entre la aplicación del precepto y la Constitución. (C° 7°)

3.– La sentencia de inconstitucionalidad, una vez publicada, priva de “vigencia” a un precepto legal y la vigencia le da a éste el carácter de tal (norma jurídica). (C° 10°)

Por otra parte, respecto a lo que sucedería con todas aquellas reclamaciones tributarias que se encontraban pendientes de resolución en segunda instancia o ante la Corte Suprema, el TC tuvo oportunidad de pronunciarse por un requerimiento presentado por la misma Corte Suprema en acuerdo de pleno, solicitando que se le aclararan los efectos que la sentencia de inconstitucionalidad tendría en una de las múltiples causas que conocía como tribunal de casación. El TC respondió en los siguientes términos a la consulta de la Corte Suprema:

“CUARTO. En tal contexto, respondiéndola directamente, el Pleno de este Tribunal estima que la sentencia de inconstitucionalidad dictada por este organismo y a la que alude el oficio, no produce, ni puede producir, ningún efecto respecto de la facultad privativa que tiene vuestra Excelencia para resolver, en ejercicio de su competencia, la causa sub lite, puesto que la potestad emanada de nuestra jurisdicción constitucional, se agota, en el caso concreto, con la decisión derogatoria expresada en dicha sentencia, dictada en ejercicio de la atribución conferida por el numeral 7º del artículo 93 de la Constitución Política;

QUINTO. En efecto, desde la fecha de la publicación de la sentencia, como lo dispone de forma expresa el Constituyente en el inciso 3 del artículo 94 de la Carta Fundamental, el precepto legal declarado inconstitucional «se entenderá derogado», con lo cual queda de manifiesto que tal declaración no produce los efectos propios de una invalidación, que es lo que, sin tal precepto, y conforme a la naturaleza de una declaración de inconstitucionalidad, podría haberse estimado que ocurriría;

SEXTO. Que la derogación, a diferencia de las invalidaciones, no se fundamenta en haber sido expedida la ley incumpliendo (sic) lo dispuesto por la Carta Fundamental, por lo que, aclarado el efecto derogatorio, no se pueden cuestionar los efectos que dicha norma contraria a la Constitución generaría hasta la fecha en que cesa su vigencia, ni cuestionar tampoco la validez de los actos realizados a su amparo, toda vez que la declaración de esta Magistratura no produce efectos retroactivos;

SÉPTIMO. La Excma. Corte Suprema coincidirá con esta Magistratura en que el efecto de nuestras sentencias estimatorias de inconstitucionalidad es, en todo, similar al efecto de una ley derogatoria. Es decir, por la vía de la cosa juzgada material y absoluta, este pronunciamiento produce consecuencias erga omnes, y además, por mandato expreso del Constituyente, como ya se dijera, no tiene alcance retroactivo;

OCTAVO. En atención a lo expuesto, en cuanto a su incidencia en el proceso que motiva la consulta, la sentencia de este Tribunal que declara la inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario en nada difiere, en cuanto a sus efectos, de los que hubiese tenido una

ley derogatoria y que, en el caso que motiva la presente consulta, incumbe ponderar a la Corte Suprema.” (STC 793, 17.07.07)

También en este caso, parece de utilidad sintetizar las principales ideas que el TC parecía tener al respecto:

1.- La declaración de inconstitucionalidad, por disposición expresa de la Carta Fundamental, no tiene los efectos propios de una invalidación, sino la de una derogación de la norma en todos sus efectos. (Cº 5º)

2.- La sentencia de inconstitucionalidad *“no produce, ni puede producir, ningún efecto respecto de la facultad privativa que tiene”* la Corte Suprema para resolver las causas pendientes (Cºs 4º y 8º). Esto puede entenderse como que la sentencia precitada no afecta a los juicios en curso y por eso no afecta la competencia de la Corte Suprema para conocer y juzgar, a diferencia de las sentencias de INA, que afectan la constelación normativa a la que puede acceder el juez del juicio principal.

La respuesta del TC seguramente contrarió a la Corte Suprema, ya que este tribunal había adelantado, en la resolución que ordenó el envío de los antecedentes al TC, que la prohibición de efectos retroactivos tenían que ver exclusivamente con la imposibilidad de revisar asuntos que ya habían sido resueltos por sentencias que causaron excepción de cosa juzgada, pero respecto de los juicios pendientes, esto no había sucedido y los litigantes no sufrían afectación en derecho adquirido ninguno:

“5º) Que de lo establecido en la norma reproducida precedentemente es posible concluir que la sentencia allí referida, en cuanto no ha de tener efectos retroactivos, no puede afectar situaciones jurídicas consolidadas ni menoscabar derechos adquiridos, como los que resultan de procesos judiciales en los que se ha dictado sentencia definitiva que haya quedado ejecutoriada;

6º) Que, a la vez y en caso inverso, bien puede estimarse que la prohibición de causar efectos retroactivos impuesta a la sentencia de inconstitucionalidad no rige en cuanto a los procesos judiciales en actual tramitación, pues en éstos las partes no adquieren derecho alguno durante su diligenciamiento y tienen tan sólo meras expectativas respecto de los derechos que en ellos se discuten;

7º) Que, de esta manera, se hace necesario determinar los efectos que ha de producir en el caso de autos la sentencia de inconstitucionalidad dictada el 26 de marzo del año en curso, cuestión que corresponde realizar al Tribunal Constitucional por haber sido el órgano que dictó el referido fallo.” (Corte Suprema, rol nº 1706-06, resolución de fecha 31.05.07)

Resulta más o menos evidente que la doctrina del Tribunal Constitucional iba a producir dificultades, ya que, mientras aceptaba que la inaplicabilidad produce efectos retroactivos porque afecta el parámetro de juzgamiento que el tribunal usará para calificar hechos ya sucedidos²²⁰, negaba que la sentencia de inconstitucionalidad produjera el mismo efecto sobre los juicios aún no concluidos y aquellos aún por iniciarse respecto a hechos acaecidos antes de la “derogación”. Una solución a este problema podía ser seguir admitiendo las INA contra el precepto incluso después de ser declarado inválido, pero como –en esa época– el TC identificaba completamente la inconstitucionalidad de una ley con su derogación (§38), las INA eran rechazadas por no estar dirigidas contra un “precepto legal”; esta calidad se había perdido desde la constatación de su inconstitucionalidad. Así sucedió, por ejemplo, con la INA planteada por la misma Corte Suprema con ocasión de la misma causa que había planteado la duda de constitucionalidad (rol nº 1796–06). Las razones del TC para declarar la inadmisibilidad del requerimiento pueden encontrarse en los siguientes pasajes:

“DECIMOSEGUNDO. Que efectuadas las precisiones expuestas, corresponde ahora emitir pronunciamiento sobre dicha petición, debiendo tenerse presente para ello, en primer lugar, que debe considerarse como hecho de la causa que el artículo 116 del Código Tributario se encontraba derogado a la fecha de la presentación, es decir, que no era ley vigente, lo cual lo privó del carácter de precepto legal, elemento esencial que debe tenerse especialmente en cuenta para determinar la competencia de este Tribunal para pronunciarse sobre el tenor de la petición, en mérito de lo dispuesto en el artículo 93 N° 7 de la Carta Fundamental que señala que son atribuciones del Tribunal: «Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior».

²²⁰ Para ser exactos, el TC no le atribuye efecto retroactivos a la sentencia de inaplicabilidad: “La Constitución optó por disponer que solicitada la inaplicabilidad, declarada admisible y luego acogida por el Tribunal Constitucional, ello sólo produce efectos desde la notificación de la sentencia al tribunal que está en condiciones de aplicar la norma cuya inaplicabilidad se solicitó, o sea, **no le dio, ni pudo darle efecto retroactivo alguno, pues el efecto de la inaplicabilidad se producirá necesariamente después de su declaración;**” (STC 837, 31.01.08) Aunque la afirmación del TC es correcta, depende de la perspectiva que se usa para definir lo que es un “efecto” retroactivo. Si se entiende por “efecto” de un acto normativo (ley, sentencia, etc.) que ordene la realización de una acción u omisión, este efecto sólo puede producirse hacia el futuro, porque el pasado no puede ser cambiado y, por tanto, no puede hablarse de cumplimiento o incumplimiento de la norma; en este sentido, la sentencia de inaplicabilidad se dirige al futuro, porque le ordena a un tribunal que no aplique un determinado precepto legal que le serviría para resolver una controversia que conoce. Sin embargo, también puede hablarse de efecto de un acto normativo cuando este cambia la calificación deóntica de un hecho ocurrido antes de que entrara en vigor, así, la sentencia de inaplicabilidad, al eliminar una norma decisiva del sistema que el juez debe aplicar para resolver un caso, cambia la calificación deóntica de una conducta que puede haber ocurrido antes de la sentencia de inaplicabilidad o, incluso, del juicio principal. Por ejemplo, si se acoge una INA contra el artículo 38 ter de la ley Nº 18.933 (rol nº 1552 del TC), que permite a las ISAPREs, modificar el precio del plan de salud previsual cuando el afiliado llega a una determinada edad, esa conducta contractual puede pasar de estar permitida (rol nº 557–2009 de la Corte de Apelaciones de Santiago) a estar prohibida y la cláusula que lo permitía a adolecer de nulidad absoluta (rol Nº 8837–2010 de la Corte Suprema).

(...)

DÉCIMOSEXTO. Que esta Magistratura, en ejercicio de la competencia específica que le asigna el requerimiento, debe precisar que en la época en que se efectuó la delegación el artículo 116 del Código Tributario sí tenía plena eficacia de ley y careciendo de ella ahora, no le corresponde a este Tribunal Constitucional declarar su inaplicabilidad retroactiva;

DECIMOSÉPTIMO. Que en mérito de lo considerado precedentemente este Tribunal decidirá que carece de facultades para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal que no tiene existencia constitucional y que, además y a mayor abundamiento, como su principal consecuencia, ya no puede tener efecto alguno en la decisión del fondo de la materia en litis.

Cabe concluir entonces que, mientras la inaplicabilidad por inconstitucionalidad no sea solicitada y luego decidida, acogiéndola, la ley decisoria cuestionada en un proceso que se siga ante otro tribunal, debe considerarse que no es contraria a la Constitución;”

Pero la última palabra sobre los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario no estaba dicha y todavía quedaba a la Corte Suprema resolver el recurso de casación en el fondo con ocasión del cual no sólo había hecho una presentación al TC (rol nº 793) planteando la duda sobre los efectos del fallo derogatorio, sino que, además, había elevado un requerimiento de inaplicabilidad contra el artículo 116 del Código Tributario (rol Nº 837). La sentencia de la Corte Suprema en dicha causa (rol Nº 1767–2006) efectuó las siguientes consideraciones:

“Décimo tercero: Que de la existencia misma de los numerosos recursos de inaplicabilidad acogidos, tanto por la Corte Suprema cuando le correspondía conocer de esta materia como por el Tribunal Constitucional antes de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del precepto en conformidad al artículo 94 de la Constitución Política, se desprende en forma inequívoca que la antedicha norma requería, al momento de resolverse la inaplicabilidad, de una aplicación posterior, la que precisamente no se produjo al haberse acogido los recursos, permitiendo la consiguiente declaración de nulidad de los procesos.

Décimo cuarto: Que lo anterior significa necesariamente que la norma del artículo 116 requería de permanencia durante todo el tiempo que durara el juicio de reclamo tributario correspondiente, y no sólo al momento de dictarse la sentencia por la vía de la delegación de facultades. (...)

*Décimo quinto: Que de lo dicho resulta que la única consecuencia lógica es que la norma requiere ser aplicada durante todo el juicio y no sólo al momento de haberse dictado la sentencia de primera instancia; y, **primero la declaración de inaplicabilidad en los casos concretos, y ahora la sentencia que la derogó, impiden su aplicación; en el primer caso, como ocurrió, por haber sido declarada inaplicable, y en el segundo, por haber desaparecido, lo que equivale, en cuanto a sus efectos, a lo mismo.**” (énfasis nuestro)*

Interesantemente, la Corte Suprema sostiene, en los pasajes recién citados, una identificación cualitativa entre los efectos de la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad de un precepto, diferenciándose sólo en el aspecto cuantitativo: la primera, con efecto en el juicio principal; la segunda, en todo juicio que no haya terminado por sentencia ejecutoriada. En consecuencia, la prohibición de retroactividad contenida en el artículo 94 de la Carta Fundamental se reduciría a la imposibilidad de reabrir procesos fenecidos en que se hubiera aplicado el precepto “derogado”²²¹.

Pese a que el razonamiento de la Corte Suprema podía aplicarse a todo tipo de preceptos que se declararan inconstitucionales, a continuación realizó consideraciones que restringen la *ratio decidendi* del caso al efecto de la declaración de inconstitucionalidad de una norma procesal de competencia del tribunal, la que –en opinión de la Corte Suprema– debiera mantenerse vigente durante todo el proceso, de modo que su derogación en el curso de éste afecta la validez de todo el mismo:

«Décimo séptimo: Que, como se viene diciendo, la derogación del artículo 116 del Código Tributario por la sentencia de inconstitucionalidad produce efectos sobre los juicios pendientes porque dada su naturaleza procesal “dar competencia al juez tributario mediante delegación” la norma conserva permanente su aplicación, pues se mantiene vigente dicha delegación durante todo el juicio, no cesa ni siquiera al ser recurrida la sentencia definitiva dictada por el juez tributario, ya que en virtud del efecto suspensivo que envuelve la apelación contra una sentencia definitiva queda “suspendida” su competencia y, por tanto, la delegación continúa existiendo, y en el momento en que quede ejecutoriado el fallo recobrará en plenitud su competencia a fin de velar por el pago de los impuestos de Timbres, Estampillas y Papel Sellado que correspondan conforme al inciso final del artículo 147 del Código Tributario. La sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional al poseer la cualidad de una ley derogatoria produce entonces efectos en todas las causas que se encuentran pendientes, toda vez que la norma del artículo 116 del Código Tributario es una disposición de carácter procesal caracterizada por su aplicación permanente en el juicio. Por tanto, los efectos de una ley derogatoria prevalecen sobre la disposición procesal anterior desde el momento en que comienza a regir, como se desprende del artículo 24 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes.»

§41. INCONSTITUCIONALIDAD COMO INA ERGA OMNES: EL ART. 38 TER DE LA LEY N° 18.933.

La última sentencia estimatoria de inconstitucionalidad dictada por el TC –mientras escribimos– recayó en la causa rol n° 1710, iniciada de oficio por dicho tribunal y en contra de los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la ley N° 18.933, que permitía a las ISAPREs modificar el

²²¹ Aunque el lector pudiera estimar que este contenido mínimo de la prohibición de retroactividad de la sentencia de inconstitucionalidad es obvio, en algunos países como España e Italia se permite la modificación de las sentencias penales cuando se declara inconstitucional el artículo que contenía el tipo.

precio de los planes de salud ya contratados a medida que los beneficiarios de los mismos iban envejeciendo, de acuerdo a una tabla de factores etarios incorporada al contrato²²². Tal como en el caso anterior, con la “derogación” de los preceptos aludidos, ocurrida con la publicación en el Diario Oficial de la sentencia (09.08.10), quedó en suspenso la postura que el TC tomaría respecto de las INA pendientes de resolver y el futuro de los recursos de protección y los reclamos ante la Superintendencia de Salud (actuando como árbitro arbitrador) por las alzas relacionadas al factor etario.

El caso del Sr. Carrasco Delgado, profesor de derecho constitucional, merece especial atención, por tratarse de la primera INA en fallarse por la Sala del TC con posterioridad a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter.

Don Sergio Carrasco Delgado, afiliado a ISAPRE Consalud S.A., recurrió de protección contra la Institución de Salud Previsional en su nombre y del resto de los beneficiarios de su contrato (su

²²² El 38 ter de la ley N° 18.933, en su versión completa y refundida por el DFL 1/2005 del Ministerio de Salud, disponía: “Artículo 199.– Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores.

La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.

Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:

- 1.– El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;*
- 2.– Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;*
- 3.– La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan;*
- 4.– La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo, y*
- 5.– En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.*

En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. En todo caso, la tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá autorización previa de la Superintendencia; dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla.

Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las Instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional podrán establecer nuevas tablas cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia, manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado.

Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 197.”

cónyuge y seis hijos), ya que la Institución le comunicó que aumentaría la cotización de su plan de salud previsional de 6,994 UF a 9,814 UF por concepto de modificación del factor etario asociado a los beneficiarios del plan. El factor etario asociado a cada beneficiario del contrato se encuentra establecido en una tabla incluida en la misma convención y que especifica el factor dependiendo del tramo etario del beneficiario, su sexo y su condición de carga o cotizante.

El afiliado precitado recurrió de protección en contra de su ISAPRE en consideración a que el aumento de la cotización consistiría en un desacato a la sentencia dictada en un procedimiento de protección terminado un año antes, en que la misma Corte había paralizado el alza, no se habría tomado en cuenta que retiró a dos de sus cargas (antes eran 8) y que todo ello afectaría sus garantías constitucionales protegidas por los numerales 1, 2, 9 inciso final y 24 del Art. 19 de la CPR.

Por su parte, la ISAPRE informó al tribunal que el aumento se debía exclusivamente a la modificación de la suma de factores etarios debido a que el cotizante y su cónyuge habían cambiado de tramo etario.

Como es bien sabido, la disputa por las alteraciones de precio de los planes de salud en sede de protección, a la fecha en que se desenvuelve el presente caso, comprendía más dos mil acciones constitucionales intentadas por los afiliados en contra de sus ISAPREs por, principalmente, dos motivos: el aumento de la cotización debida a la facultad de la ISAPRE de revisar y modificar el precio base de los planes de salud y la alteración –obligatoria para la ISAPRE, una vez contratado el plan– proveniente del paso de un tramo etario a otro de alguno de los beneficiarios del plan de salud.

Mientras la revisión del precio base del plan de salud siempre había sido un acto calificado de arbitrario por la Corte Suprema debido a la falta de razonabilidad en que incurría la ISAPRE al no justificar suficientemente el motivo del alza, la modificación acaecida por el cambio del factor etario contaba a su favor con una jurisprudencia unánime de parte de la Excelentísima Corte, por cuanto se trataba –según este tribunal– de un pacto contractual que determinaba con exactitud el momento y el monto en que se incrementaba –o disminuía– el mencionado factor.

Como ya se señaló, el afiliado interpuso recurso de protección ante la Iltrma. Corte de Apelaciones de Concepción (rol de ingreso nº 557–2009). La Ilustrísima Corte rechazó la acción teniendo en cuenta la jurisprudencia constante de la Corte Suprema que considera la tabla de factores “está contenida en los planes de salud de todas las ISAPREs, siendo conocida previamente por todos los afiliados al momento de contratar y no depende de ningún otro factor que no sean el sexo y la edad del cotizante (Corte Suprema, sentencia de 24 de marzo de 2009, rol nº 1146–2009)”; en consecuencia, el contrato era una ley para las partes (art. 1545 del Código Civil), “razón por la cual todas sus cláusulas resultan obligatorias para los contratantes y deben cumplirse.”

Habiéndose ya interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el afiliado presentó requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Excmo. Tribunal Constitucional (rol nº 1552), solicitando que se declarara inaplicable en la acción de protección el art.

38 ter de la ley n° 18.933 (art. 199 del DFL N° 1/2005 del Ministerio de Salud). Antes que subieran los autos al tribunal *ad quem* el Tribunal Constitucional ordenó la suspensión del procedimiento de protección mientras se fallaba el requerimiento de inaplicabilidad.

Durante la tramitación del procedimiento de inaplicabilidad –el día 9 de agosto de 2010– se publicó en el Diario Oficial la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el requerimiento de inconstitucionalidad signado con el rol n° 1710, produciéndose la “derogación” de los numerales 1º, 2º, 3º y 4º del inciso tercero del art. 38 ter de la ley n° 18.933. De hecho, la sentencia dictada en el requerimiento de inaplicabilidad del Sr. Carrasco fue la primera en recaer sobre el fondo de la INA luego de la sentencia de inconstitucionalidad del art. 38 ter.

A diferencia de lo que había expresado el TC con ocasión de la inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario, en orden a equiparar la derogación con la inconstitucionalidad, en la sentencia rol n° 1710, el TC había anticipado que la derogación de los preceptos del artículo 38 ter, no sólo impediría a las ISAPREs celebrar contratos que contuvieran la cláusula que las normas regulaban, sino que también podía tener efectos en los contratos vigentes a la fecha de la sentencia estimatoria:

«CENTESIMOSEXAGESIMONOVENO: Que la regla constitucional señalada resulta de una adecuada consideración entre la seguridad jurídica y la supremacía constitucional. Si bien la supremacía constitucional exigiría la expulsión de todas las normas que pugnen con la Constitución, la seguridad jurídica exige limitar dichos efectos para no afectar a quienes actuaron bajo la expectativa de que el marco legal vigente era regular;

CENTESIMOSEPTUAGÉSIMO: Que, sin embargo, hay que considerar la naturaleza del contrato de salud que junto con ser un contrato con elementos de orden público, lo es de tracto sucesivo, no de ejecución instantánea. A diferencia de, por ejemplo, un contrato de compraventa, el contrato de salud origina una relación de permanencia entre la ISAPRE y el cotizante. De hecho, ésta es la razón por la cual se permiten revisiones en las condiciones del contrato. Las circunstancias fácticas que se tuvieron en consideración al momento de celebrar el contrato pueden cambiar y por ello se admiten ciertas modificaciones (en un marco de razonabilidad y proporcionalidad). Lo mismo autoriza a que, si cambia el marco jurídico aplicable nada menos que por una declaración de inconstitucionalidad, entonces cambien también –hacia futuro– las cláusulas del contrato;

CENTESIMOSEPTUAGESIMOPRIMERO: Que, además, debe tenerse presente que la derogación o expulsión de una norma por una declaración de inconstitucionalidad tiene un alcance distinto a una derogación de una norma por el legislador. El Tribunal Constitucional es un órgano que falla de acuerdo a derecho (artículo 92 de la Carta Fundamental); no es un ente de deliberación política que se pronuncie sobre cuestiones de mérito, como los órganos colegisladores. Por ello, su declaración de inconstitucionalidad se basa en que la norma posee un vicio. En cambio, la derogación realizada por el legislador se basa en una nueva evaluación

política de la situación. Es una decisión de mérito político. De hecho, es posible hacer un paralelo entre la derogación por inconstitucionalidad efectuada por el Tribunal Constitucional y la derogación efectuada por el legislador, con la invalidación y la revocación de un acto administrativo que efectúa la Administración. Unas situaciones se basan en un vicio y las otras, en cambio, en una valoración de mérito;»

Siguiendo, en cierto sentido, lo fallado por la Corte Suprema en la causa que resolvió la casación en el fondo contra la aplicación del artículo 116 del Código Tributario con posterioridad a la derogación del artículo –en que se atendió a la aplicación continua de las normas de competencia durante el juicio–, el TC tomó en cuenta la permanencia en la aplicación que el artículo 38 ter debía poseer durante la relación contractual entre las partes para que se justificaran los cambios en la cotización del plan de salud por motivo del aumento de edad. De esta manera, el TC se abrió a la existencia de una sentencia de inconstitucionalidad de un precepto, que –de acuerdo a la Constitución no debiera tener efectos retroactivos– que alterara lo convenido por las partes antes de la declaración de inconstitucionalidad. Tómese en cuenta de la importancia de la modificación contractual de un tracto sucesivo en que una de las partes, la ISAPRE, no puede desahuciar el contrato²²³.

Es así que con fecha 28 de octubre de 2010, el TC resuelve la INA interpuesta por el Sr. Carrasco favorablemente. La descripción que el TC da en los fundamentos del fallo de la diferencia entre inaplicabilidad e inconstitucionalidad es particularmente sugerente, porque se asemeja a la definición que la Corte Suprema daba de la inconstitucionalidad como una inaplicabilidad *erga omnes* a todas las causas pendientes:

²²³ Las causales de término del contrato de salud previsional, que la ISAPRE puede invocar, se encuentran taxativamente reguladas:

“Artículo 201 del DFL N° 1/2005 del Ministerio de Salud.– La Institución sólo podrá poner término al contrato de salud cuando el cotizante incurra en alguno de los siguientes incumplimientos contractuales:

1.– Falsar o no entregar de manera fidedigna toda la información en la Declaración de Salud, en los términos del artículo 190, salvo que el afiliado o beneficiario demuestren justa causa de error.

La simple omisión de una enfermedad preexistente no dará derecho a terminar el contrato, salvo que la Institución de Salud Previsional demuestre que la omisión le causa perjuicios y que, de haber conocido dicha enfermedad, no habría contratado.

La facultad de la Institución de Salud Previsional de poner término al contrato de salud, se entiende sin perjuicio de su derecho a aplicar la exclusión de cobertura de las prestaciones originadas por las enfermedades preexistentes no declaradas.

2.– No pago de cotizaciones por parte de los cotizantes voluntarios e independientes, tanto aquellos que revistan tal calidad al afiliarse como los que la adquieran posteriormente por un cambio en su situación laboral. Para ejercer esta facultad, será indispensable haber comunicado el no pago de la cotización en los términos del inciso final del artículo 197.

3.– Impetrar formalmente u obtener indebidamente, para él o para alguno de sus beneficiarios, beneficios que no les correspondan o que sean mayores a los que procedan. Igual sanción se aplicará cuando se beneficie a un tercero ajeno al contrato.

4.– Omitir del contrato a algún familiar beneficiario de los indicados en las letras b) y c) del artículo 136 de esta Ley, con el fin de perjudicar a la Institución de Salud Previsional.”

“CUARTO: Que conviene puntualizar, además, que las sentencias de inaplicabilidad e inconstitucionalidad emitidas por este Tribunal, en ejercicio de las atribuciones que le acuerdan los N°s 6° y 7°, respectivamente, del artículo 93, inciso primero, de la Constitución, poseen distinto radio de acción o alcance. En tanto las primeras tienen efectos relativos, de modo que el precepto legal tachado se debe inaplicar sólo en la gestión judicial pendiente de que tratan dichas sentencias, las segundas se proyectan con efectos generales, de forma que **las normas en ellas objetadas no pueden tener cabida ni recibir aplicación en ninguna situación pendiente a la fecha de su publicación;**

QUINTO: Que, por ende, la inconstitucionalidad declarada por sentencia de este Tribunal deriva en que **el precepto legal viciado quede total, completa y definitivamente erradicado del ordenamiento jurídico en vigor, como si no existiese erga omnes desde la referida publicación.** Para lo que interesa, entonces, la sentencia de esta Magistratura, recaída en autos Rol N° 1.710, **ha venido a afectar a la totalidad de los contratos de salud en curso al 9 de agosto de 2010, donde fueron incorporadas las reglas sobre alzas que preveían los N°s 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, puesto que –a contar de esa data– tales reglas perdieron validez general y, por tanto, no pueden seguir aplicándose;**” (STC 1552, 28.10.10)

La afirmación realizada por el TC en esta sentencia es de un alcance que niega toda ultractividad a un precepto constitucionalmente inválido²²⁴.

En efecto, en un sentido, negar ultractividad a un precepto puede consistir en impedir que rija hechos acaecidos con posterioridad a su derogación. Por ejemplo, el concepto normal de ultractividad consiste en que una norma rija casos acaecidos con posterioridad a su supresión del sistema de fuentes: que regule el cumplimiento de un contrato, pese a que en la ejecución del cumplimiento la norma está derogada, pero sí estaba vigente al celebrarse. Así, supongamos que existe una norma en la ley de arrendamiento que ordena actualizar semestralmente el monto de la renta de acuerdo a la variación que haya experimentado el índice de precios al consumidor. Estando vigente esta norma, dos partes suscriben un contrato de arrendamiento que transcurre sin dificultades durante tres años y en el que

²²⁴ Así lo ha entendido el TC en sentencias posteriores: **“CUARTO:** Que en estos autos se ha acogido la acción de inaplicabilidad, remitiéndose en el considerando tercero a lo resuelto en los autos Rol N° 1552. En esta última decisión esta Magistratura hizo presente que la sentencia de inconstitucionalidad *«ha venido a afectar la totalidad de los contratos de salud en curso al 9 de agosto, donde fueron incorporadas las reglas sobre alzas que preveían los N°s 1 a 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, puesto que –a contar de esa data– tales reglas perdieron validez general y, por tanto, no pueden seguir aplicándose»*. De modo tal que no resulta posible *«que un precepto invalidado por esta Magistratura (...) pueda seguir rigiendo hacia el futuro bajo la premisa de haberse encontrado vigente al momento de perfeccionarse la antedicha relación contractual»* concluyéndose que los contratos de salud a partir de la fecha de la sentencia no pueden estar afectados a lo dispuesto en el precepto legal declarado inconstitucional y por lo mismo *«no tiene dicho precepto efecto ultractivo por el hecho de que se hallara vigente al momento de perfeccionarse las mencionadas convenciones»;*” (STC 1783, 28.12.10)

nada se menciona respecto al reajuste del canon. Pero durante el séptimo semestre, la precitada norma de la ley de arrendamiento es derogada ¿el arrendador tiene derecho a cobrar el precio reajustado al cabo del séptimo semestre de duración del arriendo? El artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes nos dice que debemos atender a las leyes vigentes al momento de su celebración y, *a contrario sensu*, no al de su ejecución. La norma producirá efectos en éste y en otros contratos de manera regular cada seis meses hasta que estos no se modifiquen o terminen.

Una negación más fuerte de la ultractividad de un precepto consiste en descartar su aplicación no sólo a casos sucedidos con posterioridad a su derogación (o inconstitucionalidad), sino que también negar que rija hechos sucedidos mientras estaba vigente, mediante el expediente de prohibir que el juez que está conociendo una controversia sobre los mismos pueda resolver aplicando la norma derogada. Para ejemplificar, usemos el mismo caso del arriendo reajutable, sólo que esta vez el séptimo semestre se cumple estando la norma vigente, pero se deroga a poco andar. Antes de la derogación, pero después de cumplido el séptimo semestre, el arrendatario demanda al arrendador solicitando que no se le reajuste por séptima vez el canon y se le devuelva lo que ha pagado en exceso, por cualquier motivo, por ejemplo, porque considera que el IPC ya no representa una verdadera actualización del valor de los inmuebles, ya que aumenta mucho más que este. En estos casos, es difícil decir que la norma tiene lo que se denomina "ultractividad", más bien sucede que el precepto rigió un caso mientras estuvo vigente, pero el caso suscitó una controversia judicial que supervivió a la derogación de la norma o, incluso, se inició después de ésta, ya que las reglas sobre prescripción extintiva de los derechos lo permitía. En este caso, verdad sea dicha, no se trata de una negación de la ultractividad de un precepto, porque no la tiene, sino que la negación de su capacidad de regular casos sucedidos durante el lapso de tiempo que era una norma vigente: es una derogación retroactiva, porque la norma pierde eficacia para regular casos acaecidos durante su período de vigencia.

Esta configuración de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad como una prohibición general de aplicación de la disposición inválida que con efecto *erga omnes* y sin excepción a partir de la publicación en el Diario Oficial de la resolución, haría suponer que las INA debieran ser rechazadas, ya que serían redundantes, en el sentido que reiterarían la orden de no aplicar el precepto pero sólo para el juicio principal en que se interpuso²²⁵. Sin embargo, las INA fueron acogidas por una razón instrumental que reafirma la concepción de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad planteada en la causa rol N° 1710: **“en procura de hacer eficaz lo resuelto en la mencionada sentencia de inconstitucionalidad** y a fin de evitar cualquier posibilidad de que la norma legal cuestionada pueda, eventualmente, aplicarse por los tribunales que conocen de la gestión pendiente y

²²⁵ En el mismo sentido, razonando en general sobre el vicio de inconstitucionalidad, señala ORUNESU: “Cuando el control funciona con carácter reparador, debe distinguirse según que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se limiten al caso concreto o se extiendan *erga omnes*. Pero en cualquiera de los dos casos la declaración de inconstitucionalidad afecta primordialmente a la aplicabilidad de la norma, no a su pertenencia al sistema.” ORUNESU (2012) p. 140.

que, al hacerlo, se vulnere la Constitución, por ello, el presente recurso de inaplicabilidad será acogido.” (STC 1552, 28.10.10)

Finalmente, el fallo de la causa rol n° 1552 en el TC no fue unánime. Aunque el Ministro Sr. Viera-Gallo concurrió al acogimiento de la INA, lo hizo por las razones de fondo que habían llevado a acoger requerimientos de inaplicabilidad anteriores a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter, ya que esta última, según lo discutido en el Congreso durante la tramitación de la reforma constitucional del año 2005, no podía afectar juicios en curso sobre la materia, ni relaciones contractuales establecidas mientras la norma gozaba de vigencia:

«2º. Que el tema de los efectos de tales sentencias en el tiempo fue ampliamente debatido durante la reforma a la Constitución efectuada el año 2005, cuando se introdujo la facultad contenida en el actual artículo 93 N° 7º de la Constitución. En dicha ocasión, a sugerencia del Ministro Eugenio Valenzuela, se alcanzó consenso respecto a la necesidad de evitar incertidumbres del todo inconvenientes para el ordenamiento jurídico, especialmente en materia civil. Como consta en la historia fidedigna de dicha reforma, se estimó conveniente dejar expresa constancia en relación a que los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y, en caso alguno, tienen efecto retroactivo (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Boletines N°s 2.526-07 y 2.534-07, p. 278);

3º. Que, lo anterior fue reforzado por el veto enviado por el Ejecutivo, el cual estableció que “no obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”, no dejando lugar a dudas sobre los alcances exclusivamente prospectivos de tales sentencias;

4º. Que, al efecto, se tuvo en consideración el ejemplo de otros países, como Italia, donde impera el principio de irretroactividad de las sentencias de inconstitucionalidad, sin que se vea lesionada o menoscabada la supremacía constitucional;

5º. Que, en consecuencia, una declaración de inconstitucionalidad por parte de esta Magistratura no puede afectar los derechos legalmente constituidos ni las situaciones consolidadas mediante contratos celebrados con anterioridad, tal como lo sostiene la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes;

6º. Que, por tanto, los procesos judiciales que se suscitaron antes de la sentencia de este Tribunal que declaró inconstitucional parte del artículo 38 ter de la Ley 18.933, sobre la aplicación de los contratos de salud válidamente celebrados con antelación a esa fecha,

deben ser resueltos conforme a las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la sentencia de inconstitucionalidad de esta Magistratura; »

Por su parte, la Ministra Sra. Marisol Peña redactó un voto disidente en que representó el hecho que se estuviera acogiendo la INA como efecto de la sentencia de inconstitucionalidad, cuando, en el caso concreto, el requirente tenía un contrato que antedataba a la entrada en vigencia del precepto inválido y, por ende, aquella sentencia recaía sobre una norma ajena a su estatuto contractual. En posteriores causas, la misma Ministra argumentaría que la historia de la reforma constitucional del 2005, en cuanto –durante ella– se rechazaron indicaciones que mitigaban la irretroactividad, daban a entender cuáles serían los efectos de la declaración de inconstitucionalidad:

«4°. Que el problema a determinar, en relación con el caso concreto que en esta oportunidad se decide, es si el efecto no retroactivo de las sentencias de inconstitucionalidad es de carácter absoluto o puede matizarse en algunos casos sin violentar la voluntad del Constituyente;

(...)

7°. Que, en ese sentido, durante la discusión de la reforma constitucional del año 2005, el senador Alberto Espina promovió una indicación tendiente a agregar al entonces inciso tercero del artículo 83 (hoy 94) de la Constitución, la siguiente oración: “La declaración de inconstitucionalidad no operará con efecto retroactivo respecto de todas aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada.” (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 8 de marzo de 2003);

8°. Que, por su parte, el Subsecretario del Interior, Jorge Correa Sutil, acotaba, respecto de este punto que: “la indicación 269 (del Ejecutivo), si bien intenta reafirmar la validez de aquellas gestiones en que haya recaído resolución o sentencia ejecutoriada antes de una declaración de inconstitucionalidad, no impide que se susciten dudas en relación a actos, negocios, contratos y otros instrumentos suscritos con anterioridad a dicha declaración.” (El subrayado es nuestro).

Por su parte, en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se estimó conveniente dejar expresa constancia de que los fallos del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional un precepto legal producen efectos desde su publicación en el Diario Oficial y “en ningún caso en forma retroactiva”. (El subrayado es nuestro) (Segundo Informe de la Comisión de Constitución, legislación, Justicia y Reglamento del Senado, 8 de marzo de 2003).

De esta forma, al rechazarse las indicaciones que tendían a matizar el efecto no retroactivo de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto legal, sólo cabe concluir que el Tribunal Constitucional no puede, en ningún caso, atribuirles dicho efecto;

9°. *Que, así, y en lo que a la resolución de este conflicto de constitucionalidad atañe, no cabe, a juicio de esta disidente extender los efectos de la sentencia recaída en el Rol 1.710 a un contrato celebrado con anterioridad a su dictación, con mayor razón cuando el conflicto se ha originado, por un alza en el precio del plan de salud, derivada de ese contrato, que se ha reclamado, también, con anterioridad a la fecha de publicación de dicha sentencia en el Diario Oficial;» (STC 1677, 16.11.10)*

En definitiva, el efecto de la sentencia de inconstitucionalidad en las causas pendientes de resolución al momento de publicarse aquella (mayormente, recursos de protección), incluso respecto de hechos ocurridos o que debían ocurrir antes de esta publicación, fue la declaración de ilegalidad de las alzas de precio por el factor etario.

La comprensión de la sentencia de inconstitucionalidad por los tribunales ordinarios fue más compleja porque se hizo depender fuertemente en las características del contrato de salud previsional. Un buen ejemplo de lo anterior, fue el fallo de la Corte Suprema en la causa rol nº 566–2011, mediante el cual se acogió un recurso de protección interpuesto contra una ISAPRE por el alza del precio de su plan, que ésta le comunicara al cotizante con posterioridad a la declaración de inconstitucionalidad de los mencionados pasajes del artículo 38 ter. La naturaleza del contrato de salud previsional como un instrumento de orden público y de tracto sucesivo fueron las razones determinantes para resolver que la modificación del sistema producida por la sentencia de inconstitucionalidad (la tarificación por sexo y edad en materia de salud previsional pasaba de estar permitida a prohibida) se aplicaba *in actum* a todos los contratos vigentes:

“UNDECIMO: Que, en este orden de ideas, la declaración de inconstitucionalidad representa una alteración al marco jurídico del contrato de salud, lo que obliga a que los efectos posteriores del contrato deban adecuarse a ese cambio, puesto que, al estar frente a contratos en que se encuentre mitigado el principio de autonomía de la voluntad, cuyas normas son de orden público, por cuanto se trata de una actividad de servicio público, en el sentido material y tradicional del término, las modificaciones al estatuto normativo que lo rige producen efecto in actum, tanto para los contratos antiguos como los futuros. Lo anterior es de absoluta lógica en atención al antecedente que la fuente de la facultad de la ISAPRE para reajustar, por aplicación de las tablas de factores elaboradas por ellas, provenía de la ley y no de la autonomía de la voluntad de las partes;

DUODECIMO: Que, sobre la base de todo lo anterior y considerando que los contratos de salud anteriores a la fecha de la sentencia del Tribunal Constitucional deben conformarse a los efectos causados por la inconstitucionalidad, cabe concluir que éstos contratos de salud no pueden ser objeto de alzas por aplicación de las tablas de factores de edad y sexo pues carecen de validez jurídica, toda vez que la columna vertebral del sistema de reajustabilidad por aplicación de tablas de factores estaba

*regulado en las disposiciones derogadas por el Tribunal Constitucional. Por lo tanto, habiendo desaparecido las normas jurídicas que habilitaban a las ISAPREs para aplicar tablas de factores elaboradas en virtud de las instrucciones generales fijadas por la Superintendencia de Salud, es de rigor que éstas pierdan validez pues las normas que **las sustentaban desaparecieron del ordenamiento jurídico.***” (Corte Suprema, rol N° 566–2011, 17.02.2011) (énfasis nuestro)

Aunque la Corte Suprema señala repetidas veces que las tablas de factores por sexo y edad contenidas en los contratos de salud previsional ya celebrados han perdido “validez”, no explicita que clase de ineficacia afecta a estas cláusulas (inexistencia, nulidad, inoponibilidad, etc.), sino hasta el final, en que hace una clara referencia al artículo 1462 del Código Civil²²⁶:

***“DÉCIMO TERCERO:** Que, en consecuencia, el contrato de salud previsional suscrito entre las partes en conflicto en estos antecedentes contempló entre sus cláusulas una habilitación a la ISAPRE para adecuarlo, entre otros rubros, por la mayor edad del cotizante y/o de sus beneficiarios, facultad que **ha quedado sin base de sustento legal y, aún más, que adolece de nulidad absoluta por objeto ilícito, al contravenir el derecho público chileno, por hallarse en contradicción con la Carta Fundamental,** por lo que la pretensión de la ISAPRE Banmédica S.A. de incrementar el valor de la cotización mensual del plan de salud suscrito por el recurrente, TOTAL PLATA 31N (NBAG31), de 2,859 Unidades de Fomento a 3,417 Unidades de Fomento, resulta ilegal y vulnera la garantía que la Constitución Política de la República asegura al actor en el número 24º de su artículo 19, al verse obligado el afiliado a desembolsar injustificadamente una suma superior a la que mensualmente entera por su plan de salud, por lo que el recurso de protección deberá ser acogido.” (Corte Suprema, rol N° 566–2011, 17.02.2011) (énfasis nuestro)*

Sin duda, se trata una nulidad absoluta por objeto ilícito que ya no puede ser comprendida desde el Derecho Civil, sino que requiere una perspectiva constitucional, desde el momento en que la nulidad absoluta clásica, “pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo” (art. 1687 del Código Civil), mientras que la decisión de inconstitucionalidad “no producirá efecto retroactivo” (art. 94 de la Carta Fundamental), que es precisamente el tipo de efecto que clama la sanción de la nulidad absoluta. De oponerse las normas que disponen dos tipos de efectos –la constitucional, *ex tunc* y la civil, *ex nunc*– se dará preferencia a la de mayor grado y, por ende, se tratará de una nulidad que no da derecho al cotizante para recuperar lo pagado en exceso en razón de la

²²⁶ “Art. 1462 del Código Civil. Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno. Así la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto.”

multiplicación del precio base de su plan por el factor asociado a su edad, que sería el efecto natural de la nulidad absoluta de acuerdo al artículo 1687 del Código Civil, sino que sólo impedirá que se produzcan futuros cambios en el monto de la cotización con ocasión del cambio de factor etario del afiliado.

§42. INCONSTITUCIONALIDAD COMO PROHIBICIÓN GENERAL DE APLICACIÓN.

Pudiera considerarse que los antecedentes que provienen de la historia fidedigna de la discusión en el Congreso de la “ley” de reforma constitucional N° 20.050 apuntan a rechazar toda interpretación que lleve a darle efectos retroactivos a la sentencia de inconstitucionalidad. Sin embargo, de la prevención del Ministro Sr. Viera-Gallo y su referencia a que se tuvo en cuenta la experiencia italiana se desprende una pista, aunque en el sentido inverso al que su autor indicaba; algo así como la huella dejada por un animal que el cazador interpreta como si se alejara, cuando, en verdad, se acerca.

ZAGREBELSKY, que fuera integrante de la Corte Constitucional italiana durante 9 años, estima que, desde el momento que ese país tiene un control incidental y con efectos *erga omnes*, es necesario que se contemplen efectos respecto a hechos sucedidos con anterioridad a la sentencia: “Por lo tanto, una vez incorporada la *saisine* incidental era necesario reconocer a la declaración de inconstitucionalidad algún tipo de eficacia respecto del pasado. Esto ha ocurrido con el artículo 30 párrafo III de la Ley número 87 de 1953 (la Ley Orgánica de la Corte Constitucional) que ha sustituido «la cesación de eficacia» del artículo 136 de la Constitución con la prohibición de toda aplicación judicial ulterior de la ley inconstitucional, prohibición dirigida naturalmente para aquellas situaciones futuras pero también para las pasadas que se encuentren o que puedan ser llevadas a sede judicial, particularmente aquella que ha sido objeto del juicio *a quo*. Esta aparentemente pequeña modificación (aplicación en lugar de eficacia) es en realidad una revolución: de la abrogación a la anulación con efectos plenamente retroactivos, con el límite único de la fuerza de cosa juzgada que impide volver a someter a un juez una cuestión ya decidida.”²²⁷

Por lo tanto, la sentencia de inconstitucionalidad en Italia tiene efectos mucho más propios de lo expresado por la mayoría en la causa rol N° 1552, que de la postura sustentada por el Ministro preveniente. En efecto, el artículo 136, inciso primero, de la Constitución italiana dispone:

“Artículo 136. Cuando el Tribunal declare la inconstitucionalidad de una disposición legislativa o de un acto con fuerza de ley, la norma dejará de tener eficacia desde el día siguiente a la publicación de la sentencia.”

Por su parte, el artículo 30, apartado 3°, de la ley N° 87, de 1953, prevé que:

²²⁷ ZAGREBELSKY (2010) p. 432.

“Artículo 30. (...) Las normas declaradas inconstitucionales no pueden ser aplicadas a partir del día posterior a la publicación de la decisión.”

De la sola lectura de ambas disposiciones aparece bastante claro que el efecto de la sentencia de inconstitucionalidad en Italia es prospectivo o *ex tunc*, pero sólo en el sentido que la norma inválida no podrá ser utilizada por ningún operador jurídico (tribunales, órganos administrativos, particulares, etc.) en su actividad (de juzgamiento, de ejecución, de administración, de contratación, etc.). De esta manera, es perfectamente posible que, tal como sucedió en el caso de la sentencia de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la ley N° 18.933, la Corte Constitucional italiana dicte una sentencia que afectará a otros juicios en que ni siquiera se planteó la cuestión incidental de inconstitucionalidad, pero en que se podría haber aplicado la disposición inválida a los hechos del caso, de no mediar la declaración de invalidez. Si además la aplicación de la norma inconstitucional es “relevante”, en el sentido que analizaremos más adelante (§42 a §45), el resultado será que la sentencia de la Corte Constitucional, al prohibir la aplicación futura de una ley relevante para la resolución de un juicio pendiente, alterará el *status* deóntico que el tribunal le hubiera otorgado a la conducta enjuiciada de no mediar aquella sentencia de la Corte.

En palabras más simples, sucede que de acuerdo al sistema jurídico vigente al momento de realizarse la conducta, ésta se encuentre permitida a nivel legal y prohibida a nivel constitucional, aunque no ha sido declarada oficialmente. La misma situación persiste cuando recién empieza el juicio. No es hasta que la sentencia estimatoria de la cuestión de constitucionalidad es dictada que el *status* deóntico de la conducta que ha pasado a ser objeto del juicio deja de estar permitida a nivel legal, por desaparición de la norma y el tribunal debiera aplicar la prohibición constitucional asociada a la precitada conducta, a menos que encuentre otra norma legal que lleve al mismo resultado deóntico que la norma invalidada y no se plantee la duda de constitucionalidad a la Corte Constitucional. En estos términos, la sentencia tiene propiamente un efecto retroactivo, ya que modifica la calificación jurídica de un hecho ya sucedido cuando ella se dicta.

En la doctrina italiana se reconoce que la sentencia de inconstitucionalidad en vía incidental tiene, en principio, efectos retroactivos²²⁸ y, por excepción, no alcanza a ciertos hechos:

«Todavía se dice comúnmente que el efecto de la sentencia de acogimiento opera *ex tunc*, esto es, de manera retroactiva. Este punto merece cierta clarificación.

El art. 136.1 de la Constitución dispone que, a continuación de la declaración de ilegitimidad constitucional, “*la norma dejará de tener eficacia desde el día siguiente a la publicación de la sentencia*”. El uso del término “eficacia” no debe inducir a engaño y hacer pensar en un efecto asimilable a la derogación (*abrogazione*), que opera precisamente

²²⁸ Véase, por ejemplo, GROPPPI (2003) p. 490. Entre nosotros, PICA (2012) p. 150.

sobre la eficacia. El artículo 30.3 de la ley 87/1953 precisa que *“las normas declaradas inconstitucionales no pueden ser aplicadas a partir del día posterior a la publicación de la decisión.”* La declaración de ilegitimidad, se traduce, por tanto, en una orden destinada a los sujetos aplicadores (tribunales o administración) de no aplicar más la norma ilegítima. **Esto significa que el efecto de la sentencia de acogimiento no concierne sólo a las relaciones que nazcan en el futuro, sino que también a aquellas que se produzcan en el pasado, mientras no se trata de una relación jurídica ya cerrada, agotada.»**²²⁹ (énfasis nuestro)

En el mismo sentido se pronuncia Pizzorusso:

«Esto no equivale a afirmar que la sentencia de acogimiento tiene efecto “retroactivo” porque no implica, ciertamente, la revocación o la modificación de la aplicación de una ley que ya se haya consumado, esto dependerá de si esta aplicación no pudiera ser puesta en discusión (judicial) debido a la regla procesal aplicable a cada caso.»²³⁰

El problema se produce a la hora de definir en qué consiste una aplicación “consumada” o una relación jurídica “agotada”, que son las excepciones a la prohibición de aplicación de la norma inválida que emana de la sentencia de inconstitucionalidad. La regla general es que son relaciones jurídicas consumadas aquellas que no son “accionables” ante un tribunal²³¹ por encontrarse prescritas, caducadas o renunciadas las acciones que de ellas nacen o por haber intervenido la cosa juzgada²³². La sola excepción que permite pasar por encima de la cosa juzgada está contemplada en el inciso final del artículo 30 de la ley n° 87 de 1953, que dispone que la inconstitucionalidad de una norma penal sustancial implica la cesación de todos sus efectos respecto de las personas que hayan sido condenadas en base a ella y se encuentren cumpliendo la pena²³³.

Por su parte, la Corte de Casación se ha referido al efecto retroactivo de las sentencias de la Corte Constitucional distinguiendo –también– entre las relaciones jurídicas pendientes y el límite que encuentra de cara a las relaciones agotadas o consumadas:

“(…) la declaración de ilegitimidad constitucional tiene efecto retroactivo, en el sentido que a partir de la declaración de ilegitimidad no puede ser aplicada como norma para regular las relaciones todavía en curso o por constituir, ni como regla de juicio de las relaciones agotadas, sin embargo, la circunstancia de que aquella disposición haya obrado en el orden jurídico comporta que ella ha producido efectos irreversibles, porque ellos han incidido en

²²⁹ BIN y PITRUZZELLA (2005) p. 432.

²³⁰ PIZZORUSSO (1981) p. 183.

²³¹ BIN y PITRUZZELLA (2005) p. 432.

²³² *Ibid.*

²³³ Cuando, en aplicación de la norma declarada inconstitucional se haya pronunciado una sentencia irrevocable de condena, cesará su ejecución y todos sus efectos penales.

relaciones agotadas a causa de la carencia o inutilidad de instrumentos idóneos para reponerlas en discusión o bien a causa de la imposibilidad jurídica o lógica de valorar de diversa manera, a posteriori, comportamientos que tendrán que ser examinados bajo el criterio de la situación normativa existente al momento en que se verificaron". (Casación, 18-12-1984, n. 6626, rv. 438172)

De las referencias citadas debiera concluirse que existe cierto acuerdo respecto a en qué consiste la sentencia de inconstitucionalidad en Italia: se trata de una orden *erga omnes* de inaplicación, dirigida a todos los operadores jurídicos, que no produce efectos sólo en aquellas relaciones jurídicas que, por motivos institucionales (prescripción, caducidad, cosa juzgada, renuncia de derechos), no resultan controvertibles.

Ahora bien ¿se parece esto a la concepción que el Tribunal Constitucional chileno tiene de la sentencia de inconstitucionalidad? En nuestra opinión, corresponde absolutamente con la doctrina sentada por la sentencia rol N° 1710. Si recordamos, la primera sentencia estimatoria de inaplicabilidad dictada a continuación de la sentencia de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la ley N° 18.933 recayó sobre una causa en que se discutía, en sede de protección, el alza de la cotización de salud previsional informada en marzo de 2008 por la ISAPRE a su cotizante por aplicación de la tabla de factores en que ambas partes habían acordado en el año 1999. La nueva cotización (incrementada) debía, contractual y legalmente, empezar a descontarse de la remuneración del cotizante –recurrente de protección y requirente de inaplicabilidad– a partir de septiembre de 2010. El recurso de protección contra el alza se presentó el 13 de septiembre de 2010 y la orden de no innovar en la materia fue dictada el día 27 del mismo mes. La sentencia de inconstitucionalidad del artículo 38 ter se publicó en el Diario Oficial el 9 de agosto de 2010. Con estas circunstancias establecidas, la controversia jurídica se centra en cuáles son los efectos producidos en la ejecución de contratos de tracto sucesivo de una sentencia de inconstitucionalidad que “deroga” preceptos legales que permite a los contratantes suscribir una cláusula que regula la modificación, de manera regular y temporalmente predeterminada, de un elemento tan importante del mismo como uno de los factores (son tres) con que se determina la cantidad de dinero que el cotizante está obligado a pagar a la ISAPRE.

Un efecto retroactivo, en sentido fuerte, de la sentencia de inconstitucionalidad hubiera sido que las cláusulas de todos los contratos de salud previsional vigentes al momento de su publicación –o, incluso, aquellas de contratos terminados, pero celebrados dentro del plazo para reclamar la nulidad absoluta de los mismos– fueran consideradas nulas *ab initio* y la ISAPRE se viera obligada a devolver el mayor valor de lo que hubiera recibido en razón de la aplicación de dichos factores. Una negación absoluta de los efectos retroactivos de las sentencias de inconstitucionalidad puede encontrarse en los votos de minoría de la Ministra Peña en el caso de factor etario –o la postura de algunas Cortes de Apelaciones frente a la inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario– en que la validez de los contratos vigentes al momento de la publicación del fallo no es afectada, tampoco lo es la

ejecución de estos contratos, cuya cotización seguirá subiendo o bajando por aplicación de los factores, pero no se podrán volver a comercializar –ni suscribir, evidentemente– que contengan una tabla de factores según sexo y edad. La opción de la mayoría del TC se puede calificar de una retroactividad en sentido débil, porque no alcanza a negar la eficacia de las aplicaciones de la norma inválida desde el momento que entró en vigor, pero sí modifica la calificación deóntica que cualquier tribunal pueda hacer de una determinada conducta que produjo o debía producir efectos antes de la publicación del fallo de inconstitucionalidad, sin distinción, más allá del hecho que la conducta se encuentre controvertida judicialmente²³⁴. Tal como sucede en el caso italiano, la sentencia de inconstitucionalidad del artículo 38 ter produjo efectos respecto a las relaciones jurídicas que no se encontraban “agotadas” al momento de la declaración de inconstitucionalidad por el mero hecho de ser motivo de una disputa judicial.

Entonces, la falta de validez constatada por la sentencia de inconstitucionalidad ¿produce sólo una pérdida de vigencia de la norma? ¿o es causa, además, de privación de la aplicabilidad externa de la misma? Si sólo es una pérdida de vigencia del precepto, como la que se produce por la derogación regulada en el Código Civil, nada impediría que siguiera regulando determinados casos porque existe otra norma (vigente) que ordena aplicar aquella inválida a esos casos: la norma derogada conservaría aplicabilidad externa, tal como las normas ultraactivas. Pero el Tribunal Constitucional ha establecido expresamente que las sentencias de inconstitucionalidad implican que “*las normas en ellas objetadas no pueden tener cabida ni recibir aplicación en ninguna situación pendiente a la fecha de su publicación*” (STC 1552). En consecuencia, la inconstitucionalidad de un precepto legal es algo más que una pérdida de vigencia, ya que ésta no excluye la ultraactividad: es una pérdida absoluta de aplicabilidad externa del precepto, es decir, se niega la existencia en el sistema de otras normas que ordenen de manera concluyente que el precepto sea aplicado, ya que el TC concibe la sentencia como una orden dirigida *erga omnes* para que no se utilice la norma en la regulación de ninguna situación.

Como consecuencia de la concepción de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad como una pérdida *erga omnes* de aplicabilidad externa de la norma inválida –o, lo que es lo mismo, una orden *erga omnes* de no aplicar la norma inválida a ningún caso pendiente o futuro–, debiera concluirse, en

²³⁴ Como vimos más arriba (§__) uno de los argumentos de la Corte Suprema para aplicar los efectos de la inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario a juicios pendientes fue el efecto suspensivo de la competencia del juez tributario mientras se resolvían los recursos interpuestos contra su sentencia; de este modo, la relación procesal en que se aplicaba el artículo permanecía pendiente o, si se prefiere, no agotada. Para el TC, la circunstancia que los efectos de las conductas reguladas por la norma inválida se encontraran suspendidos al momento de declararse su inconstitucionalidad parece ser indiferente, ya que los efectos del fallo se extendieron incluso a casos en que el aumento de cotización debía producirse en septiembre de 2009 (casi un año antes de la declaratoria de inconstitucionalidad), pero, a la fecha de la publicación de la STC 1710, su procedencia se discutía en sede de protección sin que se hubiera dictado siquiera orden de no innovar en la causa (Alvaro Pavez Jorquera contra ISAPRE Masvida: C.A. de Valparaíso rol n° 656–2009, Corte Suprema rol N° 924–2011, Tribunal Constitucional rol N° 1609).

estricta teoría, que no corresponde presentar una INA en que se impugnen los efectos inconstitucionales de la aplicación del precepto inválido, debido a que el tribunal del juicio principal tiene prohibido jurídicamente aplicar el precepto y, si lo llega a hacer, deberá corregirse la errada aplicación del Derecho por los recursos ordinarios que franquea el ordenamiento procesal. Se configuraría la causal de inadmisibilidad que contempla el artículo 84 N° 5 de la LOTC, en el sentido que “el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación”. Sin embargo, hemos señalado que el TC ha acogido múltiples INA posteriores a la STC 1710 ¿se trata de una contradicción del TC? Creemos que no. Aunque la teoría aconsejaría rechazar estos recursos, la justicia es una tarea práctica y el TC se ha encargado de aclarar que las sentencias estimatorias son su forma de reforzar el cumplimiento del fallo de inconstitucionalidad, en el sentido que no puede aplicarse la norma a ninguna gestión en lo sucesivo.

Por último, desde el punto de vista crítico, cabría la pregunta de si los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad que el TC pretende a partir de la STC 1710 son los que le corresponden a este tipo de resoluciones.

Se puede hacer un caso fuerte del hecho que la mayoría del TC está pasando por encima de la Constitución al comprender la expresión “se entenderá derogado (el precepto inválido)” como una metáfora impropia (STC 1710, C° 171°) y al extender los efectos de la inconstitucionalidad a hechos ocurridos con anterioridad a su declaración, al concebir la sentencia estimatoria como un mandato *erga omnes* de no aplicar la norma impugnada en las causas pendientes, lo que iría contra la prohibición de otorgar efectos retroactivos al pronunciamiento del TC que se encuentra en el artículo 102 de la LOTC.

Sin embargo, un problema que es práctico y –a la vez– de coherencia, que derivaría de impedir todo tipo de efecto retroactivo del fallo de inconstitucionalidad, puede inducir a revisar la literalidad de la Carta Fundamental y de la LOTC.

Si la declaración de inconstitucionalidad se produce, como señala el TC, porque el vicio es de tal naturaleza que no existen interpretaciones o aplicaciones del precepto legal impugnado que puedan ser constitucionales²³⁵, y la sentencia de inconstitucionalidad produce sólo los efectos propios de una

²³⁵ Así lo ha manifestado el TC en diversos pasajes de sentencias tanto estimatorias como desestimatorias de constitucionalidad:

“el respeto hacia la labor que desarrolla el legislador obliga al Tribunal Constitucional, en su función de contralor de la constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental y sólo en el evento de no ser ello posible, unido a la necesidad de cautelar integralmente la plena vigencia de los principios de supremacía constitucional, igualdad ante la ley y certeza jurídica, resultará procedente y necesaria la declaración de inconstitucionalidad” (STC 681, 06.08.07; reproducido en STC 1254, 29.07.09)

“En cambio, el juicio que ha de emitirse en una acción de inconstitucionalidad exige, por los mismos efectos generales del fallo, un análisis abstracto, siendo procedente acoger la acción sólo si se concluye

derogación, entonces, de manera necesaria, las aplicaciones de la ley inválida que se puedan producir por ultractividad de la misma (porque la derogación no es obstáculo a la ultractividad) serían inconstitucionales. Sin embargo, como presupone esta tesis, el fallo de inconstitucionalidad no afecta estos casos, a los que se les sigue aplicando un precepto derogado, pero ultractivo, de modo que podrá interponerse en todos ellos una INA, la que –necesariamente– será acogida, porque el precepto es, en sí mismo, inconstitucional ¿Tiene algún sentido someter al TC al trabajo procesal de recibir y fallar una serie de INA que necesariamente debieran ser acogidas de acuerdo al razonamiento del mismo tribunal? ¿Se cumple el fin de promover la igualdad ante la ley que promueve la sentencia de inconstitucionalidad, si no ampara a las personas que tienen recursos pendientes –los que deberán interponer una INA–, sino sólo a quienes podrían haber sufrido en el futuro la aplicación de la norma inválida? A ambas preguntas respondemos negativamente. Parece completamente innecesario, a lo menos desde el punto de vista de la economía procesal, e incoherente, desde la perspectiva argumental, que la sentencia de inconstitucionalidad deje sin decidir los casos que estén regulados, en razón de la ultractividad de algunas normas derogadas, por una ley declarada autoritativamente inválida. Por otro lado, no se cumple con los criterios de igualdad que busca la sentencia de inconstitucionalidad si ella declara la invalidez *erga omnes* de un precepto que no tiene aplicación, ni interpretación, aceptable, pero distingue entre las personas a las que ya se les aplicó y se encuentran impugnando sus efectos, que no son protegidas por la resolución jurisdiccional, y aquellos a quienes se les podría haber aplicado en el futuro la misma: no existe diferencia sustancial entre ambos sujetos, ya que la inconstitucionalidad que los afecta es la misma.

que el texto legal, en cualquier circunstancia y cualquiera sea la interpretación que de él se haga, infringe la Carta Fundamental. Por lo mismo, este Tribunal ha sostenido que no constituye un deber, sino una facultad declarar inconstitucional un precepto previamente declarado inaplicable” (STC 1395, 26.05.09; reproducido en STC 1710)

“7) Que, en consecuencia, una interpretación armónica de las normas que integran el ordenamiento jurídico vigente lleva a la conclusión de que, sólo en algunos casos, la aplicación del artículo 2331 del Código Civil podría afectar la protección que la Constitución Política brinda a la honra de las personas. Con mayor razón, cuando el mismo precepto cuestionado excluye la indemnización si se prueba la verdad de la imputación, precepto este último que se estima concordante con la adecuada protección que debe brindarse también al legítimo ejercicio de la libertad de expresión. De lo anterior fluye la necesidad de que el Tribunal Constitucional pueda pronunciarse, caso a caso, sobre los reproches que merezca la aplicación del artículo 2331 del Código Civil en situaciones concretas, entendiendo, a contrario sensu, que no se darían los supuestos para estimar que dicha norma es contraria a la Carta Fundamental bajo todo respecto, tal y como exige una declaración de inconstitucionalidad con efecto erga omnes como la que motiva el presente proceso.” (STC 1723, 24.05.11, Ministros señor Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señor Enrique Navarro Beltrán)

LA RELACION ENTRE PREJUDICIALIDAD DEL CONTROL Y RELEVANCIA DE LA NORMA

§43. CARACTERÍSTICAS DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES.

El Diccionario de la Real Academia Española explica que la expresión “cuestión prejudicial significa: “La que, siendo supuesto de un fallo, corresponde a jurisdicción distinta de la que ha de dictarlo. Se aplica más en lo penal.” A diferencia de lo que sería un simple incidente, la cuestión prejudicial, aunque accesoria en el sentido que no resuelve las peticiones principales de la controversia, es parte imprescindible de la resolución del litigio: es uno de los pilares del dictamen.

La autora española Núria REYNAL señala, compartiendo la definición dada por el Diccionario, que son dos los elementos centrales que caracterizan el concepto de la prejudicialidad: a) el asunto prejudicial

es antecedente lógico y temporal del asunto principal; y b) el asunto prejudicial debe tener cierta entidad para ser objeto de un juicio autónomo²³⁶. Además, se reconoce la existencia de desacuerdo doctrinal respecto a si es elemento definitorio el hecho que la cuestión prejudicial deba ser resuelta por un orden jurisdiccional distinto a aquel que conoce la cuestión principal²³⁷. Si la circunstancia que sea resuelta por un orden jurisdiccional distinto es un elemento esencial de una cuestión prejudicial, entonces, cuestiones prejudiciales serían, por ejemplo, las cuestiones de constitucionalidad que pueden plantearse en el curso de juicios principales en España, Italia y Francia, ya que son resueltas por un tribunal diferente al de la gestión principal, mientras que la *judicial review* ejercida por la Corte Suprema de Estados Unidos y Canadá, no.

Por su parte, Encarnación MARÍN, siguiendo a Francesco MENESTRINA, distingue la prejudicialidad en tres sentidos progresivamente restrictivos: cronológico, lógico y jurídico²³⁸. En su acepción cronológica, prejudicial es “todo juicio que antecede al juicio final”²³⁹; ciertamente, la noción es tan amplia que también resulta inútil para distinguir lo que la doctrina conoce por cuestiones prejudiciales²⁴⁰. En una perspectiva lógica, lo prejudicial es aquello que configura un antecedente del razonamiento judicial necesario para resolver la cuestión principal y es el sentido que usa el Diccionario de la RAE cuando se refiere a lo que es “supuesto de un fallo”; dentro de esta idea se comprenden tanto las cuestiones que son sustantivas, como aquellas formales o procesales, quedando fuera sólo aquellos asuntos accesorios que no tienen la conexión lógica referida; por ejemplo, la controversia sobre la cuantía de las costas procesales de un incidente. Por último, la prejudicialidad propiamente jurídica se construye sobre la de carácter lógico añadiendo la diferencia específica de tratarse de aquellos asuntos que son de la misma naturaleza que la cuestión principal, vale decir, sustantivos. Sin embargo, MARÍN coincide con REYNAL en que la mayoría de los autores exige –además– que el asunto discutido en la cuestión prejudicial pueda ser objeto de juicio autónomo al principal.

En el ámbito específicamente constitucional, CHIOVENDA explica la razón de fondo -por la que se da la prejudicialidad constitucional en un sistema de control incidental y concentrado de validez de la ley- haciendo referencia a la competencia respectiva de cada tribunal: “Para poder aplicar la ley en la causa pendiente ante él, el juez debe saber ante todo, si esta ley es constitucionalmente legítima; la cuestión de legitimidad constitucional debe ser resuelta, pues, con precedencia, como etapa necesaria en el *iter* lógico que el juez debe recorrer para llegar a la conclusión. Pero el juez civil es incompetente por razón de la materia para decidir esta prejudicial; y, viceversa, el órgano competente para decidir la cuestión de legitimidad constitucional (Corte constitucional) es incompetente por razón de la materia para

²³⁶ REYNAL QUEROL (2000) p. 257.

²³⁷ *Ibid.*, p. 259.

²³⁸ MARÍN PAGEO (1987) p. 232.

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ MENESTRINA (1904) p. 87.

decidir en concreto la controversia singular civil, en el curso de la cual la prejudicial de constitucionalidad ha sido planteada”²⁴¹. Esta separación de potestades jurisdiccionales entre el juez ordinario y el Tribunal Constitucional, que resulta tan clara para CHIOVENDA, no lo es tanto en el derecho nacional. En efecto, a partir de la reforma constitucional del año 2005 se otorgó expresamente al Tribunal Constitucional la potestad de declarar inaplicable un precepto legal cuya aplicación en una gestión judicial pendiente resulte contraria a la Carta Fundamental (art. 93 N° 6), pero la facultad de los tribunales ordinarios de no considerar legislación inconstitucional a la hora de resolver los conflictos que les son sometidos a su jurisdicción permanece dudosa²⁴² o es derivada -por algunos²⁴³- principalmente del artículo 6º de la Constitución, que dispone la sujeción de los órganos del Estado a la Constitución “y a las normas dictadas conforme a ella”. Aunque algunos de los autores mencionados no consideran imprescindible que para reconocer la presencia de una cuestión prejudicial, ésta deba ser resuelta por un orden jurisdiccional distinto al competente para la cuestión principal, sí resulta difícil hablar de la INA como “cuestión prejudicial” si es el mismo juez ordinario quien puede resolver sobre la constitucionalidad de las leyes sin recurrir a la cuestión de inaplicabilidad. Cualquiera sea el caso, el mismo TC ha señalado que “en la institucionalidad chilena, el concepto de control concentrado de constitucionalidad radicado en el Tribunal Constitucional es categórico”²⁴⁴ y que “la reforma constitucional de 2005 consagró los principios de supremacía de la Constitución, **unidad de la jurisdicción constitucional y control concentrado de su ejercicio**, previo y correctivo”²⁴⁵ (énfasis añadido). Por ende, en la autopercepción del TC que nos interesa (§2), lo resuelto en la INA cumple con el requisito de ser un asunto, en palabras de la Real Academia Española, “siendo supuesto de un fallo, corresponde a jurisdicción distinta de la que ha de dictarlo”.

Por último, CORZO recalca que, a lo menos, la prejudicialidad constitucional es algo más que el hecho que se pueda aplicar la norma inválida, ya que se requiere –además– que de su aplicación dependa el resultado de lo que decidirá: “Este punto de vista (el que le otorga a la cuestión de inconstitucionalidad española un carácter instrumental respecto al juicio ordinario principal) no deja de ser interesante, sobre todo porque efectivamente se trata de una misma institución, la prejudicialidad, que para algunos tiene que ver más con la aplicación (de la norma impugnada) y para otros con la suspensión (del proceso principal). Nosotros estamos de acuerdo con esta doble perspectiva, salvo la consideración que

²⁴¹ CALAMANDREI (1962) p. 66.

²⁴² Las siguientes preguntas se plantea CEA: “Al respecto, cabe plantear interrogantes con el ánimo de incentivar su solución: ¿se hallan los Tribunales Superiores constitucionalmente habilitados para desaplicar preceptos legales en las causas sometidas a su conocimiento? ¿pueden acaso ir más allá y pronunciar la inaplicabilidad concreta de dichos preceptos? ¿o habiendo llegado al punto en que se plantea esa inaplicabilidad su deber reside en elevar el asunto al Tribunal Constitucional, promoviendo el requerimiento de rigor con el automotivado pertinente?” (“Praxis del Control de Constitucionalidad en Chile”, ponencia presentada en las XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público, organizadas por la Facultad de Derecho de la P. Universidad Católica de Valparaíso, el 8 y 9 de noviembre de 2007)

²⁴³ Vid. RÍOS ÁLVAREZ (2002) y ALDUNATE (2008) p. 168 y sgtes.

²⁴⁴ STC N° 2701, 01.09.15.

²⁴⁵ STC N° 1605, 20.01.11.

la prejudicialidad constitucionalmente no significa sólo aplicabilidad, sino que conlleva sobre todo la noción de dependencia, pues una norma aun cuando sea aplicable puede que de su validez no dependa la resolución de un caso concreto, como ya lo ha hecho ver el TC desde sus primeras resoluciones (véase por todas STC 17/1981, f.j. 4).²⁴⁶

Sin embargo, pese a la utilidad de la doctrina y jurisprudencia comparadas para configurar un concepto de “cuestión prejudicial constitucional” que calce con la INA, la jurisprudencia específica del TC respecto a qué se entiende por “carácter decisivo” de un precepto no es fácilmente comparable con los tribunales constitucionales de otros países que ejercen un control incidental. En efecto, existe una diferencia de peso entre los ordenamientos constitucionales de algunos de los países que hemos revisado y nuestro sistema de justicia constitucional: en Chile, la participación del tribunal que conoce de la gestión principal en la tramitación de la INA es contingente, mientras que en aquellos países es necesaria. Por ejemplo, en Francia, aunque los tribunales no pueden interponer la cuestión prioritaria de constitucionalidad de forma oficiosa²⁴⁷, el tribunal del juicio principal recibe la impugnación realizada por una de las partes “en un escrito distinto y motivado” (artículo 23-1 de la ordenanza de 7 de noviembre de 1958) y debe revisar, entre otras cosas, si “la disposición impugnada domina (*commande-t-elle*) la materia del litigio, la validez del procedimiento o constituye el fundamento de las acusaciones”²⁴⁸. Sólo una vez que resuelve favorablemente la admisibilidad de la cuestión prioritaria de constitucionalidad, el juez ordinario la remitirá, según el orden al que pertenezca, al Consejo de Estado o a la Corte de Casación, los que volverán a revisar el mismo punto²⁴⁹ y la plantearán al Consejo Constitucional una vez que resuelvan favorablemente ésta y otras condiciones que la ley exige. En España, el mismo juez ordinario resuelve interponer la cuestión de constitucionalidad de oficio o a petición de parte mediante un “auto de planteamiento” en que debe “especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión” (Artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español). Por último, en Italia, el artículo 23 de la ley de 11 de marzo de 1958, N° 87, ordena a la autoridad judicial dictar una “ordenanza de remisión” de la cuestión de constitucionalidad a la Corte Constitucional cuando “el juicio no pueda ser resuelto independientemente de la decisión de la cuestión de legitimidad constitucional o no estima que la cuestión interpuesta sea manifiestamente infundada”.

Por el contrario, en Chile puede suceder –y así sucede en la mayoría de los casos– que el TC llegue a resolver el requerimiento de inaplicabilidad sin nunca saber qué piensa el tribunal ordinario respecto a lo decisivo que sea el precepto legal para la solución del litigio. Por este motivo, la jurisprudencia del TC

²⁴⁶ CORZO (1998) p. 216.

²⁴⁷ Vid. DISANT (2011) p. 134 y sgtes.

²⁴⁸ LASCOMBE (2011) p. 820.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 821.

sobre la relevancia en la gestión principal de los preceptos cuyos efectos controla es difícilmente comparable con la de otros lugares y merece un estudio más “autárquico”.

§44. LA RELACIÓN PREJUDICIALIDAD–RELEVANCIA EN LA INA.

Si para afirmar el carácter incidental de la INA nos bastaba afirmar que los efectos de la norma enjuiciados en la sentencia de inaplicabilidad eran los de la norma aplicable a un juicio principal, no basta esta conexión para aseverar que es una cuestión prejudicial. Incidentalidad y prejudicialidad son dos elementos distinguibles²⁵⁰. La prejudicialidad “revela la cualidad del nexo entre dos decisiones: la pronunciada sobre la cuestión constitucional, y la que resuelve la controversia que depende a su vez de la primera”²⁵¹. De ahí que el incidente “no guarda esa relación de necesidad lógica en la cuestión principal –que sí se puede predicar de la cuestión prejudicial–, aunque una vez introducido se acumule, con necesidad de resolución previa al fondo o decisión conjunta, al objeto principal”²⁵².

En el derecho nacional, a partir de la escasa regulación positiva de la prejudicialidad, podemos afirmar que existen dos elementos que forman parte de nuestro arquetipo de cuestión prejudicial: la resolución de la cuestión prejudicial por un tribunal perteneciente a un orden jurisdiccional distinto al que pertenece el de la cuestión principal y la relevancia de lo resuelto en aquella para la solución de ésta.

En efecto, las cuestiones prejudiciales sólo se tratan en el artículo 171 del Código Procesal Penal y en los artículos 173 y 174 del Código Orgánico de Tribunales, que disponen:

- *Artículo 171 del Código Procesal Penal. Cuestiones prejudiciales civiles. Siempre que para el juzgamiento criminal **se requiriere la resolución previa** de una cuestión civil de que debiere conocer, conforme a la ley, un tribunal que no ejerciere jurisdicción en lo penal, se suspenderá el procedimiento criminal hasta que dicha cuestión se resolviere por sentencia firme.*
- *Artículo 173 del Código Orgánico de Tribunales. Si en el juicio criminal se suscita cuestión sobre un hecho de carácter civil que sea **uno de los elementos que la ley penal estime para definir el delito que se persigue, o para agravar o disminuir la pena, o para no estimar culpable al autor**, el tribunal con competencia en lo criminal se pronunciará sobre tal hecho.*

*Pero las cuestiones sobre **validez de matrimonio y sobre cuentas fiscales** serán juzgadas previamente por el tribunal a quien la ley tiene encomendado el conocimiento de ellas.*

²⁵⁰ Así lo aclara, en el panorama nacional, PICA: «Este “juicio de relevancia” es, después de la incidentalidad, el segundo elemento del control concreto (...)» PICA (2010) p. 343.

²⁵¹ BLASCO (1995) p. 163.

²⁵² ALMAGRO (1989) p. 34

La disposición del inciso precedente se aplicará también a las cuestiones sobre estado civil cuya resolución deba servir de antecedente necesario para el fallo de la acción penal persecutoria de los delitos de usurpación, ocultación o supresión de estado civil.

En todo caso, la prueba y decisión de las cuestiones civiles que es llamado a juzgar el tribunal que conoce de los juicios criminales, se sujetarán a las disposiciones del derecho civil.

- *Art. 174 del Código Orgánico de Tribunales. Si contra la acción penal se pusieren excepciones de carácter civil concernientes al dominio o a otro derecho real sobre inmuebles, podrá suspenderse el juicio criminal, cuando dichas excepciones aparecieren revestidas de fundamento plausible y de su aceptación, por la sentencia que sobre ellas recaiga, **hubiere de desaparecer el delito.***

El conocimiento de esas excepciones corresponde al tribunal en lo civil.

Aunque la regulación transcrita se arma sobre las cuestiones prejudiciales de hecho²⁵³, basta la lectura de los pasajes subrayados en las disposiciones precedentes para revelar claramente que el concepto de “cuestión prejudicial” que maneja nuestra legislación coincide con el reseñado en el derecho comparado, en cuanto la cuestión implica la decisión de un asunto indispensable para resolver la controversia principal, ya que lo resuelto constituye su “antecedente necesario” por el que se “define el delito que se persigue” y, en consecuencia, sin el cual “desaparece el delito”²⁵⁴. Asimismo, mientras la regla general es que los tribunales penales son competentes para conocer de todos los hechos “de carácter civil” relacionados en un ilícito penal –y, por ende, la discusión sobre ellos es un incidente común dentro del juicio–, la excepción es que mediante una disposición positiva se configure la controversia sobre una determinada materia –p. e., titularidad del dominio, validez del matrimonio,

²⁵³ Aunque la distinción entre cuestiones prejudiciales fácticas y normativas no se realiza en nuestra doctrina, en países que la prejudicialidad tiene mayor presencia, como España, es pacífica: “Tanto la constitucional como la comunitaria son prejudicialidades normativas, esto es, producidas respecto de elementos normativos o jurídicos, y no respecto de elementos fácticos (lo que daría lugar a una prejudicialidad de hecho). Por eso se ha distinguido, según el objeto de la controversia prejudicial, entre cuestiones prejudiciales de hecho y cuestiones prejudiciales de derecho: En las primeras, el conflicto prejudicial se plantea respecto de un hecho o conjunto de hechos, ya que consiste en la definición judicial de un elemento fáctico de la pretensión. En las segundas, el conflicto prejudicial versa sobre una norma jurídica, concretamente sobre su nulidad, bien por inconstitucionalidad (en el caso de las leyes), bien por ilegalidad (en el caso de los reglamentos).” ARAGONÉS (2010) p. 149 (citas omitidas)

²⁵⁴ La doctrina procesalista italiana y española han discutido largamente respecto a si la cuestión o duda de inconstitucionalidad que los jueces ordinarios pueden elevar a los respectivos Tribunales Constitucionales es prejudicial en un sentido “técnico”, vale decir, si cuenta con partes, *petitum*, *causa petendi* propios y, en especial, si lo enjuiciado puede ser objeto por sí mismo de un proceso principal. *Vid.* GARCÍA COUSO (1998) p. 64 y sgtes. Aunque la discusión resulta interesante desde el punto de vista procesal, para los objetivos de nuestro trabajo sólo es importante la prejudicialidad de la INA como nota distintiva de la relevancia de lo que se resolverá en ella en relación al juicio principal; nuestro análisis desarrolla sólo este aspecto.

etc.– como una cuestión prejudicial que debe ser conocida por un tribunal que tiene una competencia distinta a la del juez de la cuestión principal.

En el caso de la INA ¿lo discutido en ella puede considerarse una cuestión prejudicial? Ya mencionamos que CASARINO la cataloga de esa manera, pero no ofrece justificación²⁵⁵. Sin embargo, podemos encontrar en la regulación del requerimiento de inaplicabilidad dos elementos que son típicos de la prejudicialidad: la resolución por un orden jurisdiccional distinto al de la gestión principal y la relevancia de lo resuelto en la INA respecto al juicio principal.

Los artículos 81 y 84, N°5, de la LOTC dan a entender que la INA muestra otro de los elementos característicos de la prejudicialidad: resuelve un asunto relacionado con el juicio principal que es indispensable para que el juez ordinario emita un dictamen en él. Aunque ambas disposiciones precitadas son ambiguas en cuanto a si lo relevante para el juicio principal es el precepto o su aplicación²⁵⁶ –lo que pudiera ser importante argumentativamente cuando se insiste en que se controla la aplicación y no la norma–, las normas coinciden en la trascendencia de lo que resuelva el TC en la INA respecto a lo que haga –o pueda hacer– el tribunal de la cuestión principal. Las precitadas disposiciones señalan:

*Artículo 81. El requerimiento podrá interponerse respecto de cualquier gestión judicial en tramitación, y en cualquier oportunidad procesal en que se advierta que la aplicación de un **precepto legal que pueda ser decisivo en la resolución del asunto** resulta contraria a la Constitución.*

*Artículo 84. Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos:
5. Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o **ella no resultará decisiva** en la resolución del asunto, y*

A diferencia de las referencias más clarificadoras que realizan los artículos del Código Orgánico de Tribunales al carácter decisivo de las cuestiones prejudiciales civiles en el proceso penal, la LOTC no resulta de mucha utilidad. Así, por ejemplo, sabemos que lo que se resuelva en una cuestión prejudicial civil puede hacer desaparecer el delito (Art. 174 COT) o servirá de antecedente necesario para el fallo de la acción penal (Art. 173 COT), mientras que la LOTC no nos señala cuándo un precepto es o no decisivo. Esta tarea pedagógica ha recaído primeramente en el mismo TC, que se ha preocupado de trazar líneas al respecto.

²⁵⁵ CASARINO (2008) p. 227.

²⁵⁶ En todo caso, el TC ha expresado frecuentemente que lo enjuiciado es una “aplicación decisiva” (STC N°s 1312, 2306, 2322, 2319, entre otras)

En una de las definiciones más claras de aquello en lo que consiste la relevancia de la aplicación del precepto para efectos de la INA puede encontrarse en el siguiente pasaje:

*“CUARTO: Que la aplicación decisiva del precepto, para los fines que interesan a este proceso constitucional, tiene que ver con la **causalidad directa y necesaria entre dicha aplicación y la decisión del litigio**, en términos que **la estimación –o rechazo– de la pretensión sea el efecto de la incidencia de la norma legal en la resolución del conflicto**. Si éste puede producirse por la aplicación de otro precepto, dejará de ser decisiva la aplicación del que se impugna;”* (STC N° 1312, 28.01.10)²⁵⁷ (énfasis nuestro)

En otro momento, el TC ha efectuado una distinción entre la relevancia del precepto como requisito de la impugnación contenida en la INA y los eventuales efectos inconstitucionales que produciría su aplicación en la gestión pendiente, como dos pasos independientes dentro del análisis del tribunal:

*“Cabe, entonces, examinar **si la aplicación del precepto legal que se impugna ha de producir un resultado distinto al que se generaría al inaplicarlo**, y si, en caso afirmativo, dicho resultado es o no inconstitucional, lo que resultará especialmente relevante, atendido el claro tenor del artículo 93, inciso primero, N° 6, de la Carta Fundamental, según el cual para que prospere una acción de inaplicabilidad debe tratarse de la impugnación de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial resulte contraria a la Constitución;”* (STC N° 712, 06.09.07)²⁵⁸ (énfasis nuestro)

De los pasajes extraídos se articula una concepción del carácter decisivo de un precepto que se basa en dos elementos: la “diferencia de resultado” por inaplicación del precepto, en general, y, más específicamente, que el éxito o fracaso de la pretensión de las partes dependa de la aplicación.

El esclarecimiento del concepto más general de “diferencia de resultado” requiere hacerse, aunque sea someramente, la pregunta respecto a cuáles pueden ser los “resultados” de la aplicación de una disposición legal en el contexto jurisdiccional.

De acuerdo al Código Civil (artículo 1º), la ley manda, prohíbe o permite. El mandato, prohibición o permisión que la ley materializa se dirige a todos los sujetos que cumplen determinados requisitos o se encuentran en determinadas circunstancias, pero también se dirige a los jueces que deben aplicar dichas normas (o las sanciones a su incumplimiento) y crear, a partir de ellas, la norma individual que es la sentencia: “Al resolver una controversia –escribe KELSEN– entre dos particulares o condenar a un acusado a sufrir un determinado castigo, el tribunal aplica, es verdad, una norma general de derecho

²⁵⁷ El mismo pasaje ha sido citado en STC N° 2319, 14.05.13, y STC N° 2322, 14.05.13.

²⁵⁸ El mismo pasaje se reproduce en STC N°s 691, 685, 689, 690, 691, todas de 17.01.08; N° 821, 01.04.08; y, N° 1130, 07.10.08.

consuetudinario o legislado. Pero, al mismo tiempo, crea una norma individual que establece determinada sanción que habrá de imponerse a cierto individuo. **Esta norma individual puede ser referida a normas generales** en la misma forma en que la ley es referida a la Constitución.”²⁵⁹ (énfasis nuestro). Entonces, si la sentencia es una norma individual, la “diferencia de resultado” (a que se refiere el TC) que se produciría de aplicar o no el precepto referido en la INA implica que el tribunal ordinario genera una norma individual distinta en uno u otro caso. La pregunta que queda en el aire es ¿toda la norma individual es distinta o sólo una parte? Y, en este último caso ¿qué parte?

De acuerdo al “concepto” de norma con que estamos trabajando, una sentencia es una norma que correlaciona determinados hechos, que se consideran acreditados, con la calificación deóntica de una conducta concreta; por ejemplo: como es un hecho acreditado que Pedro no pagó oportunamente el precio de la compraventa a Juan, este último estaba facultado para negar la entrega de la cosa. Tanto la ocurrencia de los hechos que son correlacionados, como la de la conducta que es calificada son circunstancias fácticas que el TC no entra a conocer, quedando a la determinación del tribunal ordinario. Por el contrario, la calificación deóntica de la conducta es lo que la ley “manda, prohíbe o permite”, pero en el caso particular que conoce el juez; en consecuencia, el “resultado distinto” que produce acoger o rechazar la INA tiene que ver con que el juez deba calificar de forma deónticamente distinta la conducta enjuiciada dependiendo de si debe o no tomar en cuenta el precepto impugnado.

Ahora bien ¿cuáles son las calificaciones deónticas posibles respecto de una conducta? Las calificaciones deónticas dependen de los operadores deónticos usados en las normas y “(e)ntre los varios caracteres deónticos, los más usados y, por lo tanto, los más analizados son P (permitido), O (obligatorio), Ph (prohibido) y F (facultativo).”²⁶⁰

En consecuencia, lo que corresponde es preguntarnos en qué circunstancias la inaplicación por inconstitucionalidad de una norma legal que es aplicable, no cambia lo que la sentencia declarará obligatorio, prohibido o facultado.

§43.1. LA REDUNDANCIA DE NORMAS COMO OBSTÁCULO A LA RELEVANCIA DE LA NORMA.

Uno de los casos más claros en que la inaplicación no altera la calificación deóntica de la conducta enjuiciada se da en el fenómeno de la redundancia:

²⁵⁹ Kelsen (1958) p. 159. En el mismo sentido Bulygin señala que: “El fundamento normativo y la resolución son los componentes normativos de la sentencia. Pero mientras que el fundamento normativo consta de enunciados normativos *generales*, la parte dispositiva es una norma individual que se refiere a las conductas de individuos determinados y a prestaciones o sanciones concretas.” Bulygin (1991b) p. 358. Cfr. Caracciolo (2009) p. 39.

²⁶⁰ Alchourrón y Bulygin (2006) p. 74. El lector puede advertir que el operador deóntico “permitido” es distinto de “facultativo”. Esto se debe a que, expresándolo en términos simples, el hecho que una conducta esté “permitida” – en el sentido usado en la cita– quiere decir que es lícito realizarla, mientras que sea “facultativa” significa que es lícito tanto realizarla como omitirla. De esta manera, una conducta obligatoria es permitida –i.e., lícita–, pero no es facultativa.

“Existe redundancia –escribe MENDONCA– cuando una norma establece un efecto jurídico que, en las mismas circunstancias fácticas, está establecido por otra norma. De este modo, la redundancia exige dos condiciones: que ambas normas se refieran al mismo supuesto de hecho y que ellas establezcan la misma solución.”²⁶¹

El TC ha empleado esta acepción de la redundancia normativa para rechazar requerimientos de inaplicabilidad por no ser decisivo el precepto para la resolución de la gestión pendiente. Veamos un par de casos²⁶².

§43.1.1. EL CASO DE LAS MANZANAS “PINK LADY”.

En la causa rol N° 1854 (01.12.11) el requirente de inaplicabilidad era el recurrente de casación contra una sentencia del Tribunal de Propiedad Industrial que había confirmado el dictamen del Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INAPI) en cuanto había rechazado la solicitud del requirente de inscribir la marca comercial “Pink Lady” para distinguir frutas frescas, específicamente, manzanas, porque se trataba del nombre de una variedad vegetal. El artículo legal contra cuyos efectos se reclamaba era el inciso final del artículo 21 de la Ley N° 19.342, que regula los derechos de los obtentores de nuevas variedades vegetales, que establece:

“El nombre de una variedad (vegetal) no podrá registrarse como marca comercial.”

Aunque el precepto era atingente a la controversia jurídica y, de hecho, había sido utilizado como uno de los argumentos del Tribunal de Propiedad Industrial para rechazar el recurso de apelación interpuesto por el requirente, el TC declaró, en sesión de pleno, que el precepto no era decisivo porque existía otro que producía el mismo efecto:

«CUARTO: Que, no obstante lo anterior, la prohibición de registrar como marca el nombre de una variedad vegetal no sólo la contempla el precepto reprochado de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sino también –y en idénticos términos– el literal b) del artículo 20 de la Ley N° 19.039 (no objetado por la requirente en su libelo), motivo por el cual la disposición impugnada no ha de resultar decisiva en la resolución del

²⁶¹ MENDONCA (2009) p. 84.

²⁶² Además de los dos casos que se citan –elegidos porque fueron resueltos por el pleno del tribunal–, puede considerarse la sentencia de inadmisibilidad dictada por la Segunda Sala del TC en la causa rol N° 2084 (18.10.11), en que se lee: “9°. Que debe tenerse presente que, en este sentido, la declaración de inaplicabilidad solicitada por la actora no puede tener el efecto que se le atribuye en el libelo, **pues se ha impugnado sólo uno de los artículos que motivaron lo resuelto en ambas instancias sin que una eventual declaración de inaplicabilidad como la solicitada pueda alterar el mérito de lo resuelto por los jueces del fondo, al subsistir las demás reglas y principios que les llevan a sostener tal conclusión;** 10°. Que, en mérito de la razonado precedentemente, la aplicación de la preceptiva impugnada a la gestión invocada **no puede resultar decisiva** en los términos exigidos por la Carta Fundamental para declarar la admisibilidad del requerimiento, concurriendo la causal de inadmisibilidad establecida por el numeral 5° del artículo 84 de la citada ley orgánica constitucional;” (énfasis nuestro)

recurso de casación incoado ante la Corte Suprema, más aun si se tiene en cuenta lo antedicho en cuanto a que la razón de fondo para desechar la inscripción de la marca no fue ésta sino el hecho de corresponder la frase “Pink Lady”, hoy y en este país, a la denominación genérica de una clase o tipo de manzanas;

QUINTO: Que lo antedicho supone que concurre en la especie la causal de inadmisibilidad prevista en el numeral 5 del artículo 84 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, pues la norma legal objetada no está llamada a tener aplicación decisiva en la resolución de la gestión pendiente (...);» (STC 1854, 01.12.11) (énfasis nuestro)

De acuerdo al TC, nos encontramos frente a un requerimiento interpuesto contra la aplicación de una norma que no resultará decisiva en la gestión pendiente. La causa de este defecto está en que el requirente ataca el efecto de un precepto, pero existen otros que está en situación de redundancia normativa frente a los mismos hechos concretos, vale decir: se refiere el mismo supuesto de hecho y establecen la misma solución.

En efecto, tanto el inciso final del artículo 21 de la Ley N° 19.342²⁶³, como el literal b) del artículo 20 de la Ley N° 19.039²⁶⁴, atribuyen la solución “prohibido inscribir como marca comercial” al supuesto de hecho “tratarse de un nombre de variedad vegetal”. En otras palabras, ambos preceptos califican deónticamente como “prohibida” la misma conducta y, por ende, la supresión mediante la INA de una de las normas no tendrá efecto en la gestión principal, porque el tribunal deberá llegar a la misma calificación deóntica de la conducta concreta enjuiciada, ya que ésta es una instancia del supuesto de hecho de la norma no impugnada.

§43.1.2. LA FECHA CIERTA DEL CESE DE CONVIVENCIA.

En una materia completamente diversa, una Jueza de Familia interpuso una INA contra los artículos 22, 25 y 2° transitorio de la Ley de Matrimonio Civil (N° 19.947)²⁶⁵ en una causa de divorcio por cese de convivencia.

²⁶³ Artículo 21. (...) El nombre de una variedad (vegetal) no podrá registrarse como marca comercial.

²⁶⁴ Artículo 20. No podrán registrarse como marcas: (...) b) (...) el nombre de las variedades vegetales (...)

²⁶⁵ “Artículo 22. El acuerdo que conste por escrito en alguno de los siguientes instrumentos otorgará fecha cierta al cese de la convivencia:

- a) escritura pública, o acta extendida y protocolizada ante notario público;
- b) acta extendida ante un Oficial del Registro Civil, o
- c) transacción aprobada judicialmente.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, si el cumplimiento del acuerdo requiriese una inscripción, subinscripción o anotación en un registro público, se tendrá por fecha del cese de la convivencia aquélla en que se cumpla tal formalidad.

La declaración de nulidad de una o más de las cláusulas de un acuerdo que conste por medio de alguno de los instrumentos señalados en el inciso primero, no afectará el mérito de aquél para otorgar una fecha cierta al cese de la convivencia.”

Las tres normas serían decisivas “toda vez que en virtud de ellas la juez requirente no puede tener por establecido el cese de la convivencia de los comparecientes mediante otra prueba que las establecidas en los artículos 22 y 25, atendido lo dispuesto en el artículo 2º transitorio, no obstante haberse rendido prueba testimonial y documental al efecto.” (STC 2207, 26.03.13)

Uno de los principales medios de prueba en que constaba el cese de convivencia era una escritura pública sobre acuerdo suficiente entre los cónyuges que había sido otorgada el 26 de diciembre de 2011, pero en la que se declaraba que el cese se había producido el 9 de agosto de 2010. Mientras la fecha de otorgamiento de la escritura pública era insuficiente para contar con el plazo de, a lo menos, tres años de vivir separados como condición del divorcio, la fecha declarada por ambas partes sí servía.

El TC, en pleno, rechazó el requerimiento por, entre otros motivos, la existencia de otras normas que impedían considerar la fecha señalada por las partes como la de convivencia y, por el contrario, obligaban al juez a considerar la de otorgamiento del instrumento público:

“En el contexto descrito, aun cuando la declaración de inaplicabilidad impetrada fuere acogida – lo que se plantea como mero ejercicio teórico y dentro del marco procesal en que la requirente sitúa su argumentación –, el cese de la convivencia no podría remontarse a un momento anterior al de la escritura, tanto en virtud de lo dispuesto en los citados artículos 1700 del Código Civil y 55, inciso cuarto, de la Ley de Matrimonio Civil, como en el artículo 2º, disposición Tercera de la misma ley, que niega valor probatorio a la confesional para acreditar la fecha de cese de la convivencia entre los cónyuges;” (STC 2207, 26.03.13)

§43.1.3. OTROS PRONUNCIAMIENTOS

“Artículo 25.– El cese de la convivencia tendrá también fecha cierta a partir de la notificación de la demanda, en el caso del artículo 23.*

Asimismo, habrá fecha cierta, si no mediare acuerdo ni demanda entre los cónyuges, cuando, habiendo uno de ellos expresado su voluntad de poner fin a la convivencia a través de cualquiera de los instrumentos señalados en las letras a) y b) del artículo 22 o dejado constancia de dicha intención ante el juzgado correspondiente, se notifique al otro cónyuge. En tales casos, se tratará de una gestión voluntaria y se podrá comparecer personalmente. La notificación se practicará según las reglas generales.”

“Artículo 2º (transitorio). Los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley se regirán por ella en lo relativo a la separación judicial, la nulidad y el divorcio.

Sin perjuicio de lo anterior, las formalidades y requisitos externos del matrimonio y las causales de nulidad que su omisión origina, se regirán por la ley vigente al tiempo de contraerlo; pero los cónyuges no podrán hacer valer la causal de nulidad por incompetencia del oficial del Registro Civil, prevista en el artículo 31 de la Ley de Matrimonio Civil del 10 de enero de 1884.

Además, no regirán las limitaciones señaladas en los artículos 22 y 25 de la Ley de Matrimonio Civil para comprobar la fecha de cese de la convivencia entre los cónyuges; sin embargo, el juez podrá estimar que no se ha acreditado si los medios de prueba aportados al proceso no le permiten formarse plena convicción sobre ese hecho.”

Por último, los votos particulares de los Ministros del TC también han confirmado la manera en que la redundancia de normas afecta el éxito de una INA:

- “El Ministro Carlos Carmona Santander estuvo también por considerar inadmisibile el requerimiento no sólo porque la norma no es decisiva, sino también porque hay otras normas referidas a los cónyuges que no fueron objetadas por el requerimiento (artículos 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148 del Código Civil), y que establecen la misma regla que se cuestiona. Por lo mismo, un cuestionamiento parcial puede hacer inútil este requerimiento, de acogerse, porque seguirían subsistiendo otras normas jurídicas que apuntan a que los bienes familiares sólo operan entre cónyuges.” (Ministro Sr. Carmona, STC 2050, 25.10.11)
- «Este principio es más intenso aún en la inaplicabilidad, pues el precepto debe “*resultar decisivo en la resolución de un asunto*”. Ello implica un juicio de utilidad o de eficacia del precepto legal objetado, pues si existen otros preceptos legales que permiten arribar a la misma conclusión que se produciría acogiendo la inaplicabilidad, la norma objetada no es decisiva;» (Ministros Sres. Carmona y Navarro, STC 1563, 30.08.11)
- “Que, a pesar de la incidencia que tiene en la materia objeto del requerimiento de que conoce este Tribunal, no se solicitó la declaración de inaplicabilidad del artículo 483 del Código Procesal Penal, disposición que, como se ha dicho, es la que impide la aplicación del artículo 351 del mismo Código, razón por la que el requerimiento, en cuanto está dirigido únicamente contra el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, debe rechazarse, ya que, aunque se acogiera, el tribunal de la causa estaría igualmente impedido de aplicar la nueva regla de determinación de las penas en los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de la misma especie.” (Ministros Sres. Bertelsen y Fernández Baeza, STC 1532, 24.08.10)

§43.2. LA FALTA DE RELEVANCIA PARA LA PRETENSIÓN DEL REQUIRENTE.

Pero la relevancia del precepto no sólo implica que debe producirse un efecto distinto de aplicarlo que de dejarlo sin aplicar. Como ha señalado el TC, es necesario que “la estimación –o rechazo– de la pretensión sea el efecto de la incidencia de la norma legal en la resolución del conflicto.” (STC N° 1312, 28.01.10)²⁶⁶ “Pretensión” entendida como “la petición formal de solución que se dirige al tribunal competente”²⁶⁷, de manera específica al juicio que este último conozca en primera instancia o segunda instancia, en sede de casación, queja, nulidad, etc. Un ejemplo real nos ayudará a darle contenido a estas citas.

²⁶⁶ El mismo pasaje ha sido citado en STC N° 2319, 14.05.13, y STC N° 2322, 14.05.13.

²⁶⁷ COLOMBO (1997) p. 151

En un causa requirieron de inaplicabilidad al TC los recurrentes de apelación y casación en la forma contra una sentencia de primera instancia dictada en un recurso de reclamación dirigido a una resolución de la Superintendencia de Valores y Seguros que les había impuesto una multa. Sin embargo, la impugnación del requerimiento de inaplicabilidad iba dirigida contra los efectos de los artículos del Decreto Ley N° 3538, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros²⁶⁸, y del Código Tributario, que determinan los intereses que deben pagar los multados por la Superintendencia, para el caso que la Corte de Apelaciones confirmara la sentencia de primera instancia, ya que lo discutido era la procedencia de la multa. El TC estableció que las normas no eran decisivas:

*«DÉCIMO. Que los recursos de casación en la forma y de apelación deducido en contra de la sentencia de primera instancia, buscan que “se deje sin efecto las multas aplicadas”; que se declare que “son ilegales” y que los fundamentos de hecho que le sirven de base “no se ajustan a la verdad y realidad”; UNDÉCIMO. Que, como se observa, no se impugna en la gestión pendiente el monto de los intereses de la multa, sino la procedencia de ésta. Lo que tiene relación con el monto de los intereses no es discutido por los requirentes, pues en su requerimiento señalan que “en el evento que se termine por confirmar la sentencia definitiva de primera instancia deberán pagar las multas que les impone la Resolución Exenta N° 290 del 9 de julio de 2002 de la Superintendencia de Valores y Seguros, más los intereses penales” (Pág. 139 requerimiento). **Al no discutirse en la gestión pendiente los intereses asociados a la multa, los preceptos que se reprochan como inconstitucionales no son decisivos en la gestión pendiente invocada, por lo que se declarará su inadmisibilidad.**» (STC, 2º Sala, rol N° 1517, 24.11.09) (énfasis nuestro)*

Tal como lo explicó más tarde el TC en la sentencia rol N° 1312, “el efecto de la incidencia de la norma legal en la resolución del conflicto” debe ser “la estimación –o rechazo– de la pretensión” y, en este caso, el acogimiento de la INA respecto a los artículos del Código Tributario y del Decreto Ley N° 3538

²⁶⁸ Específicamente, contra la frase resaltada a continuación en el artículo 34 del Decreto Ley N° 3538:

*“Deducida oportunamente la reclamación, se suspenderá el plazo establecido para el pago de la multa, **sin perjuicio que los intereses a que se refiere el artículo 34, se devenguen desde el undécimo día de notificada la resolución de la Superintendencia que aplicó la multa.** En todo caso, la notificación de la demanda deberá practicarse por cédula conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, dentro de los diez días hábiles siguientes de vencido el plazo para su interposición.”*

Contra la aplicación del inciso tercero del artículo 30 del mismo cuerpo legal:

“El retardo en el pago de toda multa que aplique la Superintendencia, en conformidad a la ley, devengará los intereses establecidos en el artículo 53 del Código Tributario”

Y contra el inciso tercero del mismo artículo 53 del Código Tributario:

“El contribuyente estará afecto, además, a un interés penal del uno y medio por ciento mensual por cada mes o fracción de mes, en caso de mora en el pago del todo o de la parte que adeudare de cualquier clase de impuestos y contribuciones. Este interés se calculará sobre valores reajustados en la forma señalada en el inciso primero”

no cambiaría en nada el hilo del razonamiento que el tribunal del juicio principal debiera seguir para acoger o rechazar lo pedido por la reclamante: la declaración de improcedencia de la multa.

§45. LA PREJUDICIALIDAD CONSTITUCIONAL DE LA INA EN DETERMINADAS SEDES PROCESALES.

En otros casos, el TC ha hecho depender la coordinación entre pretensión y relevancia de la norma de la sede procesal en que consiste el juicio principal.

§44.1. CASACIÓN EN EL FONDO E INA

Merece especial atención la situación que se produce cuando se interpone un requerimiento de inaplicabilidad contra los efectos de la aplicación de determinados preceptos legales y la Corte Suprema está conociendo el juicio principal en virtud de un recurso de casación en el fondo donde se alega que la infracción de derecho tiene que ver con la errónea interpretación de los mismos preceptos o su “falsa aplicación” a casos que no estaban regulados por los mismos.

Algunas sentencias han planteado la incompatibilidad de requerir la inaplicabilidad de un precepto legal y, a la vez, casar en el fondo una sentencia porque se trataba de un precepto que no debía ser aplicado porque existía otro que lo desplazaba. Tal fue el caso de un requerimiento de inaplicabilidad en que se impugnaban los efectos que produciría el artículo 41 del DFL N° 850, de 1989, del Ministerio de Transportes y Obras Públicas, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 15.840, de 1964 y del DFL N° 206, de 1960, con las modificaciones incorporadas por la Ley N° 19.474, pese a que la demandada, recurrente de casación y requirente de inaplicabilidad, era titular de una concesión otorgada con anterioridad a la entrada en vigencia de esta última ley. La concesionaria de servicio público de telecomunicaciones, y requirente, había sido demandada para que pagara al Fisco las sumas que se le habían provisionado para que moviera las instalaciones que impedían la construcción de obra pública conocida como “Proyecto Autopista Norte Sur”. Antes de la modificación legal, el traslado de las instalaciones de las empresas concesionarias era de cargo del “interesado” de la construcción de la obra que requería el cambio en las instalaciones –en este caso, el Estado de Chile–, pero la ley 19.474 estableció que era de cuenta exclusiva del respectivo propietario de la instalación o de acuerdo a las condiciones que se hayan fijado al otorgar el permiso o contrato de concesión respectivo. Como la concesión del requirente nada disponía en la materia, los tribunales de la instancia habían concluido que le correspondía reembolsar al Fisco por los fondos entregados en su momento para el transporte de las instalaciones. El TC declaró inadmisibile el requerimiento, porque la interpretación de la ley conforme a la Constitución estaba fuera de sus facultades, lo que hacía que la acción no estuviera razonablemente fundada, y:

«6°. Que, además, la propia requirente ha admitido que se trata de una cuestión de interpretación legal, al presentar un recurso de casación en el fondo, que constituye la gestión pendiente de autos, en el que precisamente cuestiona la aplicación preferente del mismo precepto cuya inaplicación busca sea declarada por esta Magistratura. En dicho

recurso, la requirente solicita a la Corte Suprema que declare que el precepto cuestionado no debe aplicarse en el juicio iniciado por el Fisco en su contra, sino que debe aplicársele el antiguo artículo 42 del DFL 850, de 1997, norma vigente al momento del otorgamiento de su concesión y que hacía el costo de los traslados de instalaciones de cargo del “interesado”.

La pretensión procesal hecha valer en ese recurso de casación es incompatible con la acción de inaplicabilidad presentada con posterioridad. Al pedir primero la casación, la propia actora consideró que el asunto se resolvía con la aplicación de otra norma legal distinta a la que impugna en estos autos y no mediante la inaplicabilidad de la misma, lo que determina que el requerimiento de autos sea, además, ***inadmisible por cuanto el precepto legal impugnado no tendrá aplicación decisiva en la resolución del asunto, conforme al N° 5° del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.***» (STC, Primera Sala, rol N° 2248, 25.07.12)

Aunque pudiera parecer que se hila demasiado fino, cabe acotar que la noción de relevancia va asociada a la aplicación de un precepto “que pueda ser decisivo en la resolución del asunto” (artículo 81 LOTC). En la causa rol N° 2248, que venimos comentando, la discusión de las partes y la fundamentación de los tribunales en las sucesivas instancias se había centrado en si el asunto debía resolverse de acuerdo al artículo 41 del DFL N° 850 según su redacción anterior a la entrada en vigencia de la ley N° 19.474 o en su redacción posterior contenida en el nuevo artículo 42 de aquel cuerpo legal: si era la posterior, la defensa de la demandada era infundada; si era la anterior, nada le debía al Estado. Como se puede ver, la aplicación o inaplicación del nuevo artículo 42 del DFL N° 850 era cualquier cosa menos irrelevante o no decisiva para la resolución del asunto, ya que su presencia producía el efecto que la acción de la concesionaria de devolver los fondos recibidos fuera obligatoria y, ante su ausencia, existían suficientes argumentos para afirmar que la concesionaria no tenía la obligación de mover sus instalaciones en beneficio de una obra pública y podía esperar el reembolso de los costos que ello significara. Sería más exacto señalar, en este caso, que era la INA, y no el precepto legal, la que no era decisiva, en el sentido que era redundante respecto a la casación en el fondo, ya que ambas tenían por fin la inaplicación del mismo precepto, sólo que por diversa causa.

El problema se sitúa, entonces, ya no en el plano de las características de la norma o de sus efectos decisivos en el juicio principal, sino en la voluntad del TC de impedir la duplicación de potestades jurisdiccionales que producen el mismo efecto y el intento por configurar la INA como el recurso de *ultima ratio* que tienen las partes –y el juez– para evitar ser afectados por –o no producir– efectos contrarios a la Constitución en virtud de la sujeción a la legalidad²⁶⁹. En este orden de ideas, este tipo de

²⁶⁹ “**DÉCIMO.**– Que, para resolver el problema descrito, es preciso recordar que el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es la acción que el ordenamiento supremo franquea para evitar que la aplicación de uno o

requerimientos debieran rechazarse exclusivamente por no encontrarse plausiblemente fundados (artículo 84 N° 6, LOTC), ya que soslayan este elemento estructural del sistema de justicia constitucional que establece la INA como última escapatoria de la jurisdicción ordinaria cuando el respeto al principio de legalidad por la jurisdicción conlleva efectos contrarios a la Constitución²⁷⁰⁻²⁷¹.

De la manera antedicha se resolvió un requerimiento en que se pedía la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un artículo de un acuerdo internacional en materia aduanera (artículo 22 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994). El artículo había sido entendido por los tribunales de la instancia como una cláusula de suspensión de la aplicación del acuerdo en su totalidad mientras no se dictara la normativa interna adecuadora, mientras que el requirente, tal como lo presentó en su recurso de casación en el fondo, entendía que la disposición precitada sólo se refería a los criterios utilizados para determinar el valor aduanero de los productos, vale decir, una materia diversa al límite arancelario máximo y, por ende, el tratado era autoejecutable desde su aprobación y promulgación en Chile. Como corolario de su pretensión, la autoejecutabilidad del tratado permitiría al requirente, en definitiva, invocar el tope máximo que el acuerdo establecía para los impuestos y gravámenes aduaneros referidos a la

más preceptos legales, invocados en una gestión judicial pendiente, produzca efectos, formal o sustantivamente, contrarios al Código Político.” (STC, rol N° 1390, 08.04.10)

²⁷⁰ Aunque también asocia esta situación a la relevancia de la norma, el voto de prevención del Ministro Sr. Navarro sí identifica correctamente el problema de la relación entre casación en el fondo y la INA como un asunto de competencia jurisdiccional: “**SEXTO:** Que el efecto de la acción de inaplicabilidad es que, de acogerse, el juez de la instancia se encuentra en la imposibilidad de aplicar la disposición en cuestión en su decisión. Así, en el caso de autos, el tribunal de casación no podría considerar en su sentencia lo establecido precisamente en los artículos 1° de la Ley N° 18.046 y 2064 del Código Civil, preceptos legales que a todas luces admiten, por lo demás, una interpretación ajustada a la Constitución Política de la República. En otras palabras, no resulta lógico ni compatible con el sistema de control constitucional vigente en la Carta Fundamental que, por una parte, se solicite al tribunal de casación la correcta y adecuada interpretación de una norma legal y, por la otra, su posterior inaplicabilidad al Tribunal Constitucional; **SÉPTIMO:** Que, por último, no corresponde que a través de la acción de inaplicabilidad se plantee un conflicto eventual entre disposiciones legales, como tampoco que se aclare el sentido que tienen determinados preceptos legales, lo que es propio del juez de la instancia, como lo ha señalado reiteradamente esta Magistratura (Entre otros, en Roles N°s 552/2006, 706/2007 y 824/2007).” (STC 1390, 08.04.10)

²⁷¹ En igual sentido se ha expresado el TC español: “Por esta razón somos de la opinión que es posible interpretar el artículo 37.1 LOTC (“Recibidas en el Tribunal Constitucional las actuaciones, el procedimiento se sustanciará por los trámites del apartado 2 de este artículo. No obstante, podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada. Esta decisión será motivada”) en el sentido que al referirse a las condiciones procesales lo está haciendo respecto de aquéllas establecidas en la propia ley; sin embargo, un caso de notoria falta de fundamento, presupuesto también previsto en el mismo artículo 37.1 LOTC, pudiera ser el establecido en el artículo 5.3 LOPJ (“Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional”) con los matices que ya hemos expuesto. Y así lo ha venido haciendo el TC, creemos que correctamente, inclusive desde su sentencia 14/81 en donde ya había considerado la inadmisión de la cuestión cuando no se agotara la interpretación conforme, aunque no inadmitió por razones de notoria falta de fundamento. Esto último ha sido una práctica posterior que hemos visto que el TC se ha resistido a efectuar, pero que a últimas fechas ha realizado (AATC 296/92 y 131/94)” CORZO (1998) p. 375.

importación de la azúcar de caña blanca refinada , con el fin de pedir al Fisco la devolución de lo pagado tributariamente en exceso al momento de importar dichos productos. En este escenario, la aplicación del precitado artículo 22, en el sentido que lo interpretaban los tribunales de la instancia, era decisiva para la pretensión del requirente en inaplicabilidad y recurrente en casación, ya que convertía toda la regulación del tratado que asumía que lo amparaba en una obligación programática del Estado de Chile en orden a modificar su legislación. El TC entendió, correctamente en nuestra opinión, que la inaplicabilidad no estaba razonablemente fundada, porque lo discutido era la interpretación de una fuente infraconstitucional de la que se podía concluir una de dos cosas sobre el texto interpretado: que era irrelevante para la pretensión del demandante o que le quitaba aplicabilidad a todo el marco normativo que la sustentaba; pero tomar cualquiera de estos dos caminos era una decisión que estaba dentro de la esfera de competencia del tribunal ordinario. El TC lo plantea en los siguientes términos:

*“12°. Que, por consiguiente, al no haber sido solicitada la inaplicabilidad de un precepto legal, sino más bien la inaplicabilidad de una determinada interpretación de aquél que no se aviene a las pretensiones del recurrente y que, por lo demás, éste ha impugnado en sede de casación, esta Magistratura se pronunciará por la inadmisibilidad del requerimiento de autos y así se declarará; 13°. Que, en efecto, cabe precisar al respecto que el propio requirente ha admitido tácitamente que la cuestión envuelta en la gestión sub lite es una de interpretación legal, al presentar un recurso de casación en el fondo contra la sentencia del juez de la instancia, por cuanto el objetivo de dicho recurso es precisamente obtener una aplicación judicial correcta del cuestionado artículo 22 del Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994; 14°. Que, por último, tal como lo ha señalado esta Magistratura: «Tal pretensión procesal resulta del todo incompatible con la acción de inaplicabilidad deducida con posterioridad, cuyo fin natural es excluir de la aplicación judicial el precepto legal que se cuestiona y no el de fijar su correcto sentido y alcance, que, como se ha dicho, es materia propia de la jurisdicción común y de la casación en el fondo, en particular. **Al pedir primero la casación, el propio requirente consideró que el asunto de su interés se resolvía con una interpretación legal correcta y no mediante la inaplicabilidad del precepto respectivo»** (Rol N° 1.454)” (STC, Primera Sala, N° 1832, 17.11.10) (énfasis nuestro)*

Sin perjuicio de lo ya señalado, cabe aún hacer una distinción dependiendo de si el recurso de casación en el fondo alega como normas infringidas sólo preceptos legales (como sucedió en el caso de la concesionaria de servicios de telecomunicaciones) o invoca disposiciones constitucionales (como lo hizo la importadora en el último caso expuesto).

El uso del recurso de casación en el fondo “como medio para denunciar la infracción de la Constitución”²⁷² ha sido materia de debate entre autores nacionales²⁷³. En nuestra opinión, la interposición de una INA por el mismo recurrente de casación en el fondo constituiría una contradicción sistemática en la jurisdicción constitucional chilena, y por tal motivo el TC estima que falta de fundamento razonable una INA que así lo pretende, porque recurrir de casación en el fondo por infracción de la Constitución debido a que el tribunal de la instancia aplicó un precepto legal basándose en una interpretación disconforme con la Carta Fundamental, existiendo una interpretación conforme –que, para coincidir con el fin de la INA, era necesariamente restrictiva²⁷⁴–, es pedirle a la Corte Suprema que no aplique la interpretación disconforme; mientras que, pedir al TC que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del mismo precepto es, en la línea de razonamiento del TC que estamos reconstruyendo, pedirle a este tribunal que le ordene a la Corte Suprema inaplicar –i. e., que dicte una sentencia estimatoria de inaplicabilidad– la interpretación disconforme (porque es la única que produce resultados inconstitucionales en su aplicación a la controversia de esos autos), resolviendo de antemano el objeto del recurso de casación en el fondo, lo que sería una invasión de potestades del TC en contra de la Corte Suprema.

Desde el punto de vista de la justicia constitucional, se ha estimado que, en un sistema de jurisdicción constitucional concentrado, «si los jueces deben interpretar las leyes en armonía con la Constitución –explica FERRERES–, mientras que sólo el tribunal constitucional puede declarar su invalidez, es entonces necesario distinguir entre aquellas lecturas de las leyes que cuentan como posibles “interpretaciones”, por un lado, y aquellas otras que no se pueden considerar ya “interpretaciones”, sino “correcciones” o “modificaciones” de las leyes, por el otro. Obviamente, si la división de trabajo que subyace al modelo centralizado debe ser respetada, los jueces ordinarios no pueden hacer decir a la ley lo que nadie razonablemente podría entender que dice, pues eso sería equivalente a inaplicar la ley en su versión original y reemplazarla por otra.”²⁷⁵ A fin de cuentas, el sistema concentrado de jurisdicción constitucional es una imposición artificial al ejercicio de la potestad judicial ordinaria²⁷⁶ que tiene como

²⁷² Hacemos referencia al título de un artículo de ROMERO SEGUEL (2005) en que se comenta una sentencia previa a la entrada en vigor de la actual INA.

²⁷³ La postura favorable liderada por FERNÁNDEZ (2005) y la opuesta, por ZÚÑIGA (2005).

²⁷⁴ “Se denomina restrictiva –escribe GUASTINI– a la interpretación que, precisamente, restringe, circunscribe, el significado *prima facie* de una disposición, de forma que excluye de su campo de aplicación algunos supuestos de hecho que, según la interpretación literal, se incluirían en él.” GUASTINI (1999) p. 223 y 224.

²⁷⁵ FERRERES (2011) p. 172.

²⁷⁶ “Un sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, el cual se basa en el principio de la supremacía de la Constitución, no puede, por lo tanto, desarrollarse como consecuencia de la labor pretoriana de los jueces en sus decisiones judiciales, como sucedió en el caso del sistema difuso de control de la constitucionalidad, por ejemplo, en los Estados Unidos y en Argentina. Al contrario, debe ser expresamente establecido en la Constitución. Por tanto, las funciones de justicia constitucional relativas a ciertos actos del Estado, reservadas a la Corte Suprema o a un Tribunal Constitucional especial, requieren texto expreso.” BREWER CARÍAS (1994) p. 14

uno de los principales efectos restarle a esta última la posibilidad de liberarse a sí misma de las cadenas de la sujeción última al legislador. Pero si las cadenas han de significar algo, en cuanto tales, la facultad de interpretar las leyes conforme a la Constitución que posee el juez ordinario no puede llegar hasta el punto de excluir de su ámbito de aplicación ciertos casos por el hecho que la Carta Fundamental se vería, de otra manera, infringida. En otras palabras, la cadena llega tan lejos como la facultad interpretativa del juez²⁷⁷.

Para ver un caso claro en que se observa qué pasa cuando un tribunal de casación reinterpreta un precepto para que se acomode a la Constitución y, en definitiva, termina inaplicándolo por los efectos inconstitucionales que produce en la controversia concreta, podemos revisar lo resuelto por la Corte Suprema en la causa rol n° 2490–2007.

El recurrente de casación en el fondo argumentaba que el inciso primero del artículo 6° de la ley N° 4287, que establece prenda bancaria sobre valores mobiliarios²⁷⁸, había sido derogado tácitamente por la Constitución de 1980 o la exclusión que contiene su parte final “*se refiere solo al aspecto de la norma que habla de la enajenación, entendiéndose que no se designará perito, no se realizará tasación, ni el remate mismo, y no (excluye) al derecho a oponerse legítimamente a la enajenación*”; ya que esta última interpretación era la única manera de salvar la constitucionalidad de un procedimiento con semejante ausencia de la garantía de bilateralidad de la audiencia.

El voto de mayoría deja claro que la Corte Suprema entiende que los tribunales de la instancia actuaron erraron en derecho al seguir los mandatos claros de la ley y desatender principios constitucionales:

“SEXTO: Que, ahora bien, como la gestión que contempla el artículo 6° de la Ley 4.287 no admite ni posibilita resolver esta controversia puesto que la notificación de que trata aparece que sólo tiene por finalidad avisar al deudor que se va a proceder a vender la

²⁷⁷ Para ver un caso claro en que se observa qué pasa cuando un tribunal de casación reinterpreta un precepto para que se acomode a la Constitución y, en definitiva, termina inaplicándolo por los efectos inconstitucionales que produce en la controversia concreta, véase: Corte Suprema, causa rol n° 2490–2007.

El recurrente de casación en el fondo argumentaba que el inciso primero del artículo 6° de la ley N° 4287, que establece prenda bancaria sobre valores mobiliarios, (“Artículo 6°. *Vencida alguna de las obligaciones garantizadas con prenda de los valores a que se refieren los artículos anteriores, podrá la empresa bancaria, después de una simple notificación judicial al deudor y transcurridos siete días, desde la fecha de dicha notificación, proceder a la enajenación de la prenda sin más intervención de la justicia ordinaria que la expresada y sin sujeción a los trámites establecidos por el Código de Procedimiento Civil y por el decreto–ley número 776, de 19 de Diciembre de 1925, ni a las reglas del artículo 2397 del Código Civil*”) había sido derogado tácitamente por la Constitución de 1980 o la exclusión que contiene su parte final “*se refiere solo al aspecto de la norma que habla de la enajenación, entendiéndose que no se designará perito, no se realizará tasación, ni el remate mismo, y no (excluye) al derecho a oponerse legítimamente a la enajenación*”; única manera, esta última, de salvar su constitucionalidad.

²⁷⁸ “Artículo 6°. *Vencida alguna de las obligaciones garantizadas con prenda de los valores a que se refieren los artículos anteriores, podrá la empresa bancaria, después de una simple notificación judicial al deudor y transcurridos siete días, desde la fecha de dicha notificación, proceder a la enajenación de la prenda sin más intervención de la justicia ordinaria que la expresada y sin sujeción a los trámites establecidos por el Código de Procedimiento Civil y por el decreto–ley número 776, de 19 de Diciembre de 1925, ni a las reglas del artículo 2397 del Código Civil*”

prenda, y no constituye por ende un requerimiento ni autoriza para oponer excepciones, ni menos aportar probanzas etc. conforme al principio de bilateralidad, resulta de manifiesto que tal situación no guarda correspondencia con la garantía constitucional prevista en el artículo 19 N° 3, inciso 5° de la Constitución Política de la República, en cuanto garantiza siempre un juzgamiento dentro de un procedimiento racional y justo, principios que no se contemplan en la normativa examinada de la Ley 4.287, de lo que se sigue que los jueces recurridos, al negar lugar a la oposición del pretendido deudor prendario no sólo desatendieron esos principios de superior jerarquía, sino que infringieron ese mandato constitucional, (...)”

Por el contrario, el voto de prevención del Ministro Sr. Juica, apunta a que la solución buscada por el recurrente, a partir de la reforma constitucional del año 2005, debe encontrarse a través de la INA:

“Tiene además en consideración el disidente que la materia no constituye una gestión no contenciosa que permita transformarla en contenciosa, ya que con las limitaciones procesales que se expresan en el considerando Sexto del fallo precedente, dicho procedimiento de ejecución sumarísimo es por naturaleza contencioso²⁷⁹, aun cuando se excluye la oposición a esta ejecución del deudor prendario, cuestión que en todo caso, con la reforma del recurso de inaplicabilidad, no corresponde declarar a este tribunal, según lo dispone el N° 6 del artículo 93 de la Constitución Política de la República.”

Distinta es la situación si el recurrente de casación en el fondo estima que se han vulnerado sólo preceptos legales al dictarse la sentencia. Como sea que se haya pronunciado la sentencia de la instancia, es necesariamente cierto que resolvió la controversia aplicando una disposición legal que el recurrente de casación en el fondo estima que debe ser reinterpretada de modo que se aplique una diversa o se entienda que ordena algo diferente a lo que entendió el tribunal de la instancia. La “contradicción performativa”²⁸⁰ en que incurriría en este caso el recurrente es afirmar en la casación en el fondo que el precepto legal correctamente interpretado por el tribunal de la instancia no se le aplica, mientras que en la INA afirma que es decisivo; o en la casación asevera que el precepto legal ordena algo distinto a lo resuelto erróneamente por el tribunal de la instancia y que sí se encuentra acorde con sus intereses, mientras que en la INA asegura que el precepto produce efectos inconstitucionales que lo

²⁷⁹ El preveniente, al afirmar la naturaleza contenciosa del procedimiento, excluye la posibilidad de justificar la intervención a través del artículo 823 del Código de Procedimiento Civil (Art. 823. Si a la solicitud presentada se hace oposición por legítimo contradictor, se hará contencioso el negocio y se sujetará a los trámites del juicio que corresponda) que sólo se refiere a los actos judiciales no contenciosos.

²⁸⁰ “En una contradicción performativa incurre quien al realizar un acto de habla presupone, pretende o da por sentado [voraussetz, beanspruch oder impliziert] algo que contradice el contenido de ese acto de habla” (ALEXY, R., “Diskurstheorie und Menschenrechte”, en R. Alexy, Rect., Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt M.: Suhrkamp, 1995, pp. 135–136; citado por GARCÍA AMADO (2012) p. 63)

perjudican. La única manera de entender de manera no contradictoria la actitud del recurrente/requirente es considerar que la INA va dirigida contra la interpretación y no contra el precepto mismo, pero esto reenvía al problema de si el TC puede controlar interpretaciones legales o si se puede controlar una norma y sus efectos sin interpretarla²⁸¹.

La cuestión sobre qué interpretación del texto legal es la que deben pronunciarse los Tribunales Constitucionales (la propia, la de las partes requirentes, la del tribunal ordinario proponente, la de la jurisprudencia asentada, etc.) excede los márgenes de este trabajo y, además, es una dificultad que cruza a todas las formas de control represivo y no sólo al control concreto o al incidental. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que jurisdicciones constitucionales de otros países han tenido que lidiar con los mismos cuestionamientos.

La respuesta más conocida a qué versión de la ley controlan las jurisdicciones constitucionales la ha formulado la Corte Constitucional italiana, que “ha elaborado la doctrina del *Diritto vivente*, en virtud de la cual el Tribunal debe fiscalizar la ley bajo el presupuesto de que ésta significa lo que el Tribunal Supremo ha dicho lo que significa a lo largo de su jurisprudencia, siempre que esa jurisprudencia sea clara y estable.”²⁸² Enunciada por primera vez en el año 1981 por la Corte Constitucional y configurada como principio a partir de su estudio por Gustavo ZAGREBELSKY, la doctrina del derecho viviente tiene por fin “la correcta identificación del presupuesto interpretativo del juicio de constitucionalidad, o sea, de la norma contenida en la disposición sometida a control”²⁸³ y se fundan tanto en la necesidad de ejercer un control efectivamente incidental en relación a la realidad jurisprudencial de la justicia ordinaria, como en la deferencia de la jurisdicción constitucional hacia ésta en el sentido de no crear significados nuevos de los textos legales cuando existe uno asentado²⁸⁴.

En Francia, se ha seguido un camino similar al italiano, ya que, pese a que la Corte de Casación se había negado a transmitir una cuestión prioritaria de constitucionalidad al Consejo Constitucional porque “la cuestión interpuesta tiende, en realidad, no a impugnar la constitucionalidad de las disposiciones que se señalan, sino la interpretación que les ha dado la Corte de Casación”²⁸⁵, a los pocos meses el mismo Consejo sentaba el principio inverso de que “al plantear una QPC, todo justiciable tiene el derecho de impugnar la constitucionalidad del alcance efectivo que una interpretación jurisprudencial constante confiere a cierta disposición.”²⁸⁶ La manera en que ROUSSEAU explica cómo este control de la interpretación constante no supone una intromisión del Consejo en las potestades de la Corte es sugerente: “Incluso si la decisión del Consejo Constitucional contradice la posición adoptada por la

²⁸¹ Para una visión comprehensiva de ambos problemas, *vid.* CORREA (2011) p. 18 y siguientes. Una perspectiva general del vínculo entre interpretación y aplicación en GRAU (2007).

²⁸² FERRERES (2011) p. 173, nota al pie N° 3.

²⁸³ FIGUEROA (2011) p. 118, nota al pie N° 322.

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ Corte de Casación, 19 de mayo de 2010, N° 09–82582, *M. Yvan Colona*. Citado por ROUSSEAU (2011) p. 99.

²⁸⁶ Consejo Constitucional, QPC N° 2010–39, 6 de octubre de 2010. Citado por *Ibid.*

Corte de Casación, aquella no pone a los jueces constitucionales y judiciales (*judiciaires*) en competencia. El Consejo, en efecto, no substituye con su apreciación la de la Corte; desde el momento que es constante, los jueces constitucionales adoptarán la interpretación de los jueces ordinarios para la interpretación «auténtica», aquella que produce concretamente los efectos de derecho. Una disposición legislativa, por lo tanto, no poseerá dos interpretaciones concurrentes, aquella del juez ordinario y aquella del juez constitucional; no existirá más que una, aquella del juez ordinario. Sin embargo, esta interpretación no será «soberana» ya que el Consejo podrá someterla a su control; concretamente, examinará la constitucionalidad de la interpretación de la ley efectuada por el juez.”²⁸⁷

Esta técnica de interpretación del objeto de control no es desconocida para TC chileno. Aunque no fue para descartar la relevancia del precepto, sino su aplicabilidad a la causa sublite, en el procedimiento rol N° 1853, el TC declaró admisible una INA contra los efectos de la aplicación de un pasaje del artículo 7° transitorio del Código de Minería basándose en la interpretación constante de la Corte Suprema. El aludido precepto señala:

“Artículo 7° transitorio.– Las pertenencias constituidas sobre nitratos y sales análogas que se encuentren vigentes, subsistirán como tales y, para todos los efectos legales, se regirán por las disposiciones de este Código en lo que ellas le sean aplicables, pero la obligación establecida en el artículo 142, sólo será exigible, a su respecto, desde el 1° de marzo de 1989.” (la parte impugnada, en negrita)

El requirente (SOQUIMICH) había perdido un juicio en primera instancia como demandado de nulidad de pertenencias mineras por superponerse las suyas a un estacamento salitral de la demandante constituido con anterioridad a la entrada en vigor del Código de Minería. La intención de la requirente, que era apelante en la gestión principal, era que, mediante la INA, se le aplicara a la demandante la integridad del Código de Minería y, en especial, el artículo 6° transitorio del mismo, que dispone la extinción de las concesiones, por el solo ministerio de la ley, al no darse cumplimiento por la demandante a las cargas establecidas en el mismo dentro de un corto plazo posterior a la entrada en vigencia de dicho Código. El TC resolvió mirando el “derecho viviente”:

«12°. Que, por último, no está demás tener presente que el problema de la interpretación de los artículos 6° y 7° transitorios del Código de Minería, en cuanto a su aplicación a los estacamentos salitrales constituidos con anterioridad a la Constitución Política de 1980 y al Código de Minería de 1983, en tanto conflicto de legalidad, ya ha sido ampliamente debatido y resuelto en sede de casación en el fondo por la Corte Suprema, tribunal que – entre otras cuestiones– ha concluido que “de la lectura de los artículos 6° y 7° transitorios del Código de Minería se colige, con meridiana claridad, como lo ha sostenido

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 100.

reiteradamente esta Corte Suprema, que la primera de las disposiciones indicadas no es aplicable a los estacamentos salitrales como los de esta causa (...), en el artículo 7º transitorio establece una norma especial aplicable únicamente, dentro de las pertenencias constituidas con anterioridad al Código que nos rige, a las que lo son sobre nitratos y sales análogas (...). La norma antes transcrita persigue entonces sustraer a este tipo de pertenencias de la sanción prevista en el inciso final del artículo transitorio anterior”; y que “tratándose las pertenencias mineras del actor de estacamentos salitrales, aparece con meridiana claridad que a éstas no les resulta aplicable lo establecido en el artículo 6º transitorio del Código de Minería –disposición que establece la obligación de incorporar al Registro Nacional de Concesiones Mineras, determinando en U.T.M. los vértices de su cara superior, a las concesiones constituidas de acuerdo a las normas legales anteriores a la vigencia del Código de 1983– sino lo dispuesto en el artículo 7º transitorio ya indicado, que se refiere expresamente a ellas;” (sentencia Corte Suprema de 28 de enero de 2009, “COSAYACH con SOQUIMICH”, considerandos sexto y séptimo. En idénticos términos, sentencia de 31 de julio de 2007, “Compañía Salitre y Yodo Soledad con SOQUIMICH”). (En similar sentido se pueden consultar las sentencias de la Corte Suprema, de 18 de abril de 2000, “COSAYACH con SOQUIMICH”; de 19 de junio de 2002, “COSAYACH con SOQUIMICH”; de 11 de junio de 2002, “COSAYACH con SOQUIMICH”; de 30 de abril de 2007, “COSAYACH con SOQUIMICH”, y de 24 de septiembre de 2010, “SOQUIMICH con SERNAGEOMIN”).» (STC, Primera Sala, rol N° 1853, 24.03.11)

En este caso, el TC usa el “derecho viviente” para descartar que la norma sea atingente a la causa principal, aunque termina desechando el requerimiento por falta de fundamento plausible en atención a que se pedía la inaplicabilidad de la interpretación de un precepto.

§44.2. ARBITRAJE DE EQUIDAD E INA

Cierta doctrina ha planteado su oposición a la posibilidad de requerir la inaplicabilidad de un determinado precepto legal cuando el juicio principal se está llevando ante un arbitrador²⁸⁸.

El Código de Procedimiento Civil contiene normas que dejan clara la diferencia sustancial que, desde el punto de vista constitucional, separa al arbitrador de cualquier otro tribunal: no tiene que basar su decisión en ninguna norma legal ni infralegal. Así lo atestiguan los siguientes artículos:

Art. 636. El arbitrador no está obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso.

²⁸⁸ Vid. MATURANA MIQUEL (2010) y ROMERO SEGUEL y MARTÍNEZ ESTAY (2007).

Art. 637. El arbitrador oirá a los interesados; recibirá y agregará al proceso los instrumentos que le presenten; practicará las diligencias que estime necesarias para el conocimiento de los hechos, y dará su fallo en el sentido que la prudencia y la equidad le dicten.

Art. 640. La sentencia del arbitrador contendrá:

4°. Las razones de prudencia o de equidad que sirven de fundamento a la sentencia;

La postura contraria a la procedencia de la INA ante un arbitrador centra su argumentación en que estos tribunales no serían ordinarios ni especiales en el sentido que se señala en el artículo 93 N° 6° de la Carta Fundamental, mientras que la doctrina favorable apunta a la sujeción de todas las personas y órganos a la Constitución²⁸⁹. Aunque no pareciera, en la historia de la discusión parlamentaria de la ley N° 20.050, que el Constituyente derivado hubiera querido excluir este tipo de jurisdicción cuando redactó el artículo 93 N° 6°, ni se ven razones extraíbles de su posición orgánica frente a otros tribunales, como para excluir una INA interpuesta durante un procedimiento seguido ante arbitrador, tampoco basta la subordinación de toda persona, institución o grupo a la Carta Fundamental para sostener que es procedente un requerimiento de inaplicabilidad. En efecto, que toda la producción normativa y jurisdiccional esté sometida a la Constitución no significa que lo sea de la misma manera y en todos los casos.

La justicia constitucional concentrada le resta competencia a los tribunales que resuelven controversias concretas para entregárselas a un tribunal especial, el TC; en un modelo de justicia constitucional difusa, la resolución en Derecho del caso concreto implica la revisión de que las normas legales que se apliquen sean válidas y no produzcan efectos inconstitucionales. Pero, cuando este último aspecto de la función jurisdiccional es entregado a un tribunal distinto a aquel que resuelve el caso concreto y –a mayor abundamiento– que no es jerárquicamente superior, sino que se encuentra situado en un orden distinto, resulta necesario coordinar la competencia de ambos órganos de modo que no suceda que cada uno considere que es competente para lo mismo. Si los tribunales ordinarios y especiales están sujetos al imperio de la ley y de la Constitución, pueden encontrarse, en algunas ocasiones, enfrentados al dilema de que consideren que esta última les ordena juzgar en un sentido, mientras que aquel, en otro opuesto. La Carta Fundamental prohíbe al tribunal ordinario o especial solucionar el dilema y aplicar directamente la Constitución ¿Quiere decir esto que este tribunal no está sometido al Código Político y debe aplicar, en el caso particular, leyes inválidas? Evidentemente, no. El dilema es entregado al TC mediante la INA. Pero ¿si el tribunal no está sometido al imperio de la ley? ¿Qué función cumpliría la INA en un juicio llevado por ese tribunal? Si el arbitrador está vinculado por la Constitución, como afirmamos que lo está, y se encuentra con una ley que regula la controversia, pero que produciría un

²⁸⁹ *Vid.*, en la postura favorable, a GONZÁLEZ GONZÁLEZ (2013).

efecto inconstitucional de aplicarla (porque la norma es en sí misma inválida o por las particularidades del caso), simplemente no debiera aplicarla, ya que la ley no se lo exige y la Carta Fundamental, le prohíbe juzgar de tal manera. Si un arbitrador, que no está obligado a aplicar la ley, planteara la cuestión de constitucionalidad al TC, simplemente estaría negándose a ejercer su potestad jurisdiccional en un ámbito de su competencia.

Por otro lado, si el TC resolviera afirmativamente una INA interpuesta por una de las partes de un juicio llevado por un arbitrador, que no tiene la obligación de fundar su fallo en preceptos legales, entonces estaría estableciendo que la norma declarada inaplicable era decisiva en la gestión pendiente. Sin embargo, que un precepto sea decisivo significa, según el TC, que su incidencia en el conflicto consiste en que su aplicación o inaplicación implica la estimación o rechazo de la pretensión de una de las partes (STC N° 1312, 28.01.10); entonces, dictada la sentencia estimatoria de la INA ¿podría el arbitrador rechazar, de todas maneras, la pretensión del requirente vencedor aplicando las razones de equidad que su prudencia le indique en vez del precepto que se le ordenó inaplicar? Responder afirmativamente sería lo mismo que negar aquello en lo que concordamos: que los arbitradores sí están vinculados por la Constitución. En efecto, si el TC estima que el resultado de la aplicación de un precepto legal en una causa específica es un efecto inconstitucional, permitirle al tribunal de esa causa producir el mismo efecto en razón de la equidad, sería lo mismo que decir que la jurisdicción de equidad no está vinculada a la Constitución.

El intento más reciente de fundamentar la postura favorable al control concentrado de aplicabilidad de preceptos legales en la jurisdicción de equidad, y que resume de mejor manera el estado de la discusión, es un artículo de Lionel GONZÁLEZ en el cual se concluye que:

“Quienes se inclinan por la inadmisibilidad del recurso de inaplicabilidad contra las decisiones de los árbitros arbitradores olvidan que éstos se encuentran sometidos en el desempeño de sus funciones a normas decisoriae y ordenatoriae litis de orden público, de cuya aplicación bien podría resultar un efecto contrario a la Constitución que justifique la interposición de una acción de inaplicabilidad, conclusión que resulta igualmente válida para la inmensa mayoría de casos en que el leal saber y entender del árbitro lo lleva a la aplicación voluntaria de un precepto legal de orden privado con idénticos efectos contrarios a la Carta Fundamental.”²⁹⁰

GONZÁLEZ se pone en dos hipótesis completamente distintas. La primera, presupone alcanzar la misma conclusión que el autor desarrolla y es que hay una serie de preceptos contenidos en los artículos 637 a 643 el Código de Procedimiento Civil que serían el contenido mínimo indisponible del arbitraje de equidad y los establecidos en el Código Orgánico de Tribunales relativos a las implicancias y

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 569

recusaciones. Bajo este supuesto, la aplicación de dichos preceptos –obligatoria para el arbitrador– podría producir efectos inconstitucionales que sólo se evitarían mediante la INA. Sin embargo, el argumento parece contradictorio, ya que, si dichas normas fueran el status constitucional mínimo del debido proceso dentro del arbitraje de equidad, su inaplicación privaría a una de las partes, al menos, de esta garantía esencial; bajo esta perspectiva, ninguna norma legal de las obligatorias para el arbitrador sería pasible de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. La segunda hipótesis –la adopción libérrima por el arbitrador de un precepto legal para resolver la controversia–, además de no tomar en cuenta que la INA tiene por razón de ser la solución del dilema judicial de sujeción a la ley y a la Constitución, incurre en el error de considerar que la fundamentación de la sentencia del árbitro cambia la naturaleza del arbitraje: la sentencia dictada por un arbitrador, aunque se base íntegramente en preceptos legales para resolver la contienda, no es pasible del recurso de casación en el fondo, ni del de apelación, si las partes no decidieron conservar este último. De igual manera, así como el arbitrador no incurre en error de derecho al interpretar una norma legal como se lo ordena la prudencia y no como la entiende la Corte Suprema, la norma que cita no pasa a ser decisiva para la resolución del asunto por mencionarla, ya que ella es elegida en razón de la equidad, que es el único parámetro decisivo para el arbitrador. Esto no quiere decir que el fallo mismo no pueda producir efectos inconstitucionales. Si el fallo aplica una norma que produce efectos inconstitucionales, la sentencia misma produce esos efectos y podrá ser enmendada de manera conforme a la Constitución a través de otros medios procesales a través de los cuales se ejerce el control de constitucionalidad de la actuación de los arbitradores: el recurso de protección o el recurso de queja.

Pese a estas reflexiones y al interés que en su momento el TC mostrara por el tema de la INA en que la gestión principal fuera un arbitraje de equidad²⁹¹, lo cierto es que el TC ha resuelto favorablemente múltiples requerimientos de inaplicabilidad en que el tribunal de la gestión principal ha sido el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud de la Superintendencia de Salud, que se encontraba actuando en calidad de arbitrador respecto a las “controversias que surjan entre las instituciones de salud previsional o el Fondo Nacional de Salud y sus cotizantes o beneficiarios, siempre

²⁹¹ “Que, a propósito de estas dos cuestiones, las partes han controvertido una serie de puntos de enorme interés, como lo son no sólo si procede la inaplicabilidad de un precepto legal en sede de árbitros arbitradores o si éstos deben ser considerados tribunales, sino también si la sede arbitral que resolvió sus controversias debe ser considerada como de arbitradores, en condiciones que se trata de un arbitraje forzado por la ley; debatieron, también, por ejemplo, si los jueces árbitros resolvieron en equidad aplicar las tarifas establecidas en el artículo 3º transitorio o si directamente dieron aplicación a ese precepto, por estimarlo de orden público. Estas y otras controversias, siendo de enorme interés jurídico, no serán resueltas en este fallo, ya que, como se establecerá en los considerandos que siguen, no resultan pertinentes para decidir las excepciones planteadas y no corresponde a esta Magistratura establecer el sentido y alcance de las normas jurídicas, sino cuando ellas resultan necesarias para resolver las controversias que se le plantean.” (STC 505, 06.03.07)

que queden dentro de la esfera de supervigilancia y control que le compete a la Superintendencia”²⁹², sin hacer mención a la controversia referida, sea que la parte requirente haya o no levantado el punto.

§46. CONCLUSIONES.

En definitiva, estimamos que la problemática que produce la convivencia del arbitraje de equidad con la INA es parecida a la que surge con ocasión del recurso de casación en el fondo: ambas se resuelven atendiendo a las consecuencias del carácter de cuestión prejudicial de la INA. El TC es un tribunal especializado y “en sentido técnico-jurídico, ‘especialización’ denota una reserva de competencia o de función”²⁹³; por lo tanto, “(d)iremos pues que un cierto órgano (o conjunto de órganos) está especializado en el ejercicio de una determinada función cuando esa función le está completamente reservada”²⁹⁴, entendiéndose que “el ejercicio de una determinada función está reservado a un determinado órgano si, y sólo si, está prohibido para cualquier otro órgano”²⁹⁵. Por su parte, el fenómeno de la prejudicialidad “constituye una garantía esencial del propio Estado de Derecho, pues sólo unos órganos jurisdiccionales especializados podrán cabalmente afrontar y enjuiciar las diversas materias que forman el ordenamiento jurídico”²⁹⁶; es decir, las cuestiones prejudiciales se encuentran fundadas en la diversa especialidad de los órdenes jurisdiccionales, de modo que la competencia del tribunal del juicio principal y la del que conoce la cuestión son mutuamente excluyentes.

Siguiendo el mismo orden de ideas, debemos considerar que el control incidental que se ejerce mediante la INA es, además, una cuestión prejudicial en el sentido que se trata de un asunto accesorio relevante para resolver la controversia principal y que, por su naturaleza, la Carta Fundamental encarga su solución a un tribunal especializado. En virtud de dicha especialización, el tipo de cuestiones sometidas al TC conforman un espacio de competencia excluyente y, por ende, si el tribunal ordinario o especial puede, por su cuenta y en ejercicio de su propia competencia, evitar el efecto inconstitucional que derivaría de la aplicación del precepto legal, entonces no le corresponde al TC decidir aquello que cae dentro de las potestades del tribunal ordinario juzgar, y viceversa. Por esta causa, no corresponde que la Corte Suprema, en sede de casación y por infracción de normas constitucionales, restrinja el

²⁹² Así lo expresa el inciso primero del artículo 117 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469: “Artículo 117.- La Superintendencia, a través del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, quien actuará en calidad de árbitro arbitrador, resolverá las controversias que surjan entre las instituciones de salud previsional o el Fondo Nacional de Salud y sus cotizantes o beneficiarios, siempre que queden dentro de la esfera de supervigilancia y control que le compete a la Superintendencia, y sin perjuicio de que el afiliado pueda optar por recurrir a la instancia a la que se refiere el artículo 120 o a la justicia ordinaria. El Intendente no tendrá derecho a remuneración por el desempeño de esta función y las partes podrán actuar por sí o por mandatario.”

²⁹³ GUASTINI (1999) p. 236.

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ ARAGONÉS (2010) p. 136.

alcance de un precepto legal más allá del sentido propio de la ley, ni que el TC controle la constitucionalidad de las interpretaciones que los tribunales realizan de las normas legales o la actividad de los arbitradores. Sin embargo, esto último no quita que el TC deba realizar la tarea que la Carta Fundamental y la LOTC le encargan sólo a él: revisar que la INA sea una verdadera cuestión prejudicial, vale decir, que lo discutido sea relevante para el juicio principal. En el ejercicio de esta función, el TC necesariamente tiene que darle un sentido –i.e., interpretar– el precepto legal que se le pide inaplicar, y para ello puede perfectamente acudir al “derecho viviente”, como lo hizo en la causa rol N° 1896, y concluir, a partir de aquel, que el precepto no es aplicable interna o externamente a la controversia, o no es decisivo para resolverla.

LA RELACIÓN ENTRE CONCRECIÓN DEL EXAMEN Y DERROTABILIDAD DE LA NORMA

CONTROL CONCRETO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CHILENO

§47. LA PARTICULARIDAD DEL CONTROL CONCRETO CHILENO.

Hasta ahora, hemos hecho referencia a la INA como control incidental y prejudicial de constitucionalidad. Incidental, porque se dirige a revisar una norma aplicable al juicio principal; y

prejudicial, ya que se revisa un precepto relevante para la decisión del juicio por un tribunal distinto a aquel que lo conoce.

Sin embargo, estas características no agotan el sentido en que la INA es un “control concreto” de constitucionalidad. El mismo TC lo ha reconocido cuando señala que: “No sólo la inaplicabilidad se refiere a una gestión judicial pendiente, esto es, a un caso concreto que conoce la judicatura, sino que su verificación se produce después de examinar los resultados que tendrá la aplicación del precepto cuestionado.” (STC 1710, 06.08.10). Ya hemos explicado como en Francia y, especialmente, en España, tanto la doctrina como los tribunales han especificado que el control de constitucionalidad llevado a cabo por sus tribunales constitucionales, e iniciado por la existencia de un juicio ordinario, sólo tiene de concreto el hecho que la ley es aplicable al caso y relevante (“decisiva”, en la nomenclatura nacional), pero no toma en cuenta circunstancias específicas de la controversia que se discute para enjuiciar la constitucionalidad de la norma. En parte, esto resulta natural si se toma en cuenta que el control incidental que los tribunales constitucionales ejercen en Francia, España, Italia, Alemania y otros países termina en una sentencia que tiene efectos *erga omnes*, lo que, de alguna manera, obliga a que el juez constitucional se desprenda de las particularidades del caso que sirvió de mera ocasión para gatillar el control. Por estos motivos es que resulta inoficioso mirar la experiencia de esos países europeos para comprender qué entendemos, en último término, por control concreto ejercido mediante la INA²⁹⁷.

Parece más apropiada la aproximación de MARSHALL, que centra el eje entre control concreto/abstracto en el modelo norteamericano de control constitucional y no en el europeo:

“La distinción es perfectamente ilustrada por los modelos de examen de constitucionalidad utilizados por la Corte Suprema de Estados Unidos. Dicha corte ha distinguido entre el control as applied y el control on its face. El primero es un juicio de constitucionalidad que surge en un caso concreto y que tiene efectos sólo para ese caso, pero más importante, es un juicio que examina la constitucionalidad de la ley en relación con su aplicación al caso. De manera diferente, el control on its face, realiza un juicio de constitucionalidad de la ley en abstracto, la declara inconstitucional, no en lo referido al caso concreto, sino para todos los demás casos en los que dicha norma sea aplicable: es totalmente inconstitucional.”²⁹⁸

Como explicamos anteriormente, no sólo la *judicial review* estadounidense (§9 a §15) contempla un control concreto que distingue un vicio de constitucionalidad que afecta a todas las posibles aplicaciones de la norma (“*on its face*”) y aquel otro vicio que sólo se manifiesta cuando se aplica el precepto a un determinado set de circunstancias dentro de su campo de aplicación (“*as applied*”), sino que también el modelo de control de constitucionalidad canadiense (§16 a §19), a través de las *constitutional exemptions*, ejerce un control concreto en que se consideran las particularidades del caso

²⁹⁷ Cfr. GÓMEZ BERNALES (2013) p. 21.

²⁹⁸ MARSHALL BARBERÁN (2005) p. 809.

como condición determinante para apreciar la inconstitucionalidad de la aplicación de la norma legal a él. Siguiendo la opinión de RUIZ MIGUEL, que tantas veces hemos citado, la *judicial review* de las normas “*as applied*” o en base a *constitutional exemptions* comparten con la INA, las siguientes variables que el autor considera mínimas en un modelo comparatista: “el carácter incidental (...) del procedimiento, el tipo de argumentación (del tribunal: concreta) y los efectos de la decisión.”²⁹⁹

Pero no se puede dejar pasar una propiedad esencial del modelo estadounidense y del canadiense que los aleja del control constitucional chileno: en nuestro país, el enjuiciamiento de las leyes –y de los efectos de su aplicación– está concentrado en un tribunal distinto a aquel que conoce la causa principal. Por esta diferencia, la INA es un modelo sumamente original en el contexto internacional y, por ende, el análisis de sus diferentes aspectos no puede realizarse sólo desde el modelo americano o sólo desde el europeo.

Nuestra postura, adelantamos desde ya, no se dirige a explicar este último e importante aspecto de la INA a partir de los modelos ya señalados, debido a que consideramos que el análisis del fenómeno que ha sido denominado por una doctrina como “lagunas axiológicas” y “derrotabilidad” de las normas, da cuenta de manera mucho más clara de lo que el TC ha descrito como la oposición entre la Constitución y los efectos de la aplicación de un precepto legal.

Para realizar esta labor, requerimos –primero– recoger algunas de las cosas que ha dicho el TC sobre el control concreto que ejerce mediante la INA (§47 a §49), en cuanto toma en cuenta las particularidades del caso que constituye la gestión principal para determinar los efectos inconstitucionales de la aplicación de leyes y su relación con el examen abstracto de constitucionalidad de validez legal, para luego explicar cómo un determinado grupo de autores describe el fenómeno de la derrotabilidad (§50 a §54), como forma de razonamiento judicial y como consecuencia del Estado constitucional de Derecho, para, finalmente, comparar este fenómeno con el control concreto que surge de la INA y sacar las conclusiones correspondientes (§55).

§48. EJEMPLOS DE EFECTOS INCONSTITUCIONALES DE LA APLICACIÓN DE LEYES SEGÚN EL TC.

Como observamos más arriba, el diputado Juan Bustos entregó una de las pocas caracterizaciones, quizás la única, de la INA como forma de control concreto distinguible de la acción de inconstitucionalidad distinta a la contemplada en el artículo 93 N° 7 de la Carta Fundamental:

“En este caso, cualquiera de las partes puede pedir al Tribunal Constitucional que resuelva la inaplicabilidad de un precepto legal, en la medida en que sus efectos sean inconstitucionales.”

²⁹⁹ RUIZ MIGUEL (2000) p. 153.

*Hasta ahora, el recurso de inaplicabilidad es muy confuso en la Corte Suprema, porque aparece, al mismo tiempo, como entre partes y abstracto. En virtud de esta reforma, se **separa claramente el aspecto particular del abstracto.***

*De acuerdo con el N° 6, el Tribunal Constitucional resuelve la inaplicabilidad de un precepto cuando **es inconstitucional en el aspecto particular**, y con el N° 7 resuelve dicha inaplicabilidad cuando el precepto legal es abstractamente inconstitucional.”³⁰⁰ (énfasis nuestro).*

Las palabras del Honorable Diputado Juan Bustos referentes a la diferencia entre lo particular y lo abstracto de la inconstitucionalidad, así como predicar el vicio de los “efectos” de los preceptos legales, y no de estos últimos, hicieron eco desde los primeros pronunciamientos del TC respecto a la naturaleza íntima de la INA³⁰¹:

- *«El precepto (art. 93 N° 6 de la Carta Fundamental) revela que la magistratura constitucional no está compelida a la mera comparación abstracta de dos normas de diverso rango, para desentrañar su incompatibilidad, sino que en el instituto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad “comparecen tres elementos de cotejo necesarios para su decisión; a saber: la norma constitucional, el precepto legal cuya inaplicación se solicita y **–lo más específicamente decisivo– el examen particular acerca de si “en ese caso, la aplicación del precepto cuestionado pudiera generar efectos opuestos a la***

³⁰⁰ Historia de la Ley N° 20.050. Modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica, Biblioteca del Congreso Nacional (2005), p. 2475 (disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/592/1/HL20050.pdf>; última visita: 05-08-13).

³⁰¹ La cualidad seminal de los dos pronunciamiento que se citan a continuación en el cuerpo del texto es resaltado por el voto de prevención de los Ministros Sres. Mario Fernández Baeza, Marcelo Venegas Palacios y Enrique Navarro Beltrán, en causa rol N° 1061, en que señalaron que:

«(...) previenen que concurren a la sentencia pero disienten de la nueva tesis que ésta sostiene en su considerando TERCERO, según la cual “... la Carta Fundamental habilita a declarar la inaplicabilidad no en caso que el precepto sea contrario a la Carta Fundamental, sino en el evento de que su aplicación en la gestión pendiente resulte contraria a ella.”

***Adhieren los previnientes, en cambio, a la doctrina tradicional del Tribunal, inaugurada en sentencia Rol 478 y desarrollada por primera vez en la sentencia pronunciada en el proceso Rol 546**, según la cual, tratándose de la acción de inaplicabilidad, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto y no necesariamente en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional, por lo cual, cuando se declare inaplicable determinado precepto legal, ello no significa que siempre éste sea per se inconstitucional, sino que, únicamente, en el caso concreto dentro del cual se formula el requerimiento, dicha norma legal impugnada no podrá aplicarse por resultar, si así se hiciere, contrario a la Constitución.» (STC 1061, 28.08.08) (énfasis añadido)*

finalidad implícita de aquella...” Por eso, “puede advertirse que hay preceptos legales que pueden estar en perfecta consonancia con la carta fundamental y, no obstante ello, ser inaplicables a un caso particular, precisamente **porque en la particularidad de ese caso, la aplicación de una norma legal objetada es contraria a los efectos previstos por la norma constitucional**” (Lautaro Ríos Álvarez, “Revista del Centro de Estudios Constitucionales”, N° 1, páginas 77 y 78);» (STC 478, 08.08.06).

- «De la simple comparación del texto de la norma citada con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental, que entregaba esta facultad a la Corte Suprema, se desprende que, como lo señalara recientemente en una conferencia el Ministro de este Tribunal, Juan Colombo Campbell, que concurre al rechazo de este requerimiento, mientras antes se trataba de una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto **lo que podrá ser declarado inconstitucional es la aplicación del precepto legal impugnado, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad**, marcando una clara diferencia con el texto constitucional anterior.

En el mismo sentido, actualmente, el examen de constitucionalidad de los preceptos impugnados continúa siendo igualmente indispensable para iluminar su aplicación al caso concreto, pero ha cambiado la oportunidad en que su confrontación con éste produce las consecuencias jurisdiccionales. Antes de 2005, la Corte Suprema apreciaba la conformidad constitucional de un precepto legal al confrontarlo con el caso concreto. Según el nuevo texto, por su parte, **el Tribunal Constitucional lo hará (apreciar la conformidad constitucional) después de confrontarlo con él.**» (STC 546, 17.11.06).

De los pasajes citados se desprende claramente que el TC califica de “abstracto” el control ejercido por la Corte Suprema hasta la reforma del año 2005, sin incurrir en el mismo error de otros países en que se confunde el control incidental con el control concreto. Por el contrario, la distinción entre control concreto y abstracto que utiliza el TC pasa más por si se consideran o no circunstancias fácticas de la controversia contenida en el juicio principal a la hora de argumentar el juicio de constitucionalidad y no por el hecho que se efectúe un control por vía principal o incidental. Por atacar al corazón de lo que el TC dice ejercer como control concreto, son serias las alegaciones de algunos autores en orden a que “más allá de las repetidas definiciones estándares acerca de qué es el control abstracto y qué es el control concreto, asociadas a las diferencias entre la vieja inaplicabilidad residenciada en la Corte Suprema y actual (sic) acción de inaplicabilidad obra de la reforma constitucional de 2005, subsiste como more hermenéutico, «argumentación genérica» y resultado de éste, un tipo de argumentación

relativo al juicio de legitimidad constitucional de la norma impugnada en sede de inaplicabilidad que no permite diferenciar el control abstracto del control concreto”³⁰².

Aunque pudiera sustentarse una postura relativa a habitual de lo abstracto del razonamiento del TC en sede de INA, más nos interesa que revisemos los pasajes de sentencias en que el TC sí da en la diana del control concreto, ya sea en la decisión de mayoría, su prevención o la disidencia³⁰³. Para ello, tomaremos algunas sentencias en que los argumentos específicos, más allá de las declaraciones genéricas sobre el carácter de la INA, fue o pasó por las particularidades de la controversia.

§47.1. LA INAPLICABILIDAD DEL DL 2.695, DE 1979.

La sentencia rol nº 707 del TC ha sido utilizada como caso paradigmático por alguna doctrina de lo que debiera entenderse por razonamiento en el control concreto propio de la INA³⁰⁴, sin embargo, el mismo TC se apartó posteriormente de esta doctrina de manera expresa (STC 1298, 03.03.10)³⁰⁵. Pese a que ya

³⁰² ZÚÑIGA (2010b) p. 177. Cfr. ALDUNATE (2009) p. 23.

³⁰³ Como señalara CÁMARA: “No cabe una sola interpretación de las normas acorde con la Constitución, ni una única interpretación de las normas constitucionales, ni existen sólo y para siempre unos determinados cánones interpretativos; la existencia de tales votos discrepantes es su más inmediata y palpable evidencia, así como la demostración de que varias interpretaciones pueden concurrir con pretensión de ser igual y jurídicamente válidas, y aún competir ante la opinión doctrinal y común, sobre todo de cara al futuro. (...) Si la doctrina científica es susceptible de provocar en el Tribunal un importantísimo efecto de *feed-back*, una respuesta metodológica que consolide o corrija jurisprudencia o los propios criterios metodológicos utilizados, cabe decir que a este respecto los votos particulares están incluso más estratégicamente situados. Porque ofrecen al futuro un legado judicial enriquecido con descripciones e hipótesis interpretativas diferentes y en competencia por su adecuación, y, trabajando sobre este legado, los jueces podrán realizar un análisis más sofisticado y detallado cuando la ocasión así lo demande.” CÁMARA (1993) p. 17 (citas omitidas) Recuérdese, sólo a manera de ejemplo, cómo la postura del TC respecto a la INA contra los efectos de la aplicación de preceptos legales derogados pasó de solitario voto de minoría a doctrina unánime del tribunal (§36).

³⁰⁴ Vid. NÚÑEZ POBLETE (2008).

³⁰⁵ Aunque este último dictamen del TC no fue ajeno a las particularidades del caso concreto, ya que se tomó en cuenta el tiempo de posesión que llevaba el beneficiario del DL 2.695 para reforzar la constitucionalidad de la aplicación de los artículos 15 y 16 del decreto ley en el caso concreto, lo que, a *contrario sensu*, deja el espacio abierto para acoger una INA cuando el beneficiario es un poseedor reciente:

“SEXAGESIMOSEXTO. Que sin perjuicio de todo lo anterior, cabe considerar que en el presente caso la demandada tiene un título inscrito un año antes de las demandantes (13/06/1994 v/s 08/06/1995). Y que la acción reivindicatoria se presentó casi 8 años después de que se produjo la inscripción (13/06/1994 v/s 15/04/2002), notificándose recién dicha acción el 19/11/2004;

SEXAGESIMOSÉPTIMO. Que, como se observa, la demandada ha poseído más de 15 años, si se suman los años necesarios para que la administración le concediera el título, lo que se demoró la tramitación de ese título y todo el tiempo transcurrido desde la inscripción hasta que se interpuso la acción reivindicatoria en su contra;

SEXAGESIMOCTAVO. Que en el juicio que constituye la gestión pendiente la demandada no hizo valer la excepción de prescripción en la oportunidad debida, pues estuvo en rebeldía, por lo que el tribunal la rechazó cuando se la alegó, considerando “que acogerla significaría una transgresión a las disposiciones relativas a los plazos y oportunidades para evacuar los diversos trámites de la litis” (resolución de 30/09/2005);

SEXAGESIMONOVENO. Que ello no elimina el considerable tiempo transcurrido entre la inscripción del título de la demandada y la notificación de la demanda, lo que altera la situación que debe ser

no sea una doctrina dominante en el TC, servirá para introducir nuestros ejemplos jurisprudenciales sobre la configuración del vicio de constitucionalidad que la INA trata de resolver.

El centro de la argumentación del TC se encuentra en los siguientes pasajes:

“DECIMOSEGUNDO.– Que, sin embargo, en el caso de que conoce actualmente la Corte Suprema y que ha llevado a su Primera Sala a plantear la cuestión de inaplicabilidad respecto a los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695, de 1979, se trata de un asunto que, más que ser un saneamiento del dominio de una pequeña propiedad rústica, que es la razón que justifica la existencia de un procedimiento especial para adquirir la calidad de poseedor regular y de un brevísimo plazo para adquirir por prescripción el dominio de un inmueble, es una disputa sobre el dominio de bienes raíces agrarios en cuyo desarrollo la demandante y demandada reconvenzional, que es una sociedad forestal, y la demandada y demandante reconvenzional, que es una persona natural, han esgrimido en las dos instancias por que ha atravesado el proceso antes de llegar por la vía de la casación en el fondo a la Corte Suprema, pruebas y argumentos diversos, entre las cuales están dos series de inscripciones de títulos paralelas, para fundamentar sus pretensiones; DECIMOTERCERO.– Que aunque en abstracto, como se ha dicho, el procedimiento de saneamiento del dominio de la pequeña propiedad rural y urbana regulado en los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695, de 1979, aparece como un modo especial de adquirir el dominio legalmente establecido y que tiene una causa justificada que hace razonable su especialidad frente a las normas generales sobre posesión y dominio de los bienes raíces del Código Civil, sin que pueda estimarse que entrañe una privación inconstitucional de la propiedad, en su aplicación concreta al caso de que conoce actualmente la Primera Sala de la Corte Suprema resulta contrario a la Constitución, pues significaría resolver un conflicto sobre posesión y dominio de bienes raíces rurales de acuerdo con normas legales –los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695, de 1979– diversas a las disposiciones generales contenidas en el Código Civil, sin que, a juicio de este Tribunal, concurran en la especie los motivos que justifican la aplicación de aquellas normas especiales, las cuales, en caso de ser utilizadas, constituirían una diferencia arbitraria y podrían dar origen a una privación inconstitucional de la propiedad;”

*protegida por el derecho. Ya no se trata de aplicar las reglas del Decreto Ley N° 2.695 en favor de una persona que recién acaba de obtener un título. Se aplica respecto de una persona que ha poseído durante largo tiempo. **La consolidación de las situaciones, la seguridad jurídica, la estabilidad, no pueden ser desoídas al momento de analizar la constitucionalidad de la aplicación de los preceptos reprochados de inconstitucionalidad;**” (STC 1298, 03.03.10) (énfasis nuestro)*

Los artículos 15 y 16 del decreto ley precitado³⁰⁶ dicen relación con los efectos de la inscripción en el competente Registro del Conservador de Bienes Raíces, que, una vez practicada, otorga al interesado cuya solicitud de regularización hubiere sido acogida por el Ministerio de Bienes Nacionales, la calidad de poseedor regular del inmueble para todos los efectos legales, fijándose el breve plazo de un año para adquirir el dominio por prescripción, lapso en que también prescribirán las acciones emanadas de los derechos reales de dominio, usufructo, uso o habitación, servidumbres activas y el de hipoteca, entendiéndose también canceladas, por el solo ministerio de la ley, las anteriores inscripciones de dominio y de los demás derechos reales antes mencionados, así como las de los gravámenes y prohibiciones que afectaban al predio respectivo. El mismo decreto ley no impone ningún requisito específico al beneficiario de este procedimiento más allá de ser el poseedor de un inmueble de un valor inferior al que se señala en el mismo por un lapso de cinco años, sin juicio pendiente en que se discuta posesión o dominio del bien raíz. Podríamos decir que ese era su ámbito de aplicación. Sin embargo, el TC observó que no concurrían “en la especie los motivos que justifican la aplicación de aquellas normas especiales” del DL 2.695, en relación a las normas generales del Código Civil sobre posesión y dominio ¿Por qué no se daban estos motivos? Básicamente, el TC arguyó que la parte del juicio que había adquirido la propiedad en virtud del DL 2.695 era una empresa forestal (de las más importantes del país, podemos añadir), que demandaba a una persona natural que habría adquirido el dominio mediante prescripción extraordinaria, lo que no se encuadraba dentro del fin que animó al legislador a crear el sistema específico del DL 2.695, que era, según los considerandos de la misma ley, solucionar “problemas de índole socioeconómico de crecimiento progresivo, al impedir que gran número de ellas (pequeñas propiedades) se incorpore efectivamente al proceso productivo nacional” de modo que el poseedor material de los predios pudiera adquirir la propiedad y así ser tomado en cuenta en “la

³⁰⁶ Los artículos mencionados en el cuerpo del texto señalan lo siguiente:

“Artículo 15. *La resolución del Servicio que acoja la solicitud se considerará como justo título. Una vez practicada su inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, el interesado adquirirá la calidad de poseedor regular del inmueble para todos los efectos legales, aunque existieren a favor de otras personas inscripciones que no hubieran sido materialmente canceladas.*

Transcurrido un año completo de posesión inscrita no interrumpida, contado desde la fecha de la inscripción, el interesado se hará dueño del inmueble por prescripción, la que no se suspenderá en caso alguno.

La resolución indicada en el inciso primero y la sentencia a que se refiere el artículo 25 de esta ley se subinscribirán al margen de la respectiva inscripción de dominio a la que afecte el saneamiento, si se tuviere conocimiento de ella.”

“Artículo 16. *Como consecuencia de lo dispuesto en el artículo precedente, expirado el plazo de un año a que esa disposición se refiere, prescribirán las acciones emanadas de los derechos reales de dominio, usufructo, uso o habitación, servidumbres activas y el de hipoteca relativos al inmueble inscrito de acuerdo con la presente ley.*

Las anteriores inscripciones de dominio sobre el inmueble, así como la de los otros derechos reales mencionados, las de los gravámenes y prohibiciones que lo afectaban, una vez transcurrido el citado plazo de un año, se entenderán canceladas por el solo ministerio de la ley, sin que por ello recobren su vigencia las inscripciones que antecedían a las que se cancelan.

Con todo, si las hipotecas y gravámenes hubiesen sido constituidas por el mismo solicitante o por alguno de los antecesores cuya posesión legal o material se hubiera agregado a la suya, dichas hipotecas y gravámenes continuarán vigentes sobre el inmueble. Subsistirán, igualmente, los embargos y prohibiciones decretados en contra del solicitante o de alguno de sus antecesores; pero ello no será obstáculo para practicar las inscripciones que correspondan.”

elaboración de planes de desarrollo y de asistencia técnica o crediticia, así como a cualquier reordenamiento destinado a atacar e impedir el minifundio.” Seguramente, la empresa beneficiaria de este procedimiento especial para adquirir el dominio, no requería la “asistencia técnica y crediticia” que trataba de promover el mencionado cuerpo legal.

El ámbito de aplicación personal de los artículos 15 y 16 del DL 2.695 tiene como aspecto central el destinatario de la resolución del Ministerio de Bienes Nacionales. El destinatario de esta resolución, resumiendo los requisitos que dicho cuerpo legal establece, es:

- a) Un poseedor material y pacífico de un inmueble,
- b) de un valor inferior a 800 o 300 unidades tributarias, dependiendo si es rural o urbano, respectivamente,
- c) por un lapso de cinco años.

Al declarar inaplicable los artículos 15 y 16 del DL 2.695 porque, si amparaban el dominio reclamado por una empresa forestal, “constituirían una diferencia arbitraria y podrían dar origen a una privación inconstitucional de la propiedad”, el TC reformula constitucionalmente el ámbito de aplicación personal de estos preceptos agregando otro requisito que lo restringe:

- d) que no sea una empresa forestal que posee contra la posesión inscrita de una persona natural.

En definitiva, el tribunal del juicio principal en que se entabló la INA, la Corte Suprema en sede de casación en el fondo, desestimó el argumento de la empresa forestal en orden a que los tribunales de la instancia habían cometido un vicio de derecho al darle un equivocado alcance a los artículos 15 y 16. Las razones de la Corte Suprema dan un claro ejemplo de que la sentencia estimatoria de la INA reformula, por motivos constitucionales, el ámbito de aplicación legal del precitado decreto ley al excluir a la empresa de los beneficiarios de este cuerpo legal:

“QUINTO: Que la inaplicabilidad declarada impide considerar en este juicio como justo título la resolución de la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales de Concepción, corriente a fs. 1, que acogió la solicitud de regularización de Forestal Mininco S.A. sobre el inmueble en litigio y dispuso su inscripción en el competente Registro a nombre de esa parte, situación que le impide ser reputada como poseedora regular y hacerse dueña del predio correspondiente por prescripción, transcurrido un año completo desde la inscripción, cuyo es el alcance del artículo 15 del Decreto Ley en cuestión.

Del mismo modo, no cabe asumir como prescritas las acciones emanadas del derecho real de dominio que asiste al colitigante del actor, por el transcurso del plazo de un año, antes referido, ni pueden tenerse por canceladas, expirado ese lapso, las anteriores inscripciones de dominio sobre el inmueble, a la sazón vigentes a favor de la demandada de autos, efectos

estos últimos reconocidos en el artículo 16 del Decreto Ley que interesa, el que también es inaplicable.

Corolario de lo anterior es que tampoco podría aceptarse la transgresión de los preceptos legales aludidos este segundo grupo de normas, cuyo presupuesto se hace consistir precisamente en su falta de aplicación.” (SCS, rol N° 1275–05, 14.12.07)

§47.2. UN PROFESOR DE EDUCACIÓN FÍSICA CONTRATADO TEMPORALMENTE.

El Comando de Educación y Doctrina del Ejército de Chile contrató a un profesor civil de educación física para que impartiera clases entre los meses de octubre y diciembre de 2009, a contrata. La resolución que lo designaba en el cargo fue otorgada el 3 de noviembre de 2009, pero la Contraloría General de la República se negó, con posterioridad a la prestación efectiva de los servicios (19 de enero de 2010) a tomar razón de este acto administrativo porque el profesor había sido condenado a 41 días de presidio en el año 2006, como autor del delito de manejo en estado de ebriedad, y se le había remitido condicionalmente la pena.

Vale la pena recordar que la remisión condicional de la pena otorgada a quien no ha sido condenado previamente, autoriza para que el Servicio de Registro Civil e Identificación omita en sus certificados de antecedentes penales la existencia de aquella condena, excepto en aquellos certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, de Orden, Gendarmería de Chile y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal. El profesor de educación física recurrió contra el Contralor General de la República por la negativa a tomar razón de su resolución de nombramiento y, pendiente la causa ante la Corte de Apelaciones de Santiago, requirió la inaplicabilidad del inciso final del antiguo artículo 29 de la ley N° 18.216, que establecía la excepción de omisión de antecedentes ya referida³⁰⁷.

La mayoría del TC sostuvo la constitucionalidad de los efectos de la aplicación del artículo 29 de la ley N° 18.216:

³⁰⁷ La omisión del inciso final del artículo 29 de la ley N° 18.216, en su texto anterior a la entrada en vigencia de la ley N° 20.603, implicaría que la omisión del antecedente penal en el certificado de antecedentes no tendría excepciones:

“Artículo 29.– El otorgamiento por sentencia ejecutoriada de alguno de los beneficios previstos en esta ley a condenados que no hayan sido condenados anteriormente por crimen o simple delito, tendrá mérito suficiente para la omisión, en los certificados de antecedentes, de las anotaciones a que dio origen la sentencia condenatoria.

El cumplimiento satisfactorio de las medidas alternativas que prevé esta ley por condenados que no hayan sido condenados anteriormente por crimen o simple delito, tendrá mérito suficiente para la eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos, de tales antecedentes prontuarios.

Exceptúanse de las normas de los incisos anteriores los certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, de Orden, Gendarmería de Chile y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal.”

“SEXTO: Que el objetivo supremo confiado a las Fuerzas Armadas, expresado en el artículo 101 de la Carta Fundamental, de atender a la defensa de la patria y contribuir a la seguridad nacional, mediante el empleo de las armas, justifica establecer un régimen estatutario concordante con esa finalidad y estos medios puestos a su alcance, con características de acentuada rigurosidad en lo que hace a la selección y admisión de sus miembros.

(...)

SÉPTIMO: Que, tal como en este proceso subrayó la Contraloría General de la República, aquellas funciones castrenses tan altas y delicadas, exigen satisfacer las más estrictas exigencias de incorporación, por parte de quienes desean ingresar a las Fuerzas Armadas.

De suerte que, atentos a este significado, resulta sensato negarles el acceso a estos Cuerpos Armados a quienes han sido condenados por la comisión de un crimen o simple delito, en una época más o menos reciente, cuyo es el caso del requirente de autos;” (STC 1803, 12.05.11)

Siguiendo las palabras de la mayoría, por un lado se afirma la constitucionalidad, en abstracto, del inciso final del precepto impugnado, ya que hace una diferencia, en principio, racional al imponer mayores exigencias para el ingreso a instituciones que requieren un *plus* de probidad respecto al resto de la Administración. Por otra parte, se deja la puerta abierta para admitir que esta razonabilidad –o sensatez, como lo señala el TC– desaparezca si la condena fue en una época lejana al intento de ingresar a las mencionadas instituciones. Si así fuera, el ámbito de aplicación del inciso final del artículo 29 de la ley N° 18.216 se reduciría, ya que, por motivos constitucionales, la excepción que establece sólo estaría justificada cuando la condena consignada en el certificado de antecedentes fuera “más o menos reciente”³⁰⁸.

Sin embargo, fue el voto disidente de la ministra Peña, el ministro Viera–Gallo y el suplente de ministro Suárez, el que estimó con más detalle las circunstancias específicas del caso particular para concluir que no se produciría la afectación de las “funciones castrenses tan altas y delicadas” y, por ende, la prohibición de ingresar al cargo de profesor civil por dos meses y medio a quien se le había remitido una pena de mínima entidad no se justificaba en el caso concreto:

³⁰⁸ Si reformulásemos la excepción legal de modo que incluyera la consideración constitucional a que hace referencia el TC, el inciso final de la disposición mencionada podría leerse de la siguiente manera: “*Exceptúanse de las normas de los incisos anteriores los certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, de Orden, Gendarmería de Chile y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal, a menos que consignen condenas impuestas en un tiempo lejano.*”

“9º. Que, desde este punto de vista, la justificación de un mayor estándar para el ingreso a las Fuerzas Armadas sólo puede entenderse en el marco de las características que rodean a estas instituciones según el artículo 101, inciso final, de la Carta Fundamental.

El legislador, conforme al artículo 19, N° 7º, de la Constitución, es libre para regular el acceso a las Fuerzas Armadas. Pero esa libertad tiene límites intrínsecos. El criterio constitucionalmente exigible para la intervención legislativa es que los requisitos especiales que regule no se aparten de las prescripciones del artículo 38 de la Carta, norma que es aplicable a todos los órganos de la Administración del Estado y que obliga al legislador a asegurar la “igualdad de oportunidades de ingreso” a ella.

En ese contexto, y cumpliendo con las demás prescripciones del artículo 38 constitucional, **el legislador puede regular un estándar más exigente de acceso.** Pero al hacerlo debe tener en consideración el carácter de las funciones que les corresponden en el marco del Estado constitucional y democrático de Derecho. La Constitución declara que las Fuerzas Armadas **son esenciales para la seguridad nacional y que existen para la defensa de la patria; ambos criterios son los que constitucionalmente legitiman la intervención del legislador para establecer un estándar de acceso más exigente,** siempre que esas diferencias guarden relación con el propósito perseguido y no resulten desproporcionadas según la exigencia de igualdad ante la ley, como ocurriría en el caso sub lite si se aplicara la norma impugnada **atendida la entidad del ilícito cometido por el requirente, la circunstancia de haber cumplido con la medida de remisión condicional de la pena, el cargo al cual aspira y el período por el cual va a ser ejercido;**

(...)

11º. Que, la consideración de factores como los recién aludidos resulta insoslayable en el marco del control concreto de constitucionalidad que importa la acción de inaplicabilidad, según lo ha señalado reiteradamente esta Magistratura, entre otras, en sentencias roles N°s. 473, 478, 523 y 546.

En este contexto, el precepto legal cuestionado resulta desproporcionado en el caso concreto y de aplicarse producirá resultados inconstitucionales, considerando no sólo la naturaleza del delito y la pena que fue impuesta al requirente –delito de manejo en estado de ebriedad y pena de 41 días de presidio–, sino también la naturaleza del cargo que el requirente aspira a desempeñar en el Ejército de Chile –profesor de educación física– y el tiempo de su contrata –dos meses y medio–;” (STC 1803, 12.05.11)

En este voto de minoría, la norma aplicable al caso debiera ser reformulada para que no produzca efectos inconstitucionales considerando el tipo de ilícito, el cumplimiento de la pena, el tipo de cargo y el período que se desempeñará, ya que, si no se toman en cuenta estas circunstancias, se corre el riesgo

(concretado en la causa sometida a conocimiento del TC) de que la prohibición de ingreso a las Fuerzas Armadas a personas que cometieron delito, que se encuentra debidamente justificada en lo delicado de la función de esas instituciones, impida el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos a una persona cuyo trabajo en dichas instituciones no pondría en verdadero peligro el cumplimiento de las funciones institucionales.

§47.3. LA ORDEN DE NO INNOVAR EN EL JUICIO DE ARRENDAMIENTO.

De entre las múltiples discusiones que se han planteado ante el TC respecto a los efectos de las normas *ordenatoria litis*, una de ellas se refirió a los efectos que podía producir la prohibición dirigida a las Cortes de Apelaciones de dictar una orden de no innovar para detener la ejecución de la sentencia definitiva de primera instancia en un juicio de arrendamiento. Esta prohibición se contiene en el artículo 8º, numeral 9, de la ley N° 18.101, que fija normas especiales sobre arrendamiento de predios urbanos:

“Artículo 8º– Los juicios a que se refiere el artículo anterior se registrarán por las reglas siguientes:

(...) 9) Sólo serán apelables la sentencia definitiva de primera instancia y las resoluciones que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación.

*Todas las apelaciones se concederán en el solo efecto devolutivo; tendrán preferencia para su vista y fallo y durante su tramitación, **no se podrá conceder orden de no innovar.**”*

La gestión principal consistía en un juicio de arrendamiento de predios urbanos en que el arrendador, una sociedad inmobiliaria, pedía la restitución de un inmueble arrendado por una sociedad indumentadora y destinado al ejercicio del giro comercial de ésta. En primera instancia, el arrendatario había perdido y se le ordenó restituir el inmueble dentro de seis meses de notificada la sentencia. Considerando que dentro de ese plazo era imposible que se resolviera la apelación interpuesta y, por ende, se vería obligado a cumplir la sentencia de restitución, con perjuicio para su parte, el arrendatario interpuso la INA en contra del precepto legal precitado en la confianza que una sentencia estimatoria implicaría que el tribunal de segunda instancia, por aplicación de la normativa general, podría dictar una orden de suspensión de la ejecución de la sentencia señalada.

El TC rechazó la cuestión de inaplicabilidad basándose en la libertad de configuración que tenía el legislador para perseguir objetivos de relevancia pública que le permitían establecer regímenes procesales diferenciados:

*CUADRAGESIMOSEXTO: Que, al respecto, es preciso aclarar que, tal y como se ha señalado, si no existe respecto del legislador limitación constitucional para perseguir, a través de la regulación concreta de un contrato como el de arrendamiento, **determinados objetivos de relevancia pública para la política nacional en materia de vivienda, no existe***

tampoco impedimento para que dicha regulación especial se refleje en un procedimiento excepcional, distinto a los procedimientos comunes.

Bajo ese supuesto, el procedimiento especial contemplado se justifica precisamente en la necesidad de fijar reglas de tramitación distintas a las generalmente aplicables, que se acomoden a las finalidades u objetivos públicos que hayan sido definidos por el legislador. En efecto, puede ser que para alcanzar los logros o finalidades definidos por el legislador no sea suficiente la sola configuración de las relaciones internas de una determinada vinculación contractual, sino que la misma deba ir acompañada de una regulación procesal específica, como ocurre en este caso.

La regulación procesal indicada se encuentra también dentro del ámbito legítimo de apreciación del legislador, siempre y cuando la regulación satisfaga las exigencias del debido proceso, las que serán analizadas a continuación;” (STC 1907, 20.12.11) (énfasis añadido)

Sin embargo, el voto de minoría de la Ministra Peña y los Ministros Bertelsen y Viera–Gallo efectuó una comparación más exhaustiva entre el fin de la norma como implementación de “una política nacional en materia de vivienda” y las circunstancias del caso concreto, para así denunciar la falta de correspondencia entre aquel y estas últimas:

*«11°. Que, como se ha recordado en la sentencia, la modificación que se comenta, introducida al artículo 8°, numeral 9, de la Ley N° 18.101, tuvo su origen en una moción del senador Mario Ríos Santander, de 15 de noviembre del año 2000. En su fundamentación se lee que las normas originales de dicha ley fueron de un carácter marcadamente protector del arrendatario, mientras que ahora “han perdido vigencia con el transcurso de los años y la modernización de las relaciones contractuales en general y del mercado inmobiliario en particular, transformándose en un elemento retardador del desarrollo de esta actividad y discriminatorio para los arrendadores.” Aludiendo a las razones que justificarían el cambio, menciona que “resulta de tal manera imposible de **soportar la espera de años para recuperar la casa familiar,** mientras continúa deteriorándose y no se recibe renta alguna por ella, que los arrendadores optan por resignarse a renunciar a todos sus derechos con tal de recuperarla, lo que resulta a todas luces injusto” (...) al punto de haber visto cómo **modestos propietarios han terminado transformándose en allegados ante la imposibilidad de recuperar su casa.**” (Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 19.866, p. 6.).*

*Tan claro era que los cambios propuestos obedecían a la **necesidad de proteger a los pequeños propietarios que deseasen recuperar su casa–habitación,** que esa misma iniciativa proponía excluir de la aplicación de las normas de la ley a aquellas viviendas en que la renta fuera superior a 60 UF, lo que no fue aprobado en definitiva;*

12°. Que aquí se encuentra una primera razón para estimar que, a la luz de los antecedentes que rodean el caso concreto sometido al juzgamiento de este Tribunal, la norma de la Ley N° 18.101, modificada por la Ley N° 19.866, que impide conceder la orden de no innovar en el curso de las apelaciones que se deduzcan en los juicios de arrendamiento, no sería aplicable en la especie, pues el proceso de que se trata dice relación con un contrato de arrendamiento de un conjunto de inmuebles que serían destinados a **“estación de servicio de vehículos o cualquier otro uso comercial o industrial que fuere menester”, con una renta de arrendamiento de cuatro mil dólares mensuales, según consta en copia de dicho instrumento que rola a fojas 166 y siguientes de estos autos. En consecuencia, se trata de un arrendamiento que, por el monto de la renta, no quedó excluido de la aplicación de la ley, pero que excede el marco que el legislador tuvo en vista, pues, evidentemente, no incide en una casa-habitación que el arrendador (pensado, más bien, como una persona natural) requiera para constituir su vivienda;»** (STC 1907, 20.12.11) (énfasis añadido)

En otras palabras, la disidencia sostuvo que la formulación legal que prohibía la concesión de una orden de no innovar en las apelaciones de sentencias dictadas en juicios de arrendamiento era mucho más comprensiva que la razón que había determinado al legislador a establecer la misma prohibición, por lo que, en aquellas situaciones en que las palabras de la ley incluían el caso, pero la intención del legislador no alcanzaba a justificar la existencia del trato diferenciado, el procedimiento jurisdiccional dejaba de tener las garantías de justicia y racionalidad que impone la Carta Fundamental; el precepto legal es, en términos que veremos más adelante (§52.3), “sobreinclusivo”.

§49. LAS ABSTRACCIONES DEL TC SOBRE LA INA: EL HECHO “DIVERSO Y PECULIAR”.

En los ejemplos citados en el párrafo precedente la idea de control concreto se ve atravesada por el hecho que la inconstitucionalidad se manifiesta cuando la aplicación de una norma legal se produce al concurrir una circunstancia que no se da en todos los casos que el precepto regula: la regularización de una pequeña propiedad raíz cuando es solicitada por una empresa forestal, la prohibición de ingreso de personas condenadas penalmente a las Fuerzas Armadas cuando intenta ingresar un profesor de educación física por dos meses que manejó en estado de ebriedad o el impedimento de dictar orden de no innovar en la apelación de un juicio de arrendamiento cuando el apelante es una empresa arrendataria de un establecimiento comercial. En ninguno de estos casos, puede afirmarse que el reproche del tribunal va dirigido directamente al precepto legal en sí, o a su texto, ya que el disvalor se asocia directamente con la presencia de una circunstancia adicional que no estaba contemplada ni descrita en la ley, pero que parece relevante (desde una perspectiva que ya calificaremos en §54) para resolver la INA.

Esta aproximación a la INA mediante el resalte de aquella circunstancia exógena a la norma que se pide inaplicar, pero presente en el caso concreto, ha sido rara vez descrita teóricamente por el TC. Por este

motivo, explicaciones como las que realiza el tribunal en la sentencia –unánime– de las causas roles N^{os} 537 y 538 resultan preciadas:

“DECIMO SEPTIMO: Que, en principio, un precepto legal que se ajusta a la Constitución puede, no obstante, en su aplicación a una situación determinada, resultar contrario a los fines previstos por ella. Es posible que la norma jurídica, estimada en su generalidad, no se contradiga con la carta fundamental, pero que una circunstancia diversa y peculiar del caso provoque, al aplicársele el precepto legal, un resultado inconstitucional. DECIMO OCTAVO: Que, en el caso sublite, no se identifica la circunstancia distinta, especial o excepcional, que pudiera derivar en una aplicación de la norma objetada que resulte contraria a la Constitución.” (STC Roles N^{os} 537 y 538, 30.03.07)

En la causa principal, un grupo de personas habían sido acusadas del delito de piratería que contempla el artículo 434 del Código Penal³⁰⁹ por interceptar en sus embarcaciones a naves de alta mar cuando volvían con las especies hidrobiológicas que habían capturado y, mediante amenazas del uso de la fuerza, sustraer dichas especies. Tanto el Tribunal Oral en lo Penal, como los acusados, requirieron al TC para que se pronunciara sobre la eventual inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 434, en cuanto podía vulnerar la garantía de tipicidad penal que contiene el artículo 19 N^o 3 del Código Penal. Después de un largo excurso, que el mismo TC reconoce que tiene por fin probar la validez en abstracto del precepto legal mediante un análisis de cuán determinado es el contenido de su núcleo (C^o 15^o), el tribunal concluye que, respecto de los sujetos acusados y la actividad que realizaban, la expresión “actos de piratería” se encontraba suficientemente especificada y termina realizando la declaración precitada en relación a que no concurre en el caso concreto ninguna circunstancia “diversa y peculiar” que pudiera ayudar a manifestar un efecto inconstitucional en la aplicación de la ley.

§50. LA RELACIÓN QUE HACE EL TC ENTRE INA Y EL VICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Sin embargo, el TC no se contenta con sólo ejemplificar el control concreto, sino que también, en una labor pedagógica, ha formulado declaraciones sobre la INA y su relación con la inconstitucionalidad como vicio.

Uno de los tópicos que el TC ha visitado con cierta frecuencia es el hecho que, a partir de la reforma constitucional del año 2005, el efecto inconstitucional que se produce por la aplicación de un precepto legal en un juicio concreto no se da, necesariamente, en todos los casos en que el precepto puede aplicarse:

³⁰⁹ Art. 434 del Código Penal: “Los que cometieren actos de piratería serán castigados con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a presidio perpetuo.”

“(…) el que en uno o más casos determinados se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá igual declaración.”
(STC 810, 24.01.08)³¹⁰

La idea central de lo que sostiene el TC, como veremos, consiste en que el control concreto de constitucionalidad deja intacta la vigencia de una norma, pero rechaza su aptitud constitucional para regir la solución de un determinado caso concreto. No obstante, primero tenemos que determinar qué entiende el TC por precepto legal “inconstitucional” –es decir, cómo caracteriza el vicio de inconstitucionalidad– (§49.1), para luego revisar la descripción que hace del vicio que produce la inaplicabilidad por inconstitucionalidad (§49.2).

§49.1. EL VICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD ¿DISCONFORMIDAD DE TODA APLICACIÓN O DE TODA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA LEGAL?

El TC ha confirmado explícitamente que la inconstitucionalidad, como vicio, no se encuentra definida³¹¹. En la última sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, el TC hizo una comparación entre el vicio que soluciona la INA y el que enfrenta la INC:

“Mientras en el primer caso (en el vicio que hace frente la INA) se está frente a una contradicción concreta, en atención al caso específico, entre una determinada aplicación de un precepto legal y la Constitución, en la segunda (la INC) se afronta una situación de contradicción abstracta, absoluta y palmaria entre un precepto legal –sin considerar sus aplicaciones concretas– y la Constitución;” (STC rol N° 1710, 06.08.10)

La duda se produce en el adjetivo “absoluto” ¿significa que todas las interpretaciones de la norma han de ser inconstitucionales o que todas sus aplicaciones han de serlo? ¿O ambas? Cualquiera de las respuestas a estas preguntas requiere que determinemos si la aplicación de un precepto es lo mismo que su interpretación y, si son distintos, qué significa cada uno.

En algunas sentencias que han resuelto cuestiones de inconstitucionalidad, el TC ha sostenido que el vicio de inconstitucionalidad se da cuando no existe interpretación ni aplicación del precepto que pueda estimarse conforme a la Constitución³¹²:

³¹⁰ El pasaje, en iguales o casi idénticos términos, se repite en STC 1348, 27.04.10; N° 1273, 20.04.10; N° 1314, 24.08.09; N° 1140, 14.01.09, entre otras.

³¹¹ “La inconstitucionalidad, por su parte, no se encuentra definida en la Constitución ni en la ley orgánica. Sus contornos son definidos por la atribución que el número 7° del inciso primero del artículo 93 de la Ley Fundamental entrega al Tribunal Constitucional para autorizar su declaración respecto de un precepto legal ya declarado inaplicable, así como por el inciso decimosegundo del mismo artículo, que determina el procedimiento para su tratamiento, y por el efecto derogatorio, compartido con otras declaraciones, que se le atribuye en el tercer inciso del artículo 94 de la Constitución. Esas tres reglas determinan que la inconstitucionalidad sea un control abstracto y con efecto erga omnes;” (STC 1710, 06.08.10) Conviene aclarar que la “inconstitucionalidad” no es una forma de “control”, como parece señalar el TC, sino que un vicio de las normas; la acción de inconstitucionalidad sí es una potestad de control.

- “Así, el primero (el juicio de inaplicabilidad) exige examinar si la concreta aplicación de un precepto legal a un caso determinado –que constituye la gestión pendiente– es capaz de producir en él un resultado contrario a la Constitución, mismo que la sentencia debe evitar, declarando inaplicable la norma para ese solo caso. En cambio, el juicio que ha de emitirse en una acción de inconstitucionalidad exige, por los mismos efectos generales del fallo, un análisis abstracto, siendo procedente acoger la acción sólo si se concluye que el texto legal, **en cualquier circunstancia y cualquiera sea la interpretación que de él se haga, infringe la Carta Fundamental.**” (STC 1345, 26.05.09 y STC 1710, 06.08.10) (énfasis nuestro)
- “VIGESIMOCTAVO: Que de lo expuesto se sigue que no existe una relación causal entre ambos juicios –de inaplicabilidad e inconstitucionalidad–, en términos que la inaplicación de un precepto provoque y convoque necesaria y obligatoriamente a una declaración de inconstitucionalidad. Perfectamente una disposición declarada inaplicable puede ser constitucional en abstracto y resultar aplicable en otros casos. **Sólo será inconstitucional si ninguna interpretación o posible hipótesis de aplicación de la disposición admite su sujeción a la Carta Fundamental;**” (STC 1254, 29.07.09) (énfasis nuestro)

³¹² Aparte de las sentencias citadas en el cuerpo del texto, un ejemplo paradigmático de como el TC se refiere indistintamente a aplicación e interpretación puede encontrarse en la primera sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad del tribunal (STC N^{os} 558 y 590, 05.06.07):

- **SEXTO:** Que, según esta Magistratura declarara anteriormente (sentencia Rol N^o 681–2006, considerando octavo), “tal y como lo han reconocido uniformemente la doctrina y la jurisprudencia comparadas, el respeto hacia la labor que desarrolla el legislador obliga al Tribunal Constitucional, en su función de contralor de la constitucionalidad de la ley, a buscar, **al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental y sólo en el evento de no ser ello posible, unido a la necesidad de cautelar integralmente la plena vigencia de los principios de supremacía constitucional, igualdad ante la ley y certeza jurídica, resultará procedente y necesaria la declaración de inconstitucionalidad.**”
- **DECIMOPRIMERO:** Que, desde la perspectiva de un cotejo abstracto con la Constitución, el precepto legal contenido en el inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal no aparece, en principio, vulnerando – **en todo evento y modalidad de aplicación** – el mandato del artículo 61, inciso segundo, de la Constitución.
- **VIGESIMOCTAVO:** Que de lo expuesto se sigue que no existe una relación causal entre ambos juicios –de inaplicabilidad e inconstitucionalidad–, en términos que la inaplicación de un precepto provoque y convoque necesaria y obligatoriamente a una declaración de inconstitucionalidad. Perfectamente una disposición declarada inaplicable puede ser constitucional en abstracto y resultar aplicable en otros casos. **Sólo será inconstitucional si ninguna interpretación o posible hipótesis de aplicación de la disposición admite su sujeción a la Carta Fundamental;**
- **VIGESIMONOVENO:** Que, en consecuencia, el pronunciamiento requerido a esta Magistratura en esta oportunidad deberá determinar si el precepto legal mencionado –la gratuidad del turno– pugna, **bajo toda forma de interpretación posible**, con la igualdad ante la ley y ante las cargas públicas y con la libertad de trabajo, reconocidas y aseguradas por el artículo 19, numerales 2^o, 20^o y 16^o de la Constitución;

Pero también existen otras sentencias en cuestiones de inconstitucionalidad en que se señala que sólo ha de buscarse si existe otra interpretación que sea conforme a la Carta Fundamental, sin mencionarse la aplicación³¹³:

- **OCTAVO:** *Que, tal y como lo han reconocido uniformemente la doctrina y la jurisprudencia comparadas, el respeto hacia la labor que desarrolla el legislador obliga al Tribunal Constitucional, en su función de contralor de la constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental y sólo en el evento de no ser ello posible, unido a la necesidad de cautelar integralmente la plena vigencia de los principios de supremacía constitucional, igualdad ante la ley y certeza jurídica, resultará procedente y necesaria la declaración de inconstitucionalidad. (STC 681, 26.03.07)*
- **CUARTO:** *Que, en consecuencia, el pronunciamiento requerido a esta Magistratura en esta oportunidad deberá determinar, en primer término, si el precepto legal mencionado pugna, bajo toda forma de interpretación posible, con la igualdad en el ejercicio de los derechos y con la prohibición de que el legislador afecte la esencia del derecho, tal y como ambos derechos han sido reconocidos y asegurados por el artículo 19, numerales 3º y 26º de la Constitución. (STC 1173, voto por acoger el requerimiento de Ministros José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Mario Fernández Baeza, Jorge Correa Sutil, Marcelo Venegas Palacios y Ministra Marisol Peña Torres, 16.04.09)*
- **«TRIGÉSIMO:** *Que la primera dimensión de la vinculación señalada entrega una base de certeza respecto a los antecedentes que obran en poder de la Magistratura para acometer una decisión de la envergadura de expulsar el precepto del ordenamiento jurídico. Como se ha señalado por la doctrina desde esta Magistratura: “Cierto es que la declaración de inconstitucionalidad supone que, previamente, el precepto legal impugnado haya sido declarado inaplicable por el mismo Tribunal, pero debe considerarse, al mismo tiempo, que la inconstitucionalidad sólo procederá si, desde ninguna perspectiva o interpretación, es posible conciliar el aludido precepto con la Carta Fundamental. De aquí se deduce que las declaraciones previas de inaplicabilidad*

³¹³ En el plano doctrinal, GÓMEZ vincula la inconstitucionalidad con ausencia de interpretaciones conformes con la Constitución: “La distinción entre inaplicar un precepto legal para un caso y declararlo inconstitucional, expulsándolo del ordenamiento, tiene justificación en la prudencia y el respeto a la ley democrática, ya que la nueva jurisdicción exige que al menos se constate una aplicación inconstitucional concreta del precepto –y por lo común varias– **antes de revisar si no tiene escapatoria, es decir, si todas las posibilidades interpretativas del enunciado normativo infringen la Carta.**” GÓMEZ BERNALES (2013) p. 19.

no importan una inconstitucionalidad automática” (*Marisol Peña Torres: Cuatro Estudios de Justicia Constitucional, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 36, p. 37*);» (STC 1710, 06.08.10).

Valga partir distinguiendo la actividad de interpretación de normas y la de su aplicación desde el punto de vista del uso general del lenguaje que realizan los operadores jurídicos: “Aplicación e interpretación son cosas evidentemente diferentes. Mientras que el verbo «interpretar» concuerda con cualquier sujeto (ya que cualquiera puede desempeñar la actividad interpretativa), el verbo «aplicar» concuerda solo con aquellos sujetos que designan –precisamente– órganos llamados de aplicación: principalmente jueces y funcionarios administrativos”³¹⁴. Detrás de las palabras de GUASTINI se encuentra la idea que la “aplicación” de normas jurídicas consiste en la enunciación autoritativa de una norma particular (la atribución de una solución deóntica a un caso particular) o, como el mismo autor señala: “hablando de forma general, toda decisión jurisdiccional consiste en la producción de una prescripción individual. Y una prescripción individual no puede ser deducida más que de una regla general. Así, juzgar consiste en deducir una prescripción individual a partir de una regla general preexistente. Es precisamente a esto a lo que se suele llamar «aplicación» de una regla general a un caso concreto.”³¹⁵

Por tal motivo, la acción de interpretar el derecho es previa a aplicarlo, como explica MARTÍNEZ: “... a la hora de determinar lo justo para el caso concreto mediante la aplicación de la ley, el juez no sólo la aplica, sino que, como parte del proceso mismo de aplicación, la debe interpretar. Porque «cuando un juez aplica un precepto legal a un caso concreto, previamente lo ha de interpretar. No puede haber aplicación sin interpretación.” [HORMAZÁBAL MALARÉE (2006) p. 36] Y como la inaplicabilidad implica un juicio de constitucionalidad sobre la aplicación del precepto legal al caso concreto, ello conlleva necesariamente a un enjuiciamiento de la interpretación de la norma.”³¹⁶

Pero la aplicación no sólo es previa, sino que, además, es dependiente de la interpretación, como señalara el Ministro Correa en una disidencia³¹⁷. En efecto, una de las principales clasificaciones de la

³¹⁴ GUASTINI (2014) p. 249, nota al pie N° 2. En el mismo sentido, PRIETO: “En el lenguaje de los juristas suelen asociarse los vocablos *interpretación* y *aplicación* del Derecho, hasta el punto de que en ocasiones quieren parecer sinónimas. La asociación es legítima siempre que no lleguen a identificarse: la interpretación es un presupuesto necesario de cualquier actividad aplicativa, pero cabe también una interpretación sin aplicación.” PRIETO SANCHÍS (2008) p. 229. Para una mirada de la diferencia entre la interpretación y la aplicación en el derecho constitucional alemán, véanse las referencias en KUHLEN (2012) p. 30.

³¹⁵ GUASTINI (1999) p. 243. En el mismo sentido, GRAU señala que, en la acción de inconstitucionalidad directa o principal, el tribunal sólo interpreta el derecho, mientras que en el control difuso de constitucionalidad, además, lo aplica: “El Supremo Tribunal Federal (STF), en la acción directa de inconstitucionalidad, declara la inconstitucionalidad del *texto*, de algún artículo de la ley o de alguna medida provisional. Él solamente *interpreta*, es decir, no *aplica* el derecho. El juez que realiza el control difuso, en cambio, *interpreta* y *aplica* el derecho; por eso decide en el ámbito de la *norma*, no del *texto*.” GRAU (2007) p. 69

³¹⁶ MARTÍNEZ (2011) p. 382.

³¹⁷ “Que es físicamente imposible que una ley pueda producir, por sí sola, un efecto contrario a la Constitución en una gestión determinada que se siga ante un tribunal ordinario o especial. Siempre que el precepto legal produzca

interpretación, aquella que se basa en su resultado, se basa precisamente en la extensión del campo de aplicación de la norma que arroja el método de interpretación que se utilice (analogía, argumento *a contrario*, teleológico, etc.):

*“Desde el punto de vista del resultado a que conduce, la interpretación legal se clasifica en estricta, extensiva y restrictiva. Se llama interpretación estricta a aquella que, una vez efectuada por el intérprete, conduce a la conclusión de que el texto legal interpretado **debe ser aplicado únicamente a los casos que él expresamente menciona**, sin extender por tanto la aplicación del texto a más casos de los que éste contempla y sin restringirlo tampoco a menos casos de los que el propio texto interpretado señala. Se la llama también interpretación declarativa.*

*Interpretación extensiva es aquella en la que como resultado de la misma se concluye que **la ley interpretada debe aplicarse a más casos o situaciones** de los que ella expresamente menciona.*

*Interpretación restrictiva, por su parte, es aquella que como resultado de la misma se concluye que la ley interpretada **debe aplicarse a menos casos o situaciones** de las que ella menciona expresamente.”³¹⁸*

En consecuencia, interpretación y aplicación de la norma son dos actividades distintas, pero el campo de aplicación de una norma (el número y las características de los casos a los que se aplica) depende de la interpretación que se le dé. Por lo tanto, si nuestro estándar para apreciar la inconstitucionalidad en abstracto de una norma fuera que todas sus aplicaciones fueran contrarias a la Carta Fundamental, una interpretación amplia (extensiva) de la misma nos podría llevar a encontrar aplicaciones conformes y

efectos en un caso, lo será porque el juez le ha dado aplicación y para darle aplicación debe fijar su sentido y alcance. En razón de ello, cuando el efecto contrario a la Carta Fundamental es producido por la interpretación del juez, esta Magistratura igualmente debe conocer. Si bien se trata de un problema de interpretación legal, que corresponde resolver a los jueces de la instancia, es el precepto legal, aplicado en una de sus posibles inteligencias, el que –según la parte– produce efectos contrarios a la Carta Fundamental. Los preceptos legales que los jueces deben interpretar y aplicar, se formulan a través de un lenguaje y ese lenguaje no significa nada si no es para quien lo descifra, para quien fija su sentido y alcance, usando para ello las convenciones propias de la semántica y sintáctica del idioma respectivo y recurriendo a los demás elementos de interpretación. Si un juez fija un sentido y alcance razonable y posible de un precepto legal y, aplicado en ese sentido el precepto legal al caso, produce efectos contrarios a la Carta Fundamental, es deber de esta Magistratura evitarlo. Tal deber no puede eludirse en razón de que el efecto inconstitucional no está en la ley, sino en la interpretación, pues, como se ha demostrado, nunca el efecto va a ser producido por la ley al margen del juez y siempre y necesariamente el efecto va a radicar en el modo en que el precepto se entienda y aplique al caso;” (STC 810, 24.01.08) En menos palabras: “Pero el ámbito de aplicación de una norma jurídica es siempre una cuestión de interpretación del precepto.” HART (1998) p. 53

³¹⁸ SQUELLA (2000) p. 401.

disconformes, mientras que una interpretación restrictiva pudiera tener el efecto de reducir la aplicación sólo a aquellas circunstancias en que no se contraría la Constitución³¹⁹.

Dada esta relación entre interpretación y aplicación, cabe preguntarse si el TC y la INA son estrictamente necesarios, ya que pudiera argumentarse que es tarea del tribunal del juicio principal asumir esta interpretación restrictiva que evitaría el efecto inconstitucional que se busca prevenir mediante la INA. El problema se remite, entonces, a saber hasta dónde le está permitido al juez ordinario la “interpretación conforme a la Constitución” de la legalidad³²⁰. Las dificultades de una potestad demasiado fuerte de los jueces ordinarios, y la consecuente irrelevancia del TC, las explica ARAGÓN: “El mandato de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con una Constitución que contiene principios y valores puede llevar (en España tenemos ya sobrados ejemplos) a que los jueces se desliguen de la ley por entenderse más ligados a la Constitución y, sin acudir siquiera al planteamiento de la cuestión ante el Tribunal Constitucional, inapliquen la ley y en su lugar apliquen no ya reglas o principios constitucionales, sino valores constitucionales”³²¹.

El TC ha intentado zanjar el problema señalando lo siguiente:

*“DECIMOTERCERO: Que, para el desarrollo del cometido hermenéutico anunciado, debe precisarse que, según lo expuesto en diversos pronunciamientos de admisibilidad en materia de inaplicabilidad, no le corresponde a este órgano jurisdiccional, en sede de inaplicabilidad, acoger un requerimiento que solicita la declaración de inconstitucionalidad de la interpretación de un precepto legal –sea que haya sido efectuada por una entidad administrativa o por un tribunal–. Lo anterior, inexorablemente, se encuentra vinculado al criterio de hermenéutica constitucional, también ya expuesto por esta Magistratura, en orden a que no debe pronunciarse por la inconstitucionalidad de la aplicación de una norma si ésta, **correctamente interpretada**, admite un entendimiento conforme a la Carta*

³¹⁹ El TC parece consciente de esta codependencia entre interpretación y aplicación al enjuiciar la constitucionalidad de una norma: “**NOVENO:** Que si bien incumbe a los jueces de la instancia, al resolver el asunto sometido a su conocimiento, interpretar los preceptos que lo regulan, **la magistratura constitucional no puede prescindir – para calificar los efectos constitucionales de su aplicación – de la estimación de su sentido y alcance**, máxime si de la supremacía constitucional deriva la preferencia, entre las posibles que se contradigan, de una interpretación de la norma legal que se ajuste a la Ley Fundamental;” (STC 1239, 22.01.09)

³²⁰ “Que en esta cuestión existe un grave problema de separación de poderes es algo que se ha visto desde hace tiempo y, por ello, se subraya una y otra vez el límite que se les fija a los Tribunales con la restricción a la *interpretación conforme* a la Constitución. Sin embargo, tal limitación no está en absoluto garantizada, ni siquiera desde una perspectiva teórica. Esto queda claro cuando se intenta determinar su curso con el instrumental usual de la teoría del método jurídico. Según éste, el «límite extremo» de la *interpretación* de una ley lo constituye su «sentido literal posible». KUHLÉN (2012) p. 36. Para una visión desde el derecho constitucional español respecto a los límites de la “interpretación conforme”, véase FERRERES (2012) p. 112 y sgtes.

³²¹ ARAGÓN REYES (2013) p. 368.

Fundamental (véase sentencia Rol N° 1337, de 20 de agosto de 2009);” (STC 1380, 03.11.09)³²²

En igual sentido:

*“CUADRAGESIMO OCTAVO: Que, en efecto, como lo ha indicado de manera reiterada este mismo Tribunal en diversas sentencias pronunciadas durante el último año, la acción de inaplicabilidad dice relación con el examen concreto de si el precepto legal invocado en una gestión judicial pendiente y **correctamente interpretado** producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución; lo que ciertamente marca una diferencia sustancial con el régimen vigente en Chile entre los años 1925 y 2005, en que la competencia en esta materia estaba reservada de manera privativa y exclusiva a la Corte Suprema de Justicia;” (STC 616, 06.09.07)³²³*

El TC no hace mucho por decirnos en qué consiste que un precepto legal esté o sea “correctamente interpretado”, pero sí podemos deducir en qué no consiste y eso nos bastará por ahora. A partir de ambas sentencias que hemos citado del TC podemos descartar que la “correcta interpretación” a que se refiere el tribunal sea aquella “conforme” a la Constitución. En efecto, si, como se señala en STC 616, el precepto correctamente interpretado puede producir efectos inconstitucionales de igual manera, entonces el TC se refiere a una interpretación que no está necesariamente dirigida por la Carta Fundamental.

A partir de lo señalado en el párrafo precedente, es sostenible que el TC considere que hay un espacio para su actuación –para la actuación de la INA– desde el momento en que el juez del fondo puede llegar a una “correcta interpretación” de la norma y aun así producirse un resultado contrario a la Carta Fundamental. Esta posibilidad existe por los límites mismos del llamado “principio” de la “interpretación conforme” de la ley en base a la Constitución. En efecto, «(l)a aplicación del principio –señala RUBIO LLORENTE refiriéndose al TC español– requiere, como condición de posibilidad, que los términos literales del enunciado legal admitan alguna interpretación no contraria a la Constitución, que exista lo que el Tribunal llama una “res dubia”»³²⁴. Por lo tanto, el juez ordinario y el constitucional no pueden sustraer o incluir cualquier caso dentro del campo de aplicación de una ley en virtud de la

³²² El mismo criterio se repite en votos particulares de STC 2081, 21.03.13; 1656, 01.09.11; 2035, 04.09.12; y 2409, 06.03.14. En contra: “Denegar el juzgamiento entendiendo que, pese a los claros términos de la acción deducida, estamos frente a un asunto de naturaleza simplemente legal, vulneraría gravemente el deber de inexcusabilidad que pesa sobre los miembros de esta Magistratura conforme al texto expreso del inciso final del artículo 3° de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Recordando palabras del Tribunal Constitucional de España, “(una) cuestión de constitucionalidad resulta viable porque el órgano judicial duda efectivamente de la constitucionalidad de un precepto legal a cuyo tenor literal se considera sujeto (...).” Agrega que “el hecho de que sea posible una interpretación de la norma cuestionada que sea conforme con la Constitución, no permite considerar a la cuestión en sí misma como mal fundada (...)” (STC 273/2005);” (STC 1563, 30.08.11)

³²³ Otros ejemplos de esta práctica pueden revisarse en CORREA (2011) p. 18 y sgtes.

³²⁴ RUBIO (2012) p. 1052.

exigencia de su interpretación conforme a la Constitución; existe un límite a la ductilidad del sentido que se le puede atribuir a la ley en virtud de la Carta Fundamental que el TC español ha explicado con claras palabras:

*“En materia de derechos fundamentales, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos (STC 32/1987, de 12 de marzo, FJ 3, y las que en el mismo se citan), favor libertatis que exige que la norma aplicada permita otra interpretación alternativa a la elegida por el órgano judicial (STC 32/1989, de 13 de febrero, FJ 2), esto es, presupone la existencia de alguna res dubia o de alguna variante en la interpretación de los preceptos legales (STC 1/1989, de 16 de enero, FJ 3), o en otras palabras, **la interpretación más favorable no puede entenderse como la admisión de interpretaciones que por forzosas e imprevisibles violenten la literalidad, finalidad y racionalidad de la norma aplicada, con quiebra de la seguridad jurídica y de la previsibilidad de la ley.**”* (Sentencia 35/2014, de 27 de febrero de 2014. Recurso de amparo 6313–2011)

El TC chileno no ha sido tan claro como el TC español a la hora de establecer el límite de lo que puede alterarse el sentido de la ley para hacerla coincidir con la Constitución, pero –hablando prescriptivamente– parece posible y recomendable adoptar esta doctrina extranjera para efectos de deslindar aquellas situaciones en que la solución puede ser adoptada por el juez ordinario mediante una interpretación conforme, de cuando es necesaria la intervención del TC a través de la declaración de inconstitucionalidad o inaplicabilidad correspondiente.

Volviendo al tema del vicio de inconstitucionalidad y si éste consiste en que toda interpretación de la norma sea inconstitucional o que toda aplicación lo sea o ambas, lo cierto es que el TC ha sido reacio a dictar sentencias estimatorias interpretativas, las que serían mucho menos aceptables en el caso de la acción de inconstitucionalidad, ya que ésta recae sobre un precepto, no sobre la norma interpretada que se extrae de él, y este fragmento de las fuentes se “entiende derogado”, según lo señala el mismo Código Político. De dictarse una sentencia interpretativa estimatoria por parte del TC en el control represivo abstracto, no se derogaría el precepto, sino que una de las normas que se pueden extraer de él³²⁵. Este no ha sido el caso y, por el contrario, el TC ha sido reticente a dictar tal tipo de resoluciones³²⁶. Más aún, en la sentencia sobre la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 2331 del

³²⁵ «La doctrina italiana, ha convenido en llamar “sentencias interpretativas estimatorias”, “sentencias de estimación parcial”, o bien “sentencias manipulativas”, a aquellas sentencias que declaran “expresamente” la inconstitucionalidad de una parte del contenido normativo de la disposición sometida a control sin que dicha declaración incida en su texto (dicho texto queda, por tanto inalterado, aunque tras la sentencia será necesaria una nueva lectura del mismo).» FIGUEROA (2011) p. 136.

³²⁶ “5º. Que, en la presentación en análisis se solicita, como petición principal, la dictación de una “sentencia estimatoria interpretativa” para determinar “ cuál es el verdadero sentido y alcance que debe darse en el juicio seguido entre la Tesorería General de la República y la CORFUCH” a las normas que se indican; 6º. Que, no se

Código Civil (STC 1723, 24.05.11), un grupo de ministros que rechazaron la inconstitucionalidad, pero que habían votado anteriormente a favor de las INA presentadas contra la aplicación del precepto, estuvieron por seguir conociendo caso a caso sus aplicaciones, en vez de declarar la inconstitucionalidad de alguna de sus interpretaciones³²⁷.

Dentro de este orden de ideas, también cabe señalar que el TC no ha planteado una doctrina como la del *overbreadth* de la Corte Suprema norteamericana, según la cual debe declararse la inconstitucionalidad de leyes que pueden tener aplicaciones constitucionales, pero están redactadas en términos tan amplios que el efecto inhibitor que produce en quienes no realizan conductas que son constitucionales por miedo a caer bajo la aplicación de la norma recomienda invalidarla³²⁸. Esta doctrina ha sido usada por la Corte Suprema para defender, principalmente, la libertad de expresión consagrada en la Primera Enmienda, como explica el Juez Marshall en *Arnett v. Kennedy* –416 U.S. 134 (1974)–, respecto a una ley que sancionaba a empleados públicos que efectuaran expresiones difamatorias:

«Por la incertidumbre de su alcance, el precepto crea el peligro de un “chilling effect” que preocupó a la Corte en Keyishian v. Board of Regents, 385 U.S. 589 (1967). Los empleados probablemente restringirán su comportamiento a aquel que es incuestionablemente permitido, porque “la amenaza de despido de un empleo público es (...) un potente medio de inhibir las manifestaciones de opinión” (Pickering, 391, U.S., at 574). La posibilidad del despido cuelga sobre sus cabezas como una espada de Damocles, amenazándolos con la destitución por cualquiera opinión que pueda obstaculizar la “eficiencia del servicio”. Que esta Corte finalmente vaya a proteger a un empleado cuyo ejercicio de la libertad de

encuentra dentro de la atribución que el artículo 93, inciso primero, N° 6º, de la Constitución, le confiere a esta Magistratura en ejercicio de la jurisdicción constitucional, aclarar el sentido que tienen determinados preceptos legales. Ello constituye una cuestión de legalidad cuya resolución es propia de los jueces del fondo, competencia que este Tribunal está obligado a respetar en virtud de lo dispuesto en el artículo 7º de la Constitución y en conformidad con el principio de deferencia razonada hacia los poderes del Estado;” (STC 522, Primera Sala, 16.08.06)

³²⁷ “7) Que, en consecuencia, una interpretación armónica de las normas que integran el ordenamiento jurídico vigente lleva a la conclusión de que, sólo en algunos casos, la aplicación del artículo 2331 del Código Civil podría afectar la protección que la Constitución Política brinda a la honra de las personas. Con mayor razón, cuando el mismo precepto cuestionado excluye la indemnización si se prueba la verdad de la imputación, precepto este último que se estima concordante con la adecuada protección que debe brindarse también al legítimo ejercicio de la libertad de expresión. De lo anterior fluye la necesidad de que el Tribunal Constitucional pueda pronunciarse, caso a caso, sobre los reproches que merezca la aplicación del artículo 2331 del Código Civil en situaciones concretas, entendiéndose, a contrario sensu, que no se darían los supuestos para estimar que dicha norma es contraria a la Carta Fundamental bajo todo respecto, tal y como exige una declaración de inconstitucionalidad con efecto erga omnes como la que motiva el presente proceso.” (STC 1723, 24.05.11, votos de los Ministros Vodanovic, Navarro y la Ministra Peña)

³²⁸ “Esta doctrina habilita a la Corte a invalidar, en abstracto y en general, cualquier norma –en tanto regulatoria de la libertad de expresión– siempre y cuando exista la posibilidad de que dicha norma pueda ser aplicada –y por tanto restrinja– a una actividad que esté constitucionalmente protegida. Una norma que regula la expresión puede surtir efectos tanto respecto de actividades que no están protegidas, como respecto de actividades que sí lo están. La mera posibilidad de que regule una actividad protegida, la hace susceptible de ser declarada inconstitucional” FISS (2010) p. 95. *Vid.*, por todos, FALLON (1990).

expresión está protegido es irrelevante, porque el valor de una espada de Damocles es que cuelga, no que caiga. Por cada empleado que arriesga su trabajo poniendo a prueba los límites de la ley, muchos más optarán por el camino precavido de no hablar.»

La doctrina de *overbreadth* presupone precisamente que la pregunta sobre si la aplicación de la norma legal al reclamante es o no inconstitucional resulta irrelevante. En otras palabras, el reclamante podría precisamente encontrarse en la situación de estar realizando una acción que no está constitucionalmente protegida y, por ende, ser merecedor de la sanción establecida en la ley, pero la Corte Suprema de igual manera invalidaría la ley “*on its face*” o, si se prefiere, para todo caso en que pudiera aplicarse por el efecto general que produce consistente en inhibir incluso a los que ejercerían legítimamente la libertad de expresión³²⁹. De este modo, la doctrina de *overbreadth* encuentra un vicio de inconstitucionalidad en abstracto de una norma que tiene o puede tener aplicaciones concretas constitucionales.

El TC no ha llegado a admitir derechamente la posibilidad de declarar inconstitucional una norma que tiene aplicaciones constitucionales, pero que, por el número de casos en que es inconstitucional, deba ser declarada inconstitucional *erga omnes* de todas maneras. Sin embargo, en pronunciamientos realizados en sede de INA, el TC ha señalado que puede darse una norma inconstitucional que produzca efectos constitucionales en, al menos, un caso de aquellos a los que es aplicable³³⁰:

- “(...) la inaplicabilidad en el caso puede surgir de la incompatibilidad absoluta del precepto legal con la Constitución, lo que acarreará – **por regla general** – su inaplicabilidad en cada situación que se haga valer.” (STC 1130, 07.10.08, voto disidente de Ministros Vodanovic y Correa)
- “(...) la inconciliabilidad absoluta de ley y Constitución genera consecuentemente un efecto contrario a esta última en la aplicación de aquella a la relación jurídica singular –en el caso de que se trate y, **por regla general, en cualquier otro**– (...)” (STC 1029, 24.11.08)
- “Que, habida cuenta de lo anterior, es perfectamente posible que **una norma sea concretamente inconstitucional y abstractamente constitucional y viceversa**, pues en sede de inaplicabilidad se enjuician los efectos posiblemente inconstitucionales de la

³²⁹ Vid. NOTA EN HARVARD LAW REVIEW (1970) (se hace presente que la sección “Notas” de esta revista consiste, mayormente, en artículos monográficos anónimos).

³³⁰ Valga señalar que un voto de prevención del Ministro Vodanovic hace la excepción y mantiene la posición que la inconstitucionalidad en abstracto implica los efectos inconstitucionales de cualquier aplicación de la norma: “si bien la inaplicabilidad se refiere a los efectos en la aplicación de una norma, no descarta el examen de constitucionalidad abstracta del precepto cuestionado, **pues si existe un vicio de inconstitucionalidad intrínseco, éste se comunicará a la aplicación de la norma en cualquier circunstancia o caso**” (STC 1436, inadmisibilidad dictada por la Primera Sala, 07.10.09) (énfasis nuestro)

aplicación de un precepto legal, mas no la norma considerada en abstracto;" (STC 1872, 20.12.11)

Como se observa, los párrafos citados dejan entrever que la norma inconstitucional en abstracto admitiría aplicaciones conformes con la Constitución o, si se prefiere, no produciría efectos inconstitucionales si se aplicara en determinados casos. Esto último es contradictorio con las sentencias de inconstitucionalidad, que insisten en que la inconstitucionalidad en abstracto de una norma se caracteriza porque toda aplicación de ella produciría efectos contrarios a la Carta Fundamental. Sin embargo, los pasajes citados precedentemente no son lo suficientemente categóricos y pudiera calificárselos como *obiter dicta* de sus respectivas sentencias.

Considerando lo expresado en este párrafo, podemos afirmar que el TC tiene una definición de inconstitucionalidad normativa que implica la contradicción con la Carta Fundamental en todos los casos posibles de aplicación de la norma ya interpretada hasta los límites que su sentido permite³³¹.

§49.2. LA AUSENCIA DE RELACIÓN NECESARIA ENTRE INA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA.

Por otro lado, el TC también describe que, a lo menos en el Derecho nacional, un precepto que se puede calificar como constitucional sin mirar su aplicación ("*on its face*", diría la doctrina estadounidense), puede ser inconstitucional si se observan sus efectos en una causa concreta, o, en otras palabras una disposición legal constitucional en abstracto, puede tener efectos inconstitucionales en un caso concreto:

"Que, en principio, un precepto legal que se ajusta a la Constitución puede, no obstante, en su aplicación a una situación determinada, resultar contrario a los fines previstos por ella."
(STC 549, 30.03.07)

Con esta aseveración, implícita en la circunstancia de tener una acción de inaplicabilidad distinta de la inconstitucionalidad³³², el TC rompe cualquier vínculo necesario entre el juicio de validez de una norma

³³¹ Tras la definición se encuentra la distinción entre "disposición" (el texto) y la "norma" (el sentido que se atribuye al texto) [*vid.*, por todos, POZZOLO y ESCUDERO (eds.) (2011) p.]. Un texto es inconstitucional si la fuente respectiva padece de un vicio formal o sufre de lo que FERRAJOLI llama *invalides sustancial*, esto es, "si ningún significado normativo asociable al acto por parte del intérprete es compatible con las normas sustantivas sobre su producción" [FERRAJOLI y RUIZ MANERO (2012) p. 47]; evidentemente, la inconstitucionalidad de la disposición se extiende a todas las normas extraíbles. Por su parte, una norma es inconstitucional, si todas sus aplicaciones producen efectos inconstitucionales, como se señala en el texto.

³³² Así lo hace ver el mismo TC, en sede de inconstitucionalidad: "los exámenes propios de la acción de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad, tanto por su regulación constitucional como por sus efectos en las respectivas sentencias, **son de naturaleza diversa**. Así, el primero exige examinar si la concreta aplicación de un precepto legal a un caso determinado –que constituye la gestión pendiente– es capaz de producir en él un resultado contrario a la Constitución, mismo que la sentencia debe evitar, declarando inaplicable la norma para ese solo caso. En cambio, el juicio que ha de emitirse en una acción de inconstitucionalidad exige, por los mismos efectos generales del fallo, un análisis abstracto, siendo procedente acoger la acción sólo si se concluye que el texto

legal del juicio sobre la constitucionalidad de los efectos que la aplicación de ella produce. No es, en todo caso, la única vez que sostiene tal desvinculación:

*“... las características y circunstancias del caso concreto de que se trate, han adquirido en la actualidad una relevancia mayor de la que debía atribuírseles antes de la reforma constitucional de 2005 pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en **la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional.**”*³³³ (énfasis nuestro)

Sin embargo, el TC no es ciego al hecho que el efecto inconstitucional que produce la aplicación de un precepto en un caso concreto puede deberse a un defecto formal de la norma, de modo que la relación entre la INA y el vicio de inconstitucionalidad de la ley resulta –necesariamente– más estrecha:

“De esta manera, el que en uno o más casos determinados se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá igual declaración, característica que cobra mayor importancia cuando se trata de una inconstitucionalidad de fondo y cuya trascendencia decae tratándose de defectos en la formación del precepto impugnado, pues resulta obvio que si en determinado caso la inaplicabilidad se acoge por estimarse que el precepto impugnado adolece de inconstitucionalidad de forma, disminuirá la importancia del caso concreto y la declaración de inaplicabilidad adquirirá una dimensión más general” (sentencia Rol N° 741, Considerando Décimo);” (STC 1348, 27.04.10)

En consecuencia, otra nota característica del vicio que produce la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto es que no guarda una relación necesaria con la inconstitucionalidad universal del mismo, a menos que sufra de un vicio formal, entendiéndose por tal la vulneración de una norma procedimental en la producción de la norma (p.e., que durante su tramitación legislativa en el Congreso no haya sido consultada a la Corte Suprema pese a modificar la organización o atribuciones del Poder Judicial³³⁴) o vulnerando el criterio de competencia³³⁵ relativo a la reserva legal. En estos casos, se produce un efecto inconstitucional por aplicación de un precepto

legal, en cualquier circunstancia y cualquiera sea la interpretación que de él se haga, infringe la Carta Fundamental.” (STC 1710, 06.07.10 y STC 1345, 26.05.09) (énfasis en el original)

³³³ Sólo por mencionar algunas de las sentencias de fondo en que el pasaje señalado forma parte del argumento de mayoría: STC N°s 1537, 1563, 546, 1348, 741, 1273, 608, 1234, 1068 a 1128, 1361, 1138, 1038, 808, 968, 773, 759, 718 y 741.

³³⁴ Artículo 77, inciso segundo, de la Carta Fundamental. La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva.

³³⁵ HENRÍQUEZ VIÑAS (2009) p. 15

legal inválido, pero sucede que, para apreciar la inconstitucionalidad del efecto, basta revisar nomogénicamente la ley aplicada³³⁶.

EL CONTROL CONCRETO EXPLICADO A TRAVÉS DE LA DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS

§51. LA DERROTABILIDAD DE LAS NORMAS: UNA PERSPECTIVA.

Como señaláramos al principio de este trabajo, una de las características de la INA, de acuerdo a la jurisprudencia del TC, es que tiene por fin el control de los efectos que produce la aplicación de preceptos legales en gestiones jurisdiccionales concretas, sin distinguir si el precepto legal mismo es o no válido y atendiendo sólo a la constitucionalidad de los efectos. Esto llevaría a la posibilidad que normas que son, en abstracto, constitucionales, produzcan efectos contrarios a la Carta Fundamental si concurre “una circunstancia diversa y peculiar del caso” (STC Roles Nos 537 y 538, 30.03.07).

Este giro desde el control de validez de normas, ejercido por la Corte Suprema en sede de inaplicabilidad hasta el año 2005, al control de validez de aplicación de preceptos, que ejerce el TC a partir del mismo año, requiere de un “marco teórico” que le sirva de columna vertebral, le permita desarrollarse y extraer todas las consecuencias que se derivan de esta configuración.

El marco teórico que proponemos para hacernos cargos del tercer aspecto que caracteriza la INA –i.e., el control de constitucionalidad de los efectos de la aplicación de preceptos legales– se basa en lo que la doctrina comparada ha llamado, en general, “derrotabilidad” de las normas.

Para explicar lo que entendemos por “derrotabilidad”, haremos una referencia al origen de la palabra y el núcleo del concepto que encierra (§51), al concepto de regla que resulta necesario para entender la derrotabilidad (§52), el uso que se puede dar a la derrotabilidad como mecanismo para la efectividad de la Constitución (§53), el desajuste entre la tesis e hipótesis de relevancia y las lagunas axiológicas

³³⁶ VERDUGO RAMÍREZ ve una contradicción entre el control concreto que profesa el TC y su aplicación a los vicios de forma [Vid. VERDUGO RAMÍREZ (2010)], sin embargo, como sostendremos más adelante, el control concreto que ejerce el TC mira a todo efecto inconstitucional que provenga de la aplicación de la ley. Perfectamente puede considerarse que la aplicación de una norma formalmente inválida produce, en el acto de aplicación, un efecto inconstitucional, distinto es que se considere que no habría vulneración de un derecho fundamental porque se estima que no existe tal derecho a obtener una decisión judicial en que se apliquen normas válidas, lo que es sumamente discutible.

como escenario en que corresponde hablar de derrotabilidad (§54) y, finalmente, la comparación de nuestro concepto de derrotabilidad con la actividad que realiza el TC a través de la INA (§55).

§52. LOS ORÍGENES DE LA DERROTABILIDAD, SU DIFERENCIA CON LA “TEXTURA ABIERTA” DE LAS NORMAS Y EL NÚCLEO DEL CONCEPTO DE DERROTABILIDAD.

La palabra “derrotabilidad”, a pesar de su uso habitual en ciertos círculos jurídicos, no se encuentra contemplada en la vigésimo segunda edición del Diccionario de la Real Academia española. Esto no es de extrañar, ya que se trata de la traducción literal de una expresión inglesa (“*defeasibility*”) que, en su acepción contemporánea, expresa algo diverso al concepto general. Actualmente, se habla de “hechos derrotables”, “creencias derrotables”, “conceptos derrotables”, “textos, disposiciones, formulaciones legislativas derrotables”, “negocios derrotables”, “posiciones subjetivas derrotables”, “demandas derrotables”, “conclusiones derrotables” y “normas derrotables”³³⁷.

Se le reconoce a H.L. Hart el uso de la voz *defeasibility* en el sentido que acá la empleamos³³⁸:

«Cuando el estudiante ha aprendido que en el derecho inglés existen requisitos positivos para la existencia de un contrato válido, i.e., dos partes al menos, la oferta de una, la aceptación de otra, un memorándum por escrito en algunos casos y causa (consideration) su comprensión del concepto jurídico de contrato está todavía incompleta y permanece así incluso si ha aprendido la técnica de los abogados para interpretar los conceptos técnicos, pero igualmente vagos, de “oferta”, “aceptación”, “memorándum” y “causa”. Porque estos requisitos, aunque necesarios, no siempre son suficientes y –el estudiante– aún tiene que aprender aquello que puede derrotar una pretensión (“claim”) de que existe un contrato válido, pese a que todos los requisitos precitados se encuentren satisfechos. En otras palabras, el estudiante tiene aún que aprender aquello que sigue a la expresión “a menos que”, que debiera acompañar a la aseveración de que se cumplen las otras condiciones positivas. Esta característica de los conceptos legales no posee una palabra en el uso ordinario del idioma inglés. Las palabras “condicional” y “negativa” tienen implicaciones erróneas, pero el derecho tiene una palabra que, con cierta vacilación, pido prestada y extendiendo su significado: se trata de la palabra “derrotable” (“defeasible”) que se predica de un interés en una propiedad que está sujeto a terminación o “derrota” (“defeat”) ante diferentes contingencias, pero que permanece intacto si ninguna de esas contingencias madura. En este sentido, entonces, “contrato” es un concepto derrotable.»³³⁹

³³⁷ Para una revisión rápida de los distintos significados, véase CHIASSONI (2012), VII La derrotabilidad en el Derecho.

³³⁸ Cfr. BROZEK (2004) p. 13, CHIASSONI (2012), VII La derrotabilidad en el Derecho.

³³⁹ HART (1948) p. 174.

Como se puede apreciar de las palabras de HART, la derrotabilidad a que se refiere alude a que la constatación de estar frente a una serie de circunstancias que permiten calificar a algo como perteneciente a una clase (la clase de los “contratos válidos”, por ejemplo), en determinadas ocasiones, por concurrencia de una circunstancia adicional a las que configuran la clase, el sujeto no forma parte de esta última. Sin embargo, el opúsculo de HART no tenía por fin dar una explicación acabada de lo que es la derrotabilidad, sino que buscaba, en la obra citada, aclarar que determinadas expresiones como, por ejemplo, “él la mató accidentalmente” no son descriptivas, sino lo que el autor llama “*adscriptivas*”. Ni la teoría de la adscripción, ni la de la derrotabilidad, pasaron a la principal obra del jurista inglés, “El Concepto del Derecho”. Como se sabe, uno de los principales aportes de este último trabajo fue la idea de la “textura abierta” del derecho como una de las fuentes de su indeterminación:

«Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione, las pautas resultarán indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta”»³⁴⁰

Sin embargo, la idea de “textura abierta” apela a la existencia de tres áreas dentro del campo de aplicación de los conceptos: un área clara, nuclear, en que sabemos que el concepto es predicable de algo; un área oscura en la que no se aplica; y un área de penumbra, en la que no existe esa claridad respecto de si corresponde o no aplicar un precepto. El típico ejemplo es la calidad de “calvo” en una persona: podemos decir con seguridad que una persona de frondosa cabellera no es calva, que una persona sin un pelo en el cuero cabelludo sí lo es, pero no podemos estar ciertos en determinados casos de si hacemos justicia al llamar calva a una persona que tiene pelo en su cuero cabelludo, pero ralo.

BROZEK toma el ejemplo de la prohibición de vehículos dentro del parque para distinguir la textura abierta de la derrotabilidad de una norma. Bajo el concepto de vehículo, está indeterminado si se incluyen las bicicletas o los skates, pero están claramente incluidos los automóviles. La inclusión de las bicicletas o los skates es un problema de la textura abierta de la palabra “vehículo”, mientras que el ingreso de una ambulancia al parque para retirar a una persona gravemente herida no produce dudas respecto a si la palabra “vehículo” se usó para describir las ambulancias: claramente, sí, ya que no tendríamos dudas en referirnos con el término “vehículo” a las ambulancias fuera de una situación de emergencia, como ésta. Pero no es la correlación ambulancia/vehículo lo que nos aporrea, sino las propiedades no esenciales (o transitorias) del vehículo exceptuado. La propiedad no esencial o transitoria de una ambulancia consiste en dirigirse a atender una emergencia médica. La ambulancia no deja de ser un vehículo por el hecho que se dirija a solucionar una emergencia vital y, por ende, no deja de estar comprendida dentro de la prohibición de entrada al parque: se encuentra en el sector de claridad de la palabra “vehículo”. Pese a ello, todos podemos considerar razonable que, frente al riesgo

³⁴⁰ HART (1998) p. 159.

vital de un transeúnte del parque, la ambulancia debe ingresar al mismo para estabilizarlo y llevarlo al hospital más cercano.

La diferencia entre la “textura abierta”, como una forma de derrotabilidad semántica, y la derrotabilidad en el sentido que deseamos emplear es relevada por ATRIA: “esto es importante porque existe una fuerte tendencia en la teoría legal contemporánea en estimar que el tema de la derrotabilidad de las normas jurídicas debe ser enfrentado en los términos de la derrotabilidad de los conceptos en general. Pero cualquier explicación sensata del razonamiento jurídico encontrará una forma de derrotabilidad que no es reducible a la derrotabilidad semántica.”³⁴¹ El mismo autor señala que HART entendía, algunas veces, la derrotabilidad en este puro sentido semántico y hace referencia al mismo pasaje del autor inglés que citamos más arriba³⁴².

A mayor abundamiento, la derrotabilidad semántica no es problema de control concreto de aplicación de una norma ni siquiera para el TC, que se niega a controlar la interpretación (el alcance) de un texto legal cuando existen diversos posibles, dejando ese control al sistema recursivo³⁴³.

Por lo tanto, podemos afirmar que la textura abierta propia del lenguaje natural que emplea el Derecho es diferente del fenómeno de la derrotabilidad, pero con ello no hemos dicho qué es la derrotabilidad.

Por el momento, nos bastará con referirnos al punto en que la doctrina converge cuando habla de derrotabilidad: las excepciones implícitas³⁴⁴.

³⁴¹ ATRIA (2001b) p. 13. En el mismo sentido RODRÍGUEZ: “La vaguedad y la textura abierta afectan a la delimitación de los casos genéricos, de manera tal que frente a ciertos casos individuales, que caen en la zona de penumbra de significación de los términos que definen un caso genérico, resultará indeterminada la solución normativa a correlacionar debido a que *no podrá determinarse si corresponde subsumirlos o no en ese caso genérico*. La derrotabilidad, en cambio, concierne básicamente al carácter de la correlación de una solución normativa a un caso genérico: frente a un caso individual *cuya subsunción dentro de un cierto caso genérico no está puesta en duda*, podría todavía discutirse si ha de correlacionársele determinada solución normativa si se interpreta que las propiedades que definen el caso genérico constituyen sólo una condición contribuyente, no suficiente, para la derivación de la solución prevista.” RODRÍGUEZ (2002) p. 365.

³⁴² ATRIA (2001b) p. 13, nota al pie nº 11.

³⁴³ *Vid.* STC 1724, Primera Sala, 15.06.10; STC 2220, Segunda Sala, 21.06.12; y, en especial, sentencias de inadmisibilidad que tienen como argumento que el requirente de inaplicabilidad ha interpuesto recurso de casación en el fondo respecto a los mismos preceptos legales: STC 1832, Primera Sala, 17.11.10; STC 1390, 08.04.10, voto de prevención del Ministro Navarro (“**SEXTO**: Que el efecto de la acción de inaplicabilidad es que, de acogerse, el juez de la instancia se encuentra en la imposibilidad de aplicar la disposición en cuestión en su decisión. Así, en el caso de autos, el tribunal de casación no podría considerar en su sentencia lo establecido precisamente en los artículos 1º de la Ley Nº 18.046 y 2064 del Código Civil, preceptos legales que a todas luces admiten, por lo demás, una interpretación ajustada a la Constitución Política de la República. En otras palabras, no resulta lógico ni compatible con el sistema de control constitucional vigente en la Carta Fundamental que, por una parte, se solicite al tribunal de casación la correcta y adecuada interpretación de una norma legal y, por la otra, su posterior inaplicabilidad al Tribunal Constitucional”)

³⁴⁴ Además de las citas que se encuentran en el cuerpo del texto, puede verse GARCÍA FIGUEROA (2009) p. 26; FERRER y RODRÍGUEZ (2011) p. 88.

ALCHOURRÓN señala que “La mayoría, sino todas, las formulaciones normativas son derrotables, *i.e.*, ellas contienen excepciones implícitas, *i.e.*, circunstancias que derrotan la norma aunque no estén expresamente establecidas.”³⁴⁵ GUASTINI también considera que el tipo de excepciones a que está sujeta una norma es determinante para calificarla como derrotable o inderrotable: «Una norma es “no derrotable” cuando no admite excepciones o, mejor dicho, no admite otras excepciones si no las expresamente establecidas por la propia norma o por otras normas del ordenamiento. Una norma es “derrotable” cuando admite excepciones implícitas, no establecidas por la norma en cuestión, ni por ninguna otra norma del ordenamiento, y por tanto indeterminadas»³⁴⁶ BOUVIER y NAVARRO, desde la perspectiva de las implicaciones lógicas de la derrotabilidad, estiman que: “(c)uando la conexión entre casos y soluciones es de condición suficiente puede probarse, por medio del refuerzo del antecedente, la norma proyecta sus consecuencias normativas a infinitas consecuencias que se derivan de la norma expresamente formulada. Sin embargo, con frecuencia se afirma que el alcance de una norma general puede estar restringido por excepciones implícitas. De esta manera, una norma puede ser derrotada por la concurrencia de una de estas excepciones.”³⁴⁷ Aunque, sin mencionarlo expresamente, GARCÍA-YZAGUIRRE resalta la imposibilidad de determinar las condiciones de aplicación (positivas y negativas) que son necesarias para afirmar categóricamente que una norma debe ser aplicada, porque “(...) la derrotabilidad de las disposiciones es entendida como la imposibilidad de comprender todas las condiciones necesarias a las que se debe incurrir para formular una excepción, es decir, existe un abanico de posibilidades no determinadas que suponen casos en los que el enunciado jurídico se satisface, pero aun así no se le aplican las consecuencias jurídicas.”³⁴⁸ (énfasis nuestro). Por su parte, CARACCILO explicita cómo la existencia de excepciones implícitas obstaculiza algo tan natural como la posibilidad de inferir conclusiones para un caso concreto a partir de normas: “Pero ello (la inferencia) no es posible si N es, o se considera, una norma *derrotable*, porque –y ésta es la idea generalizada– esa consecuencia está sometida a **excepciones implícitas**, a condiciones negativas que no se expresan en el contenido explícito de esa formulación.”³⁴⁹ RODRIGUEZ recurre en el tema cuando señala que: “La derrotabilidad ha sido un tema largamente discutido en años recientes. La idea general de la derrotabilidad está conectada con la noción de «normalidad»: cuando expresamos una aseveración condicional, asumimos que las circunstancias son normales, pero admitimos que bajo circunstancias anormales la afirmación puede ser falsa. Aplicando esta idea a los contextos jurídicos, puede señalarse que las reglas jurídicas especifican sólo condiciones contribuyentes, pero no suficientes, para derivar las consecuencias fijadas por el sistema jurídico, *i.e.* que las reglas jurídicas estén necesariamente

³⁴⁵ ALCHOURRÓN (2012) p. 46.

³⁴⁶ GUASTINI (2004) p. 256.

³⁴⁷ BOUVIER y NAVARRO (2004).

³⁴⁸ GARCÍA-YZAGUIRRE (2012) p. 472.

³⁴⁹ CARACCILO (2006) p. 158.

sujetas a excepciones implícitas e indeterminadas.”³⁵⁰ Por último, ATRIA remarca el punto que “si, de acuerdo a su significado, la regla (legal) no incluye una excepción para el caso en cuestión, pero, sin embargo, estamos (jurídicamente) justificados para no seguirla, entonces podemos decir que la regla es derrotada (en términos de Miller, la regla tiene una excepción que fue introducida al momento de aplicar la regla, no al momento de crearla).”³⁵¹

Como puede apreciarse del párrafo precedente, predicar la derrotabilidad de una norma equivale a señalar que lo que ella manda, prohíbe o permite (su contenido deóntico) está sujeto a excepciones – que es lo mismo que decir que se deja de aplicar– que no pueden identificarse, sino hasta que la norma es puesta en relación con un caso concreto y sus múltiples circunstancias o propiedades.

Para aclarar esta referencia a las excepciones implícitas, ahondaremos en la idea de regla en el razonamiento jurídico y luego la forma en que la Constitución puede imponer una excepción a las reglas legales.

§53. EL CONCEPTO DE REGLA Y SU FUNCIÓN EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO.

Para lograr un concepto acabado de cómo la derrotabilidad de las normas legales se manifiesta en la INA es necesario aclarar qué se entiende por reglas jurídicas y cómo operan en el razonamiento jurídico.

Para tomar un caso que ya hemos discutido previamente (§34), considérese la regla contenida en el artículo 844 del Código Civil. La orden, que consiste en la permisión de cerrar un terreno por todas partes, está dirigida a todos los sujetos que poseen copulativamente dos propiedades: ser dueño de un predio y no estar gravado por servidumbre constituida ¿Por qué a los dueños libres de servidumbre –y sólo a ellos– se les permite cerrar completamente un predio con el tipo de cerca, foso o pared que prefieran? Se puede señalar que la norma lleva a cabo una generalización a partir de los límites de la propiedad como derecho, vale decir, toma en cuenta que este derecho no tolera restricciones que no provengan del derecho ajeno (Art. 584 del Código Civil) o de la función social de la propiedad (Art. 19 Nº 24 de la Carta Fundamental), de modo que un predio libre (no gravado por servidumbre) puede ser cerrado por todos lados.

Más aún, podemos argumentar que la norma tomó en cuenta la situación del vecino que llevaba años pasando por ahí y que no tenía otra salida al camino público, pero que nunca se preocupó de constituir una servidumbre legal³⁵², y simplemente descartó proteger sus intereses. En efecto, por un lado, el

³⁵⁰ RODRIGUEZ (2012) p. 94.

³⁵¹ ATRIA (2001b) p. 125.

³⁵² La situación no es tan improbable, considerando que el Código Civil exige que el dueño del predio enclavado indemnice a los dueños de los predios que pasan a ser sirvientes:

Art. 847. Si un predio se halla destituido de toda comunicación con el camino público por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la

artículo 844 estableció la excepción a la facultad de cercar para el caso que existiera una servidumbre “constituida” y, por más que un predio se encuentre claramente enclavado, la servidumbre legal de paso no se constituye sino una vez que se ha pasado por el procedimiento que refiere el artículo 847 del Código Civil³⁵³; por otro lado, el paso habitual de una persona por un predio, sin tener un derecho para ello, no tiene ninguna protección posesoria³⁵⁴ contra el dueño del terreno por el que se transita.

Nótese que el precepto legal podría aplicarse, a lo menos, a las siguientes situaciones: a) nadie más que el dueño transita por el predio; b) terceros que no son dueños de predios vecinos acostumbran pasar por una franja; c) vecinos que tienen otra salida al camino público prefieren pasar por este otro camino que el dueño cierra; o d) la situación descrita en el párrafo precedente. El artículo 844 considera de igual manera todas estas otras circunstancias mencionadas: son irrelevantes, en el sentido que su ocurrencia no altera la calificación deóntica de la conducta del dueño concreto, esto es, que tiene permitido cerrar el predio por todos lados³⁵⁵.

Dos características de las reglas pueden seguirse del ejemplo explicado: una lógica y una referida a las reglas como generalizaciones atrincheradas.

§52.1. UN RAZONAMIENTO MONÓTONO.

Desde el punto de vista lógico, se ha resaltado que las reglas jurídicas cumplen con la ley lógica del refuerzo del antecedente, la que se explica de la siguiente manera:

“Un enunciado cumple con la ley del refuerzo del antecedente cuando la relación entre los supuestos y las consecuencias que él establece sigue siendo válida también si son añadidas nuevas condiciones a su antecedente. Por lo tanto, una norma del tipo $A \rightarrow OB$ permanecerá válida aunque fuesen añadidas las condiciones C, D o E, a la vez que ninguna de estas condiciones podría obstaculizar la consecuencia jurídica OB. No importa cuántas condiciones se agreguen a la descripción del supuesto de esta norma, sus consecuencias permanecerán inalteradas.”³⁵⁶

servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre y resarcido todo otro perjuicio.

³⁵³ Se trata del procedimiento sumario establecido en el Código de Procedimiento Civil (Art. 680 N° 2, del CPC)

³⁵⁴ La servidumbre de tránsito (y las conductas que permite realizar a su titular activo) sólo pueden adquirirse mediante título, nunca por prescripción, y respecto de las cosas que no pueden adquirirse por prescripción, nuestro Código Civil no otorga acción posesoria.

³⁵⁵ Nuestro concepto de relevancia normativa de una propiedad es el siguiente: “Decir que una propiedad es relevante significa que el caso por ella definido y su caso complementario –caracterizado por su ausencia– tienen diferente calificación normativa de acuerdo con un cierto conjunto de normas. No todas las circunstancias posibles son normativamente relevantes de acuerdo con un sistema normativo.” ORUNESU (2012) p. 87, nota al pie n° 236. En el mismo sentido BOUVIER (2012) p. 229.

³⁵⁶ BUSTAMANTE (2010) p. 247.

Lo fundamental de la característica asociada a esta ley es que el resto de las circunstancias que se añaden a la regla jurídica, aunque sean circunstancias presentes en el caso al que la regla se aplicará –los que en todo caso concreto son innumerables³⁵⁷– no son relevantes para cambiar la consecuencia jurídica que ella establece; en otras palabras, aunque se de cualquiera de las hipótesis que poníamos para el cierre de la propiedad, la consecuencia es la misma: el dueño está facultado para cercar el predio por todos lados. Tal como enfatiza GARCÍA Amado, “la adición de cualquier circunstancia al acaecimiento de la circunstancia mencionada en el antecedente de la norma (ser dueño de un predio no sujeto a servidumbre, en nuestro caso de prueba) sería indiferente a la hora de inferir la consecuencia normativa que se sigue de dicho antecedente.”³⁵⁸

Pero aún se puede objetar que la derrotabilidad de las normas, tal como la hemos presentado hasta ahora, es perfectamente superable por una interpretación sistemática del precepto legal aislado, que se haga cargo de las excepciones que desde otras partes del ordenamiento jurídico puedan venir en contra de la consecuencia jurídica que ese precepto establece, *i.e.*, que el dueño del predio puede cercar su terreno como estime conveniente.

En el caso que hemos venido utilizando como ejemplo, efectivamente podríamos realizar esta labor de sistematización y encontraríamos, a lo menos, un precepto legal que podría contar como una excepción a la referida potestad del dueño:

Artículo 26º del D.F.L. Nº 850, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley nº 15.840, de 1964 y del D.F.L. nº 206, de 1960.– Todo camino que esté o hubiere estado en uso público se presumirá público en todo el ancho que tenga o haya tenido y la Dirección de Vialidad ordenará y hará cumplir su reapertura o ensanche, en caso de haber sido cerrado o modificado, cualquiera que sea el tiempo durante el cual el camino haya permanecido total o parcialmente sustraído al uso público. Esta disposición no excluye el derecho del particular para reclamar judicialmente su dominio.

Esta norma, que se encuentra en la ordinariamente conocida como “Ley de Caminos”, impide a cualquiera persona (dueño, poseedor o mero tenedor) a cerrar un terreno que haya sido de uso público. Claramente, restringe la posibilidad que el artículo 844 del Código Civil le concede al dueño para cercar su propiedad, porque le prohíbe cerrar su propiedad incluso cuando no lo grava ninguna servidumbre. Podríamos decir que, aunque el Código Civil no hace diferencia alguna, la Ley de Caminos, considera que la propiedad de un caso consistente en haber estado abierto un camino al uso público es relevante, ya que modifica la calificación deóntica de la conducta de “cerrar un predio”, ejecutada por sí y ante sí por un dueño, de facultada a prohibida.

³⁵⁷ NIETO (2007) p. 83.

³⁵⁸ GARCÍA AMADO (2010) p. 180.

Sin embargo, no podemos sino estar de acuerdo que la conclusión precitada, en la práctica habitual de los abogados, no es considerada como la derrota del artículo 844 del Código Civil, sino que su interpretación sistemática con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley de Caminos.

Lo mismo sostiene GARCÍA AMADO cuando afirma que una de las formas de escapar a la derrotabilidad de las normas “consiste en entender que unas normas establecen excepciones al alcance regulativo de otras. Es el caso respecto al castigo del homicidio y la excepción que suponen, por ejemplo, las eximentes penales. En este caso podemos sortear la idea de derrotabilidad mediante la idea de norma completa. Las excepciones, en cuanto tasadas, se incorporarían al enunciado de la norma completa. La norma completa del homicidio establecería: El que matare a otro será castigado con la pena X, salvo que obrara en legítima defensa, estado de necesidad, etc. (hasta la enumeración completa de las excepciones).”³⁵⁹ Cuando afirmamos que una norma de nuestro ordenamiento dispone que el que mate a otro será castigado con pena de prisión (Art. 391 del Código Penal), sabemos que el hecho que el homicida fuera bajo o de ojos azules, que el homicidio se cometa de día o de noche, o que fuera con un cuchillo o con sable es irrelevante para alterar la consecuencia jurídica que establece la norma (la pena): la ley del refuerzo del antecedente se mantiene. Pero, por otro lado, no dudaríamos en aseverar que la circunstancia de que la víctima hubiera, por su parte, recién dado muerte a tres personas en la cafetería donde se encontraba al homicida y se acercara a este último con un cuchillo ensangrentado, es relevante para calificar deónticamente la conducta de nuestro asesino: quizás lo mató en legítima defensa y el acto de matar a otro fue jurídicamente permitido (lícito).

Para dar una opinión respecto al *status* deóntico recurrimos a toda la normativa que consideramos aplicable al caso³⁶⁰ y luego aseveramos una regla general cuyo antecedente es una descripción general del caso concreto que tenemos enfrente; esto no es más que “el proceso de reconstrucción racional el material jurídico (que) consiste en reformular cada una de las normas tomando en cuenta la totalidad del material jurídico, con el propósito de agregar a cada una de las normas todas las condiciones y excepciones que no figuran en ella, pero que se encuentran dispersas en las otras formulaciones normativas del orden jurídico en cuestión.”³⁶¹ De esta regla general, en la que hemos explicitado excepciones que son producto de la interpretación y la integración del ordenamiento, sí esperamos que cumpla con la ley del refuerzo del antecedente.

Si hablamos del cierre de predios, esperamos que la siguiente regla sea inderrotable³⁶²:

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 181.

³⁶⁰ Esto involucra mirar los hechos probados, la competencia del juez que está conociendo la causa, etc.

³⁶¹ ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, 1991, citado en MENDONCA (edit.) (2011) p. 68.

³⁶² Utilizamos el concepto entregado por GUASTINI: «Una norma es “indefectible” –y es pues, una “regla”– cuando establece de una manera completa, exhaustiva, a la vez los hechos en presencia de los cuales se produce la consecuencia jurídica cualquiera que se trate así como las excepciones en presencia de las cuales la consecuencia no se produce.» GUASTINI (2010) p. 52.

“Si un predio no está gravado por una servidumbre constituida y no tiene emplazado un camino abierto al uso público, el dueño puede cerrarlo por todos lados”

Así, por ejemplo, si nos encontramos en un caso donde ni siquiera se discute la existencia de una servidumbre y sí hay un camino que pasa por un predio privado, pero no existe prueba alguna que haya estado abierto al uso público, la ley del refuerzo del antecedente exige que si el dueño cambia el candado o elimina el portón y lo reemplaza por una muralla, nadie puede obligarlo a reabrir el camino, porque tiene derecho a cerrar su predio por todos lados y la circunstancia precitada es normativamente irrelevante.

A este razonamiento o tipo de lógica se lo denomina “monótono” o “monotónico”, ya que la conclusión a que se llega mediante él mantiene su valor de verdad (en este caso, su valor deóntico, lo que manda, prohíbe o permite) sin importar las premisas o circunstancias que se añadan al mismo:

“La monotonicidad de la relación de consecuencia sería la versión metalingüística de la ley de refuerzo del antecedente: si cierto enunciado es consecuencia de un conjunto de premisas α , él seguirá siendo consecuencia de cualquier ampliación β del conjunto de premisas originarias o, en otras palabras, aunque aumenten las premisas, las consecuencias que se obtenían del conjunto originario de premisas se mantienen.”³⁶³

§52.2. UNA SENTENCIA MONÓTONA.

Para llevar lo explicado al plano de la realidad, tomemos la sentencia dictada por la Corte Suprema, con fecha 23 de junio de 2011, en la causa rol N° 3.154–2011, sobre apelación de recurso de protección.

En primera instancia, la Corte de Apelaciones de Temuco había acogido –con costas– la acción constitucional y dado cuenta que el recurrente de protección, la persona que se consideraba perjudicada por el cierre de un camino, había visto obligado a trasladarse de su casa y que el actuar de la recurrida estaba “vulnerando sus derechos fundamentales relativos al pleno goce de su dominio sobre el predio afectado por el cierre de camino y también, al aislar la propiedad del recurrente de conexión con el exterior, limita a su dueño de la facultad de explotarlo según sus medios y capacidades”³⁶⁴.

Por su parte, la Corte Suprema revocó la sentencia de primera instancia acudiendo a la regla que, como hemos dicho, se puede desprender del Código Civil:

“Cuarto: Que en el presente caso no aparece que la actuación de los recurridos conculque alguna de las garantías constitucionales de la recurrente previstas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República. Ello por cuanto no se encuentra acreditado por quien

³⁶³ NAVARRO y RODRÍGUEZ (2000) p. 62.

³⁶⁴ Corte de Apelaciones de Temuco, 8 de abril de 2011, rol n° 102–2011.

acciona que sea titular de algún derecho de uso o de servidumbre que lo autorice para transitar por el camino objeto de estos autos, encontrándose establecida la circunstancia contraria, esto es que carece de tal derecho, con el mérito de los documentos de fs. 80 y 85. Además, la sola circunstancia de que el recurrente pudiese haber transitado a través de los terrenos en cuestión no transforma tal conducta en un derecho que grave el inmueble en que se encuentra la vía que motiva este recurso, toda vez que de conformidad con lo que dispone artículo 882 del Código Civil las servidumbres discontinuas –a la cual pertenece la de tránsito– sólo pueden adquirirse por medio de un título, del cual carecería la recurrente, y de ahí que ni aun el goce inmemorial bastaría para constituir las.”

La *ratio decidendi* mostrada por la Corte Suprema considera sólo el derecho de dominio del recurrido sobre el predio en que se encontraba el camino y la ausencia de servidumbres a favor del recurrente para calificar el cierre como legítimo. El continuo tránsito del recurrente durante largos años a través de la vía obstruida es explícitamente descartada como una propiedad irrelevante para la decisión del caso, mientras que el resto de las circunstancias descritas por la Corte de Apelaciones son desechadas por omisión.

Con estas explicaciones esperamos haber dejado claro que las reglas funcionan –o tienden a funcionar– monótonamente en el razonamiento judicial, vale decir, que, dadas las condiciones operativas de la regla en el caso concreto, se debe dar la consecuencia jurídica (la calificación normativa) explicitada en la regla y cualquiera otra circunstancia que contenga el caso específico no altera nada. Más adelante, veremos que este comportamiento de las reglas (*rectius*, del razonamiento sobre las reglas) desaparece cuando nos encontramos con el fenómeno de la derrotabilidad.

§52.3. LAS REGLAS COMO GENERALIZACIONES ATRINCHERADAS.

Muy relacionado con la consideración del uso monotónico de las reglas en el razonamiento, se encuentra su caracterización como generalizaciones atrincheradas.

Las reglas jurídicas son órdenes generales dirigidas a clases de individuos que comparten las mismas propiedades que la regla enuncia³⁶⁵. En cuanto generales, las reglas describen a una clase de individuos –a la que pertenecen los sujetos concretos que son los destinatarios de la misma– mediante la utilización semántica de propiedades de esa clase. El proceso que se emplea por el creador de la regla al seleccionar las propiedades que identifican a los sujetos destinatarios de la orden no sólo implica la búsqueda de las circunstancias que constituyen a esa clase, sino que también implica considerar irrelevantes al resto de las propiedades no utilizadas. Una pregunta que surge inmediatamente es ¿por qué existen propiedades irrelevantes para la formulación de una regla? O, dicho de otra manera ¿a qué fin sirve la relevancia de las propiedades de una regla?

³⁶⁵ SCHAUER (2004) p. 76.

En la teoría de SCHAUER, toda regla posee una justificación subyacente³⁶⁶. La justificación subyacente de la regla determina las propiedades relevantes e irrelevantes para conseguir el fin que justifica la existencia de la misma. El autor pone el ejemplo de terrier de Herb llamado Angus que, al llevarlo a un restaurante, se pone a ladrar, saltar y comer los restos de comida del piso³⁶⁷. Evidentemente, el dueño del restaurante considera que lo sucedido no se puede repetir, porque espanta la clientela, y para ello comprende que no basta con prohibirle la entrada a Angus, sino que debe establecer una regla general que impida la incomodidad producida a sus comensales. Ahora bien, “sabemos que es poco probable – continua SCHAUER– que las conductas molestas puedan ser encuadradas en una categoría de perros en función de su raza o edad y, por lo tanto, la condición de Angus como terrier escocés y el que tenga tres años, al igual que sus propiedades de ser negro, estar ubicado a 300 millas de Chicago y ser una posesión de Herb, son causalmente irrelevantes a la luz de la justificación de la regla.”³⁶⁸ Por ende, el dueño del restaurante descarta estas propiedades y toma, del caso particular, una propiedad que considera causalmente relevante para el fin que desea alcanzar mediante la regla. Es decir, selecciona la circunstancia que Angus sea un perro para establecer una regla general: prohibido ingresar con perros³⁶⁹.

Nótese que el dueño del restaurant pasa de la observación de situación particular a la formulación de una regla que no se agota con su aplicación a distintos casos particulares. Este paso se realiza mediante la supresión de propiedades que describen el caso particular. Así, en opinión de SCHAUER, un sujeto puede ser individualizado (distinguido de cualquier otro) si se enuncian suficientes propiedades de él hasta el exacto punto en que no exista otro individuo que posea el mismo conjunto de propiedades³⁷⁰. En consecuencia, la supresión de una propiedad cualquiera de ese conjunto que forma el “perfil completo” de Angus permite generalizarlo³⁷¹, es decir, vincularlo en cuanto individuo a una categoría que contiene, a lo menos, a otro individuo más³⁷². En el caso de Angus, el dueño del restaurante toma

³⁶⁶ “Detrás de toda generalización hay una justificación. A veces denominadas fines, a veces propósitos, o incluso a veces (confusamente) razones, las justificaciones existen porque las generalizaciones normativas son habitualmente instrumentales y no últimas, siendo las justificaciones aquello para lo que resultan instrumentales. Los perros no son admitidos en un restaurante con el objeto de lograr un propósito más profundo, tal como evitar molestias a los clientes. Conducir a una velocidad que excede el límite establecido está prohibido a fin de procurar mayor seguridad. Y la regla del famoso ejemplo de H.L.A. HART “no se admiten vehículos en el parque” no excluye a los vehículos porque sean intrínsecamente malos. Más bien, la exclusión sirve de modo instrumental a una razón subyacente, como por ejemplo prevenir el ruido o preservar el orden. Continuaré refiriéndome a este fin, propósito o razón como la *justificación* subyacente a la regla, una relación que no depende de si la justificación es temporalmente anterior a la regla.” *Ibid.*, p. 113. En el mismo sentido, ORUNESU y RODRÍGUEZ (2004) p. 20.

³⁶⁷ SCHAUER (2004) p. 83.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 85.

³⁶⁹ Para un análisis similar, véase ÁVILA (2011) p. 51 y sgtes.

³⁷⁰ El “perfil completo” del individuo, *vid.* SCHAUER (2004) p. 79.

³⁷¹ “La generalización como forma de discurso supone, en consecuencia, la supresión en ciertos contextos de diferencias que serían relevantes en otros.” *Ibid.*, p. 80.

³⁷² SEBOK (1997) p. 1540.

sólo una propiedad del individuo (ser perro), y prescinde de todas las demás, para asociarla causalmente con “el mal que se pretende erradicar o la meta que se pretende lograr”³⁷³ que es la incomodidad de los comensales. En términos simples, se asocia la condición de “perro” con la categoría general de “cosas que incomodan a los comensales” y no importunarlos es una justificación subyacente de la regla prohibitiva³⁷⁴. Pero ¿qué tipo de relación causal existe entre la propiedad de “ser perro” y el disgusto de los comensales?

El que Angus sea un perro, no es una condición suficiente, ni necesaria, para que se produzca la molestia del resto de los asistentes al restaurante. No es una condición suficiente, porque puede ser el caso que Angus sea un perro lazarillo, altamente entrenado, que no ladra, ni corre por ahí, alejándose de su amo, al punto que muchos comensales pueden no darse cuenta siquiera de su presencia. Tampoco es una condición necesaria, ya que existen muchas otras mascotas que pueden ser perjudiciales para la tranquilidad y ambiente de un restaurant. En consecuencia, la relación entre las propiedades ya señaladas es la causalidad probabilística de que los perros produzcan incomodidades en los comensales³⁷⁵.

Como toda situación en que existe la probabilidad de que una cosa cause otra, el efecto puede darse o no. Cuando hablamos del cartel que cuelga en la puerta del restaurant que señala: “prohibida la entrada con perros”, el efecto de que las personas que cen en ese lugar se vean importunadas puede no darse si entra un perro perfectamente amaestrado, como puede sí darse si alguien entra con un hurón de mascota. En el primer caso, la formulación de la regla es, en la terminología que acuñara SCHAUER³⁷⁶, **sobreincluyente**, puesto que comprende más situaciones que la justificación subyacente a la regla, mientras que en la segundo hipótesis es **subincluyente**, porque deja fuera casos en que la justificación subyacente serviría para regularlos de la misma manera.

SCHAUER trata dentro del fenómeno de la sobreinclusión una situación distinta a la anterior que vale la pena relevar desde ya para comprender posteriormente en toda su amplitud el fenómeno de la derrotabilidad. Junto con el ejemplo del perro lazarillo, el autor se pone en el caso de que un perro de policía tuviera que entrar al restaurant en busca de un criminal o los perros galeses que acompañan a la Reina de Inglaterra. Aunque tiende a igualar estas situaciones con la de los lazarillos, reconoce que existe una diferencia, sólo que no la considera significativa para su explicación³⁷⁷:

³⁷³ SCHAUER (2004) p. 84.

³⁷⁴ “... al igual que la descripción, la generalización prescriptiva comienza habitualmente con un individuo, lo toma como ejemplo de una categoría más general y luego busca aquella propiedad de ese individuo que es causalmente relevante (*ser perro, en nuestro ejemplo*) para la ocurrencia de la categoría más general (*incomodar a los asistentes en el restaurant, en el caso de Angus*).” (*Ibid.*)

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 87.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 89 y sgtes.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 107, nota al pie nº 12.

“Las situaciones que involucran a los perros de policía y a los perros galeses de la Reina de Inglaterra son, en realidad, algo más complicadas. Los perros de policía y los perros galeses de la Reina de Inglaterra podrían ser indóciles y, consecuentemente, podrían molestar a los clientes del restaurante, a pesar de la existencia de otras razones en virtud de las cuales no deberíamos excluir ni a unos ni a otros del restaurante si tuviésemos que tomar una decisión completamente particularizada. De manera que la razón para no aplicar la regla puede ser externa tanto respecto a la regla como con respecto a su justificación, en el sentido que la prohibición serviría a la justificación de la regla incluso en el caso de que ello pudiera frustrar alguna otra justificación que fuese también importante para quien toma la decisión.”³⁷⁸

Esta diferencia ha sido explicitada con mayor claridad por RÓDENAS, que explica cómo este desfase entre las formulaciones normativas y sus justificaciones subyacentes puede deberse a que “las principales razones que respaldan la regla no son aplicables al caso, o bien a que –aun cuando sean de aplicación algunas de las principales razones en pro de la regla– hay otras razones presentes que no han sido consideradas en el balance de razones que la regla contempla.”³⁷⁹ En otras palabras, pudiera observarse que existen cuatro hipótesis distinguibles en cuanto a la relación existente entre la formulación de la regla y las justificaciones subyacentes:

1. Perfecta concordancia entre la formulación de la regla y su justificación, es decir, que la norma califica deónticamente sólo aquellos casos que su justificación soporta y no más, ni menos.
2. La regla comprende menos casos que los que su justificación ordena calificar.
3. La regla comprende más casos que los que justifica su razón subyacente.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 108, nota al pie nº 13.

³⁷⁹ RÓDENAS (2012) p. 39. El ejemplo de la autora ayudará a ilustrar su cita: “Volviendo al ejemplo de la prohibición de fumar en los centros de trabajo, sólo con el fin de permitirme seguir con el argumento– que pudiéramos determinar con claridad que la justificación subyacente a esta regla es la primera de las que antes he apuntado: la protección del derecho a la salud de los no fumadores. Pues bien, es fácil concebir supuestos que constituirían instancias de aplicación de la regla, pero a los que la justificación subyacente no sería aplicable. Pensemos, para empezar, en un empleado de una empresa cuyo trabajo consistiera en atender las consultas telefónicas de los clientes de la compañía fuera del horario de oficina de los demás empleados. La prohibición parece afectarle, aunque no hay derechos de terceros no fumadores en juego. Diríamos que aquí, la prescripción contenida en la formulación de la regla se extralimita respecto de lo que su justificación subyacente permite. (...) Algo análogo a lo anterior sucedería en el caso de un ensayo clínico que se llevara a cabo en un hospital, destinado a mostrar la cantidad de humo que inhala un sujeto no fumador que comparte un espacio cerrado con fumadores. Puesto que el hospital es un centro de trabajo, la prohibición también parece ser de aplicación aquí. También en este caso diríamos que la prescripción contenida en la formulación de la regla se extralimita respecto de lo que su justificación subyacente permite. Sólo que en este segundo ejemplo se produce una diferencia significativa respecto del anterior: evidentemente el ensayo clínico pone en peligro la salud de los no fumadores que participan en el mismo, pero se estima que las ventajas que se obtienen del mismo, en términos de contribución a políticas públicas de salud, son mayores que los inconvenientes derivados de la merma en la salud de los participantes.” *Ibid.*, p. 38. En igual sentido, ÁVILA (2011) p. 43.

4. Ya sea que la regla se encuentre en cualquiera de los tres hipótesis anteriores, una razón distinta a la justificación subyacente a la regla puede, en el caso concreto, tener mayor importancia que la justificación subyacente e impedir la aplicación de la regla.

El interés de SCHAUER está en mostrarnos que el fenómeno de la sub y de la sobreinclusividad de las formulaciones normativas *-i.e., de las reglas-*, que se da en las tres últimas hipótesis, se debe a su *atrincheramiento*³⁸⁰.

En nuestras conversaciones habituales –en el “modelo conversacional”, en palabras de SCHAUER³⁸¹– las universalizaciones que empleamos para describir el mundo pueden ser falsadas durante el desarrollo del discurso y probar ser meras generalizaciones que nos obligan a ajustar nuestras posiciones. Si señaló que todos los perros producen molestias en un restaurant, me pueden refutar que un perro lazarillo pasaría desapercibido, y tendría que reconocer que mi universalización es sólo una probabilidad, que sólo la mayoría de los perros producirían incomodidad. El carácter maleable de una conversación, nos permite utilizar universalizaciones que los participantes del discurso reconocen como meras generalidades o, incluso, nos facilita la posibilidad de ajustar nuestras aseveraciones a la aparición de nuevos casos³⁸².

Sin embargo, las reglas no se mueven en el plano conversacional, ya que poseen una cualidad esencial, llamada “atrincheramiento”, que las hace resistentes a los ajustes del modelo conversacional³⁸³. Dado que las reglas poseen una “autonomía semántica” respecto a sus justificaciones –es decir, podemos encontrar un significado de la regla sin necesariamente conocer la intención de quien la profiere–, en ciertas circunstancias aquellas resultan sub o sobreincluyentes respecto a estas. En la mayoría de los casos, la regla coincidirá con su justificación dado que es una instanciación o individualización de esta última, con la que guarda una relación probabilística, pero se diferencia de la justificación en cuanto está atrincherada, es decir, en cuanto mantiene su valor como argumento para actuar en el sentido que indica incluso cuando el balance de justificaciones subyacentes del caso indican lo contrario:

“Una regla existe (para cierto agente o dentro de cierto entorno de toma de decisiones) en la medida que se trata a una instanciación de una justificación (por cierto agente o por el decisor en un entorno de toma de decisiones) como atrincherada, con el poder para

³⁸⁰ “Es importante resaltar que esta sub y sobreinclusividad es, en gran medida, ineliminable; es el producto del atrincheramiento y no simplemente de cuán específica o cuán general pueda ser una regla.” SCHAUER (2004) p. 109.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 98.

³⁸² “El modelo conversacional acentúa la adaptabilidad inherente en cualquier contexto en el que los usuarios del lenguaje de modo continuo aclaran, explican y enriquecen lo que dicen a fin de adaptarse a fallos en la comprensión, cambios en el mundo, o a cambios en su percepción de ese mundo.” *Ibid.*, p. 101.

³⁸³ *Ibid.*, p. 122.

suministrar una razón para la decisión incluso cuando esa instanciación no sirve a la justificación que la genera.”³⁸⁴

De esta diferencia entre la justificación subyacente y la regla, que es una instanciación de la anterior, se pueden distinguir dos modelos extremos de toma de decisiones: uno basado en las justificaciones de las reglas y otro en las reglas. En el modelo decisional de justificaciones, el perro lazarillo y los perros policiales en busca de un delincuente podrían entrar al restaurant, pese a ser perros, pero un hurón violento no podría, pese a estar lejos de ser calificado como canino; la justificación de la comodidad de los comensales o la mayor importancia de la persecución policial determinan la decisión. En el modelo basado en reglas, lo único relevante es la propiedad de ser perro, la justificación de no causar molestias a los clientes del restaurant o la importancia de la seguridad pública no constituyen motivo suficiente para dejar de aplicar la regla que prohíbe la entrada de los perros.

Un ejemplo clarísimo del atrincheramiento de una regla nos lo entrega el artículo 11 del Código Civil, que dispone:

“Art. 11. Cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley.”

Si la justificación subyacente de una regla que declara la nulidad de un acto es evitar un fraude, la no ocurrencia de este último, según el precepto del Código Civil, no debe impedir la ocurrencia de la consecuencia jurídica –la nulidad– si se dan todas las condiciones operativas contempladas en la formulación de la regla. El artículo 11 del Código Civil es excepcional, porque rara vez una norma dispone expresamente que la aplicación de otras reglas sea insensible a la justificación subyacente de las mismas. Por esta misma excepcionalidad, es un buen ejemplo de cómo funcionan las reglas, en cuanto generalizaciones atrincheradas, frente a sus justificaciones subyacentes.

También por su atrincheramiento, las reglas son resistentes a ser inaplicadas en casos particulares sólo por el hecho que no ordenen hacer u omitir lo que, si se miraran sólo las justificaciones subyacentes, sería lo correcto:

“Las reglas tienen así una dimensión de peso o un cierto grado de resistencia a ser superadas, lo que puede también expresarse diciendo que una regla no es completamente derrotable.”³⁸⁵

Pero, continuando con SCHAUER, bajo la etiqueta de la “derrotabilidad” se esconden dos fenómenos distintos a los que el autor ya había hecho referencia –que nosotros ilustramos con una cita de

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 136.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 179.

RÓDENAS– y que denomina “deficiencia interna” y “derrotabilidad externa”. El siguiente pasaje, que transcribimos completo para su mejor comprensión, resulta ilustrativo de la diferencia:

*“Pero debe tenerse el cuidado de distinguir dos fenómenos. Cuando una regla no es aplicable en aquellos casos en los que la justificación **para esa regla** es inaplicable, ella se vuelve inaplicable en virtud de una **deficiencia interna**. Y, tal como lo he sostenido detenidamente a lo largo de este libro, una regla que resulta inaplicable en todo caso de deficiencia interna no es, en un sentido importante, una regla en absoluto. En consecuencia, una regla es vulnerable a las deficiencias internas cuando resulta inaplicable sobre la base de razones exclusivamente vinculadas con la aplicabilidad de las justificaciones que subyacen a la propia regla. Por contraste, las reglas con cierta resistencia a las deficiencias internas, que tienen por lo tanto el carácter que considero una condición necesaria para la existencia de una regla imperativa, pueden no obstante estar sujetas a ser desplazadas por factores particularmente exigentes que son externos tanto respecto de la regla como de su justificación. Cuando las reglas resultan inaplicables (o, más exactamente, no concluyentes) sobre la base de tales factores, que no son en sí mismos una función de lo que la propia regla está destinada a obtener, puede decirse que esas reglas son **externamente derrotables**, sujetas a ser derrotadas o a tornarse no concluyentes en virtud de factores externos a la regla misma.”³⁸⁶*

En términos más simples, el desfase que puede tener una regla respecto a las justificaciones subyacentes a ella puede darse por un defecto interno de la formulación normativa, en cuanto comprende casos que la justificación subyacente no requiere regular o no regula casos que sí ordena normar, u otra justificación distinta a la que funda la regla es más importante, en el caso específico, que esta última.

§52.4. UNA SENTENCIA FUERA DE LA TRINCHERA.

Para ilustrar el modo en que se mueven los tribunales entre las reglas y sus justificaciones subyacentes a la hora de ejercer la jurisdicción, podemos volver a nuestro recurrente caso del cierre de caminos.

En una sentencia de 18 de junio de 2013, la Corte de Apelaciones de Chillán³⁸⁷ resolvió un recurso de protección interpuesto por un grupo de personas dueñas de un predio que tenía por única salida al camino público una senda que corría por el medio del predio vecino, en uso durante 50 años, y cuyo dueño lo había cerrado con estacas y alambres de púas. La Corte de Apelaciones rechazó el recurso de protección luego de comprobar la inexistencia de una servidumbre inscrita a nombre de los recurrentes y afirmando “que el dueño de un predio o el inmueble tiene la facultad de cercarlo y delimitarlo, ello

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ Sentencia causa rol N° 93–2013.

como consecuencia de los atributos del derecho de dominio, esto es, gozar, usar y disponer del dominio”. El tribunal, aunque sin explicitarlo, aplicó el artículo 844 del Código Civil (que permite cerrar el predio de cualquier manera si no existe servidumbre) como una generalización atrincherada, al igual que en la sentencia revisada en §52.2, sin considerar aquellas razones tras las normas que evitan que un predio se encuentre enclavado (art. 847 del Código Civil) y que también se fundan en el derecho de propiedad, aunque en su función social como mejor manera de aprovechar los bienes.

La Corte Suprema³⁸⁸, reafirmando la acreditación de todos los hechos ya descritos, revocó la sentencia apelada sin refutar el sentido de ninguna de las normas aducidas por el tribunal *a quo*, pero añadiendo una justificación ajena al ámbito patrimonial y relativa al acceso a la justicia:

«SEPTIMO: Que constituye un principio fundamental del Derecho, la proscripción de la auto tutela, cuyo reconocimiento impide resolver los conflictos de propia mano al margen de los procedimientos que el ordenamiento establece para tal propósito, salvo situaciones de excepción que por cierto no concurren en la especie. Bajo estas consideraciones, no resulta legítimo que el propietario del inmueble denominado “El Espinal” haya procedido, como lo reconoce, a levantar un cerco que impide el paso de los recurrentes, toda vez que según se informó por Carabineros de Chile a fs. 53 y por el Director de Obras Municipales de Quillón a fs.62, los recurrentes no cuentan con un acceso a aquél, situación que debe dilucidarse ocurriendo al tribunal competente y al procedimiento institucionalizado para ese propósito, pues nadie se encuentra al margen de lo que establece la ley. Por lo anterior, el proceder del recurrido resulta ilegítimo e infringe la garantía de igualdad ante la ley prevista en el artículo 19 N° 2 de la citada Carta Política puesto que esa situación de hecho no será regulada en igual forma que otras de similar naturaleza, precisamente por apartarse de los procedimientos dispuestos por el legislador.» (énfasis nuestro)

Mientras la regla del artículo 844 del Código Civil es una instanciación de una justificación subyacente consistente en que el valor de la propiedad privada es poder usar, gozar y disponer de la cosa arbitrariamente siempre que no resulten afectados derechos ajenos, la Corte Suprema se aleja del atrincheramiento de la regla y del valor de su justificación subyacente para darle mayor peso a una justificación de otras muchas reglas (la proscripción de la autotutela) que no se basa en la propiedad como bien protegido, sino en el igualitario acceso a la justicia en caso de controversias: la regla es externamente derrotada, ya que –en el caso concreto– sigue sirviendo a la justificación subyacente consistente en la protección del derecho de propiedad del dueño del predio, no es sub, ni sobreinclusiva respecto a la satisfacción de este derecho, pero, cuando se aplica la regla en un número reducido de casos en que existía un camino de antigua data que es la única vía de acceso a otro inmueble, su

³⁸⁸ Sentencia causa rol N° 4285–2013, de 6 de agosto de 2013.

aplicación es desplazada en favor de una razón subyacente a nuestro sistema jurídico: la proscripción de la autotutela.

§54. LA DERROTABILIDAD CONSTITUCIONAL DE LA LEY.

Lo que no hemos respondido, y que tampoco contesta satisfactoriamente SCHAUER³⁸⁹, es qué resulta necesario para que un tribunal, frente a un fenómeno de sub o sobreinclusión, pueda alejarse de la regla atrincherada y resolver el caso concreto mirando directamente a las justificaciones subyacentes a las reglas.

Un camino para responder esta cuestión está estrechamente vinculado con justificar, o simplemente describir, que los jueces pueden no aplicar las normas en aquellos casos en que producen resultados moralmente injustos. Así lo explica BAYÓN, al referirse a la diferencia raziana entre el “razonamiento para establecer el contenido del derecho” y el “razonamiento con arreglo al derecho”:

“El primero estaría gobernado por la tesis de las fuentes, esto es, se desenvuelve sin recurrir a ninguna clase de evaluación moral y, precisamente en ese sentido, cabe considerarlo «autónomo». Pero cuando este primer tramo se ha completado, uno puede encontrarse con que una parte del derecho identificado de ese modo consiste precisamente en el otorgamiento de discrecionalidad a los jueces para introducir excepciones a las normas jurídicas cada vez que encuentren relevantes razones morales para hacerlo. Cuando de hecho suceda tal cosa (y Raz sostiene que en nuestras prácticas jurídicas esto es efectivamente lo que sucede), es el derecho mismo el que lleva a los jueces a aplicar siempre consideraciones extrajurídicas (es decir, morales) para resolver un caso: porque en cuanto se confiere potestad de excepcionar el derecho por razones morales en algunos casos, los jueces tienen que recurrir a la argumentación moral en todos y cada uno de los casos – siquiera sea de modo tácito– para determinar si procede o no, y en qué forma, hacer uso de dicha potestad.”³⁹⁰

Esta distinción, que reconoce la derrotabilidad de las normas jurídicas por consideraciones morales, ha servido como argumento para defender al positivismo de los ataques que hacen ver cómo los jueces, al decidir casos concretos, muchas veces dejan de aplicar los estándares legales cuando producen resultados absurdos: la respuesta de RAZ es que identificación de lo que es el material jurídico (lo que dicen las fuentes del Derecho) se define convencionalmente, pero eso no determina necesariamente la respuesta de cómo resolverán los jueces³⁹¹. Sin embargo, esta explicación deja en el aire una definición

³⁸⁹ Cfr. ATRIA (2001b) p. 187; RÓDENAS (1999) p. 229.

³⁹⁰ BAYÓN (2002) p. 64.

³⁹¹ “Es importante advertir que lo expresado se limita a poner de manifiesto que no siempre las soluciones normativas de un sistema jurídico resultan moralmente admisibles; que el contenido normativo de un sistema jurídico puede ser cuestionado desde el punto de vista de otro sistema normativo –un cierto sistema moral–. (...)”

fundamental ¿acaso no es un criterio jurídico el que permite definir cuándo el resultado de la aplicación de una norma jurídica puede ser rechazado por el juez y el precepto, por ende, inaplicado en razón de contravenir consideraciones morales?

Sin embargo, por interesante que sea explorar la noción de derrotabilidad como cauce por el que el razonamiento moral puede permear la aplicación del derecho, los fines que nos hemos planteado en esta investigación tienen que ver con si acaso el fenómeno de la derrotabilidad nos ayuda a explicar de mejor manera el control concreto que ejerce el TC en la INA.

Para esta tarea, basta con seguir un camino ya recorrido por BAYÓN³⁹², quien aprovecha los instrumentos conceptuales entregados por ALCHOURRÓN y BULYGIN³⁹³ para poder dar cuenta de la revisión constitucional efectuada a las calificaciones deónticas que los jueces llevan a cabo al aplicar la ley.

§55. TESIS E HIPÓTESIS DE RELEVANCIA: LA CLAVE DE LAS LAGUNAS AXIOLÓGICAS Y LA DERROTABILIDAD.

Para A&B un problema normativo “puede ser considerado como una pregunta acerca del status deóntico de ciertas acciones o conductas, es decir, su permisión, prohibición u obligatoriedad.” Por su parte, las normas son asociaciones de casos (acciones o conductas) con soluciones (su permisión, prohibición u obligatoriedad), pero para describir los casos, se usan propiedades de los mismos. Así, una propiedad de un caso puede ser el hecho de ser “dueño”, tratarse de un “predio libre de servidumbre”, etc. De esta manera, un conjunto de propiedades identifica un caso genérico resuelto deónticamente por una norma y constituye sus “condiciones operativas”³⁹⁴. Una consecuencia natural de esta concepción, es que, mientras más propiedades se añadan a un caso, el campo de aplicación de la norma disminuye³⁹⁵.

Una propiedad es “relevante” en un determinado conjunto de normas, si los casos en que ella está presente y aquellos en que está ausente no tienen la misma solución o uno de los casos no tiene solución correlacionada³⁹⁶. Por ejemplo, en el conjunto de normas del Código Civil, la propiedad de ser

No hay inconveniente en aceptar que la aplicación de cualquier norma jurídica puede resultar derrotada en este sentido, pero ello no constituye una objeción contra la posibilidad de identificar las normas que integran el sistema jurídico en cuestión, razón por la cual está destinada al fracaso toda pretensión de emplear esta idea como estrategia de impugnación de las tesis centrales del positivismo jurídico.” RODRÍGUEZ (2002) p. 390.

³⁹² BAYÓN (2003).

³⁹³ Vid. ALCHOURRÓN y BULYGIN (2006).

³⁹⁴ RATTI (2007) p. 153.

³⁹⁵ *Ibid.*

³⁹⁶ RATTI explica la relevancia de la siguiente manera: “Según el modelo de *Normative Systems*, una cierta propiedad es descriptivamente relevante, en relación con un determinado sistema normativo, cuando: *a*) alguna norma del sistema menciona dicha propiedad; *b*) dicha propiedad (*e.g.*: *p*) y su propiedad complementaria ($\sim p$, la negación de *p*) tienen diferentes estatus normativos (es decir: o bien el mismo sistema las correlaciona con diferentes soluciones normativas, o bien una de las dos propiedades, a diferencia de la otra, no está correlacionada, por parte del sistema, con ninguna solución).” *Ibid.*, p. 154.

un “predio libre de servidumbre de tránsito” es relevante porque, de acuerdo a lo que dispone el artículo 844 de dicho cuerpo legal, su presencia está asociada a la solución de “permitido cerrar el predio” y su ausencia, a la de “prohibido cerrar el predio”. Por otro lado, en ese mismo conjunto de normas, el hecho que una persona tenga determinada estatura es completamente irrelevante, ya que el Código Civil no asocia la estatura de una persona a ninguna consecuencia jurídica; pero esta conclusión no tiene por qué ser cierta para todo el ordenamiento, de hecho, el Decreto con Fuerza de Ley N° 1791, de 1979, que fija el estatuto del personal uniformado de Gendarmería de Chile, asocia la concurrencia de una determinada estatura mínima a la consecuencia “permitido el ingreso a Gendarmería” y su ausencia, a “prohibido el ingreso a Gendarmería”³⁹⁷. En otras palabras, la “relevancia” de una norma es una función dependiente de un determinado conjunto de normas.

El conjunto de propiedades relevantes que cumplen con la condición señalada en el párrafo precedente constituye la *tesis de relevancia* de ese conjunto de normas. El enunciado que identifica estas propiedades es completamente descriptivo y cumple con separar aquellas características que cuya concurrencia o ausencia son importantes para resolver un problema normativo y aquellas que no. Así, no forma parte de la tesis de relevancia del Código Civil el hecho que una persona haya pasado durante años por un camino emplazado en una propiedad privada, porque su presencia o ausencia no es considerada en ninguna norma para calificar jurídicamente un comportamiento; por otra parte, sí es relevante la propiedad de ser un “predio desprovisto de acceso a un camino público” integra la tesis de relevancia porque califica como permitida la imposición (sin consentimiento del dueño) de una servidumbre de tránsito sobre un predio vecino³⁹⁸ y su ausencia, prohíbe tal coerción.

A&B consideran sumamente importante distinguir la *tesis de relevancia*, de la *hipótesis de relevancia*, ya que tienden a confundirse habitualmente en el discurso de los operadores jurídicos: “decir que una propiedad es relevante en el sentido prescriptivo (que forma parte de la hipótesis de relevancia) es afirmar que un estado de cosas *debe* o debería darse, esto es, que un caso y su complementario (el caso en que no se da esa propiedad) *deben* tener diferente *status* normativo. Así, por ejemplo, en las frases «La propiedad p es relevante para este caso, aunque el legislador no la haya tenido en cuenta» o «El legislador no tuvo en cuenta la propiedad p al solucionar el caso C, pero p es relevante”, que son por cierto bastante comunes, el término «relevante» está usado en el sentido prescriptivo (si lo estuviera en el sentido descriptivo, ambas frases serían contradictorias).”³⁹⁹ Como señalamos, la tesis de relevancia

³⁹⁷ El artículo 13, numeral 1, letra g, y numeral 2, letra g, establecen que el reglamento establecerá la estatura mínima para el ingreso a Gendarmería de Chile; actualmente, ese mínimo es 1,65 y 1,58 metros para hombres y mujeres, respectivamente (Decreto N° 26, de 1983, del Ministerio de Justicia)

³⁹⁸ Art. 847 del Código Civil. Si un predio se halla destituido de toda comunicación con el camino público por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre y resarciendo todo otro perjuicio.

³⁹⁹ ALCHOURRÓN y BULYGIN (2006) p. 154.

es descriptiva, informa de un conjunto de normas como es, pero la hipótesis de relevancia es prescriptiva, dice cómo debería ser ese conjunto de normas, y proviene de un criterio externo a ese conjunto o sistema de normas. Por este motivo, A&B aclaran que la determinación de la *hipótesis de relevancia* es un problema axiológico y que el criterio para determinarla es valorativo, este criterio puede ser subjetivo de un operador (sus preferencias personales) u objetivo en relación a un conjunto de valores (p.e., los subyacentes al Derecho Natural).

A partir de la comparación entre la tesis de relevancia y la hipótesis de relevancia de un determinado sistema jurídico se puede afirmar que un determinado conjunto de normas es axiológicamente incorrecto (injusto) si la hipótesis de relevancia tiene más propiedades que la tesis de relevancia, es decir, que el sistema no distingue en casos en que debiera distinguir, o tiene menos propiedades que la tesis de relevancia, es decir, que distingue en casos que debiera tratar igual. La otra posibilidad de incorrección axiológica se da cuando, aunque coincidan la tesis con la hipótesis de relevancia, el sistema correlaciona las propiedades con soluciones injustas⁴⁰⁰. Sobre estos tres tipos de incorrección axiológica volveremos prontamente.

Un ejemplo de laguna axiológica es rescatado por A&B desde la obra de Karl ENGISCH, "Introducción al Pensamiento Jurídico". Se trata de la decisión del Tercer Tribunal del Reich alemán efectuada en 1927 respecto de un doctor que practicó un aborto a una mujer cuyo estado psiquiátrico indicaba que su embarazo la llevaría a suicidarse. El Código penal alemán castigaba el aborto sin excepciones especiales, sin regular el caso de la prescripción médica; el tribunal, finalmente, absolvió al médico considerando que concurría el estado de necesidad justificante, pese a que el mismo Código considera esa causal de justificación sólo para el autor del hecho o un pariente⁴⁰¹. El tribunal alude a una laguna, pero lo cierto es que la tesis de relevancia del Código penal no consideraba que contar con la prescripción de un psiquiatra por riesgo de suicidio fuera una propiedad relevante para solucionar el caso, mientras que en la hipótesis de relevancia del tribunal, sí.

En el modelo original de A&B, que una persona afirmara que una determinada propiedad es relevante para resolver un caso, pero fue ignorada por el legislador, sólo podía ser una aseveración prescriptiva, vale decir, de algo que debía ser y no de algo que era en el orden jurídico, así que no era falsa ni verdadera. La crítica de la tesis de relevancia proveniente de la hipótesis de relevancia, en esta concepción, no podía ser interna al sistema jurídico estudiado, sino que debía –por definición– venir de un criterio externo al mismo (axiológico, moral, político, etc.). Fue RODRÍGUEZ quien refinó la idea de relevancia descriptiva al señalar que:

“Al dictar ciertas normas, toda autoridad normativa parte de un determinado sistema axiológico. Si es cierto que la autoridad normativa no ha tomado como relevante una

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 157.

⁴⁰¹ ALCHOURRÓN y BULYGIN (2006) p. 163.

propiedad porque no la consideró, pero, de haberla considerado, hubiese determinado una solución normativa diferente al caso, ello significa que, según su sistema axiológico, esa propiedad debía ser tomada como relevante. Así, afirmar en un caso dado que existe en un sistema normativo una laguna axiológica podría interpretarse como una afirmación en el sentido de que no solamente cierta propiedad debe ser considerada relevante en el sistema normativo α según un cierto sistema axiológico β , aún cuando no lo ha sido, sino además que el sistema axiológico β coincide con el sistema axiológico del legislador. En tal caso, la hipótesis de relevancia tendrá carácter descriptivo y será relativa al sistema axiológico presupuesto por el legislador al dictar ciertas normas, de acuerdo con el cual una cierta propiedad debe ser considerada relevante en el sistema normativo α ."⁴⁰²

Posteriormente, BULYGIN ha aceptado que la distinción hecha en *Normative Systems* era insuficiente y que la reconstrucción del RODRÍGUEZ resulta de utilidad para explicar el punto de vista de los operadores jurídicos⁴⁰³. Esta versión de una hipótesis de relevancia descriptiva basada en el sistema axiológico del legislador ha sido criticada, entre otros, por RATTI, en razón de las dificultades para identificar esos valores y para postular que el legislador sigue un sistema axiológico coherente a través del tiempo⁴⁰⁴. Sin embargo, estas críticas a la hipótesis de relevancia descriptiva identificada por RODRÍGUEZ no afectan el punto que no interesa relevar: *"Al dictar ciertas normas, toda autoridad normativa parte de un determinado sistema axiológico."*

La diferencia del planteamiento que queremos hacer con RODRÍGUEZ, es que el autor argentino toma el sistema axiológico de la autoridad normativa como algo que esta última elige o configura, pero cabría acotar que, en los estados constitucionales modernos –al menos–, toda autoridad normativa constituida se encuentra vinculada en su producción de normas a un nivel normativo superior y, cuando hablamos del legislador, la Constitución que lo vincula contempla un sistema axiológico propio⁴⁰⁵.

Este sistema axiológico constitucional es el que le permite a BAYÓN afirmar que:

"Los principios (constitucionales) pueden suministrar hipótesis de relevancia que pongan en cuestión determinadas tesis de relevancia usadas por el legislador al construir el universo de casos de una regla, bien por considerarlo demasiado fino, bien por considerarlo muy poco fino. Pero en la medida en que los principios son parte del derecho, y no criterios axiológicos externos a él, ello implica que las tesis de relevancia usadas por el legislador son

⁴⁰² RODRÍGUEZ (2002) p. 75.

⁴⁰³ BULYGIN (2005) p. 82.

⁴⁰⁴ Vid. RATTI (2007).

⁴⁰⁵ A menos que se trate del hipotético caso que la Carta Fundamental sólo regule aspectos formales de la producción legislativa.

jurídicamente derrotables (defeasible) sobre la base de ciertas consideraciones valorativas."⁴⁰⁶

En la misma línea, MORESO valora el instrumental conceptual que aporta la distinción entre tesis e hipótesis de relevancia para explicar la influencia constitucional en los sistemas normativos, aunque naciera para explicar la crítica externa al derecho:

"(...) lo que en NS (Normative Systems) se denomina hipótesis de relevancia, puede no ser una proposición extraña al sistema jurídico, sino interna a él, exigida por las normas constitucionales, por ejemplo. En este caso, el juez debe reformular el microsistema normativo teniendo en cuenta una propiedad irrelevante en el nivel de las reglas, pero que es relevante en el nivel de los principios constitucionales. Creo que éste es un uso interesante y fecundo de la noción de laguna axiológica aplicado a los sistemas constitucionales."⁴⁰⁷

Por su parte, RUIZ MANERO integra al concepto de laguna axiológica la distinción entre reglas (legales) y principios (constitucionales) para dar la siguiente definición:

"Un cierto caso constituye una laguna axiológica de un cierto sistema jurídico si y sólo si (1) ese sistema contiene una regla que soluciona el caso, pero (2) sin que dicha regla considere como relevante una propiedad que, de acuerdo con las exigencias que se derivan del balance de principios relevantes de ese sistema jurídico, sí debiera considerarse como relevante."⁴⁰⁸

Analizada de la manera precedente la relación entre la Constitución y la ley, tenemos una tesis de relevancia presentada por la ley que se encuentra compuesta por todas las propiedades (condiciones de aplicación) que a nivel legislativo son relevantes para resolver un caso y, por otro lado, una hipótesis de

⁴⁰⁶ BAYÓN (2003) p. 64. A una conclusión similar, pero no idéntica, llega ALCHOURRÓN en uno de sus últimos trabajos:

*"Una de las discusiones más importantes de este siglo en la filosofía del derecho fue la sostenida entre H. Hart y R. Dworkin sobre la naturaleza de los elementos de un sistema jurídico. Hart, en su famoso libro *The Concept of Law* (1961), sostiene que un sistema jurídico es un conjunto estructurado de reglas (normas). A esta tesis Dworkin le objetó en *"The Model of Rules"* (1967) que en un sistema jurídico hay elementos de dos clases completamente diferentes: reglas y principios. Consecuentemente, la teoría de Hart era inadecuada por ser incompleta: no tomaba en cuenta la existencia de los principios con su peculiar naturaleza. La crítica de Dworkin y Hart es, en la filosofía del derecho, paralela a la crítica de Ross a Kant en el campo de la moral.*

Dworkin sostenía que la diferencia entre reglas y principios es de naturaleza lógica. Las reglas se aplican o no se aplican a los casos, la respuesta a la cuestión de su aplicabilidad es siempre del tipo sí o no. No hay grados en su campo de aplicabilidad. Por el contrario, la aplicabilidad de los principios es siempre una cuestión de grado: se debe, en cada caso, sopesar un principio con otros para saber cuál es aplicable, debido a que un principio puede ser desplazado por otro en ciertos casos. En otras palabras, los principios son derrotables en su misma naturaleza." ALCHOURRÓN (2010) p. 106.

⁴⁰⁷ MORESO (2005) p. 199.

⁴⁰⁸ RUIZ MANERO (2005) p. 123; ATIENZA y RUIZ MANERO (2006) p. 62.

relevancia dictada por la Constitución respecto a qué propiedades deben ser relevantes para resolver el mismo caso.

Retomando el tema de las incorrecciones axiológicas que muestra un conjunto de normas, que ahora restringimos a las legales, señalamos que esta incorrección puede darse porque el ordenamiento legal asocia una consecuencia jurídica injusta a los casos que describe o porque existe una diferencia entre el conjunto de propiedades que contempla la tesis de relevancia de la ley y las propiedades que la Constitución (matriz de la hipótesis de relevancia de la ley) considera relevantes, ya sea, porque la ley contempla propiedades relevantes que para la Constitución no lo son, o porque la ley no contempla propiedades que sí son relevantes para la Constitución. Desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas de estas incorrecciones axiológicas, que es la misma perspectiva de los vicios de constitucionalidad como enfermedades y la justicia constitucional como tratamiento de la patología (*vid.* §5 y §6), las tres situaciones son distintas.

En primer lugar, la atribución de consecuencias inconstitucionales a supuestos de hecho legales, incluso cuando la ley considera que son relevantes las mismas propiedades que la Constitución estima como tales, es un problema de inconstitucionalidad de la norma que se resuelve por la invalidez de la norma legal. Un ejemplo claro de este tipo de situaciones en que el vicio de inconstitucionalidad se radica en la consecuencia jurídica asociada a las propiedades de la norma, y no a la inclusión o exclusión de propiedades al momento de describir el caso, es el que nos muestra la sentencia del 15 de febrero de 2006 del Tribunal Constitucional alemán que declaró inconstitucional las secciones de la Ley de Seguridad Aérea (Luftsicherheitsgesetz – LuftSiG)⁴⁰⁹. El artículo 13(1) de la precitada ley definía las condiciones de catástrofe inminente en que podía intervenir la Fuerza Aérea federal para evitarla y el artículo 14(3) disponía que: “El uso directo de la fuerza militar es permitido sólo si, considerando las circunstancias, se estima que existen intenciones de que la aeronave sea usada para matar personas y el uso de dicha fuerza militar es el único medio disponible para evitar el peligro actual.” Como cualquiera puede imaginarse, la legislación había sido diseñada para evitar que aviones secuestrados fueran usados en contra de la población, tal como lo fueron en los atentados a las Torres Gemelas de Estados Unidos en 9/11. El tribunal alemán declaró inconstitucionales las precitadas disposiciones porque vulneraban el artículo primero de la Carta Fundamental de ese país, en cuanto la protección de la dignidad de las personas implica la prohibición de usarlas como medio en beneficio de otras, ni aunque fuera para salvar la vida de muchas más personas que las sacrificadas:

«El deber de respeto y protección de la dignidad del hombre, obliga “al Estado y a sus órganos a proteger la vida de cada individuo”. Sin embargo, el §14.3 LuftSiG considera a los

⁴⁰⁹ Disponible en el sitio web oficial del Tribunal Constitucional federal alemán http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705.html. Un resumen para la prensa puede encontrarse en el mismo sitio: <http://www.bverfg.de/en/press/bvg06-011en.html>

pasajeros y tripulación de un avión secuestrado parte del arma con la que se va a cometer un atentado terrorista y les priva del derecho a la vida, base de la dignidad de la persona. En otras palabras, “les cosifica y, a la vez, les priva de derechos”. Y todo ello en una situación en la que “no pueden influir independientemente en sus circunstancias” y en la que “rara vez podrá establecerse con certeza” qué sucede en la aeronave. En cualquier caso, una norma que permite matar a inocentes es, más allá de cualquier valoración penalística, inconstitucional por “incompatible con el derecho a la vida y el deber del Estado de respetar y proteger la dignidad del hombre” (Rn. 118–136, 120, 124, 123, 126 y 130).»⁴¹⁰

De una forma categórica, que ha sido criticada⁴¹¹, el TC alemán configura una consecuencia inconstitucional cualquiera sea el supuesto de hecho que se le asocie: “bajo la aplicación del artículo 1.1 de la Ley Básica (garantía de la dignidad humana) es absolutamente inconcebible matar intencionalmente a personas que se encuentran en una situación tal de indefensión en base a una autorización legal.” Este tipo de aseveraciones se encuentra en línea con una jurisprudencia constitucional que niega la posibilidad de someter a ponderación el respeto a la dignidad de la persona: “desde que el principio de la dignidad humana cumple la función de ser el ancla de –o servir del núcleo de– el sistema constitucional alemán, cualquier dilución del mismo hace aparecer el espectro de perder el punto de apoyo de Arquímedes.”⁴¹²

Cualquier norma legal que asociara cualquier grupo de propiedades (secuestro de un avión comercial, de una planta nuclear, etc.) a la consecuencia “permitido matar intencionalmente personas inocentes en situación de indefensión” sería, para la línea jurisprudencial alemana, axiológicamente incorrecta desde el punto de vista constitucional, no por la elección del caso genérico, que –como dijimos– es indiferente, sino porque califica deónticamente de manera favorable (permitido) un hecho que es incompatible con la matriz axiológica de la Constitución. La solución entre la antinomia que se produce entre esta norma legal hipotética y la Carta Fundamental se resolvería por la inconstitucionalidad en abstracto de aquella, con la consiguiente derogación, nulidad o invalidez sobreviniente de acuerdo a lo que el respectivo sistema jurídico establezca.

La otra forma de incorrección axiológica (vicio constitucional, en nuestro análisis) depende de las diferencias entre la tesis de relevancia que plantea la ley (las propiedades de los casos que sus normas consideran relevantes) y la hipótesis de relevancia que formula la Constitución (las propiedades que la Carta Fundamental estima como relevantes). Esta diferencia entre ambos grupos de propiedades conlleva, como lo señala BAYÓN, cuestionar “determinadas tesis de relevancia usadas por el legislador al

⁴¹⁰ ROIG y RUIZ (2006) p. 4.

⁴¹¹ Véase, para una crítica desde el punto de vista del principio moral del doble efecto, GARCÍA–HUIDOBRO y MIRANDA (2013).

⁴¹² NASKE y NOLTE (2007) p. 470.

construir el universo de casos de una regla, bien por considerarlo demasiado fino, bien por considerarlo muy poco fino.”⁴¹³

El análisis de las diferencias entre las propiedades contenidas en la tesis de relevancia legal y en la hipótesis de relevancia constitucional a nivel de la totalidad del rango normativo de la ley en relación con la Constitución requiere despejar la situación en que la Carta Fundamental reconoce necesariamente campos de acción en que el legislador puede libremente calificar deónticamente una acción; por esta característica relación entre Constitución y ley, la regla será que la tesis de relevancia legal sea un conjunto con más propiedades que las incluidas en la hipótesis de relevancia de la Constitución. El análisis es más interesante cuando se restringe a un conjunto menor de normas legales como, por ejemplo, las aplicables a una controversia, sin embargo, incluso en estas circunstancias lo más seguro es que los reglas legales aplicables consideren más propiedades que las normas constitucionales aplicables y que sean indiferentes a estas últimas (no estén incluidas en la hipótesis de relevancia) por la misma libertad de configuración que la Constitución otorga al legislador. En otras palabras, que una tesis de relevancia legal sea, en palabras de BAYÓN, “muy fina” en relación a la hipótesis de relevancia extraída de la Constitución, en el sentido que hace más distinciones que aquella porque contiene más propiedades, es una situación que por sí misma no implica siempre y necesariamente la necesidad de solucionar esa incorrección: de hecho, la misma Constitución autoriza al legislador a hacer distinciones basadas en propiedades que la Carta Fundamental no estima relevantes. La verdadera discordancia entre la tesis de relevancia legal con la hipótesis de relevancia constitucional a que se refiere BAYÓN tiene que ver con el imperativo constitucional de no distinguir entre dos grupos de casos y el incumplimiento de ese imperativo cuando la norma legal toma como relevante la propiedad presente en uno de los grupos, y ausente en otro, para darle diferente *status* normativo a cada uno.

Distinta es la situación cuando una propiedad relevante para la Constitución, no es tomada en cuenta por la ley al calificar deónticamente una conducta; en estas situaciones se trata legalmente de manera igual a dos grupos de casos siendo que en sólo en uno de ellos se da una propiedad que la Constitución considera relevante en el sentido que le atribuye una consecuencia jurídica distinta al grupo de casos en que está ausente de aquel en que está presente.

A partir de estas distinciones podemos encontrarnos con dos situaciones que nos interesa distinguir porque tienen una diferente configuración como vicio constitucional y, por ende, pueden combatirse a través de distintos mecanismos que otorga la justicia constitucional:

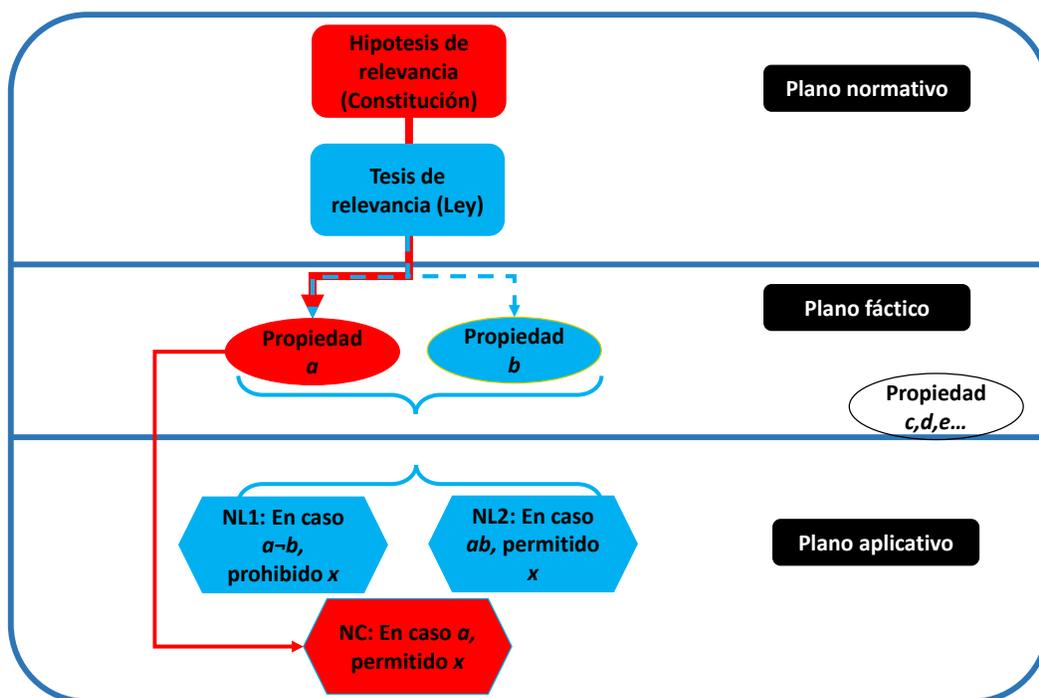
⁴¹³ BAYÓN (2003) p. 64.

a) Por un lado, tenemos la posibilidad que el universo de casos configurados por el legislador sea “demasiado fino”, es decir, que a nivel legal se distinga (mediante normas) entre situaciones que no se debiera constitucionalmente distinguir.

b) Por otro lado, puede darse que el universo de casos configurados por el legislador sea “muy poco fino”, es decir, que considere que hay menos propiedades relevantes que las que la Constitución determina como tales, de modo que existe, a lo menos, una norma legal que iguala dos situaciones que la Constitución ordena distinguir mediante el establecimiento de una consecuencia deóntica –distinta a la legal– en el caso en que sí concurre la propiedad que es constitucionalmente relevante, pero legalmente inocua.

Veamos, con más detalle, las hipótesis a) y b) reseñadas precedentemente:

§54.1. LA TESIS DE RELEVANCIA DE LA LEY CONTIENE MÁS PROPIEDADES QUE LA HIPÓTESIS DE RELEVANCIA QUE EXIGE LA CONSTITUCIÓN, DIFERENCIANDO CASOS QUE ÉSTA ÚLTIMA ORDENA TRATAR DE MANERA IGUAL:



La figura precedente ilustra un caso ejemplar en que la ley, conteniendo una propiedad relevante adicional (*b*, en el esquema) a la hipótesis de relevancia que presenta la Constitución, realiza una distinción que esta última no efectúa entre todos los casos *a*, que no presentan la propiedad adicional *b*, y los que no lo presentan. Como ya señalamos más arriba (§54), no es extraño que la ley contemple más propiedades relevantes que las que la Carta Fundamental estima necesarias para que el ordenamiento legal sea conforme con ella; la dificultad se produce desde el momento en que la Constitución ordena

tratar a dos casos de manera igual, pero la ley los distingue asignándoles diferentes soluciones deónticas.

Como acertadamente explican A&B: “esto quiere decir que existe por lo menos una propiedad relevante (*d*, en nuestro esquema) que no debe serlo (...). Aquí el legislador –en vez de pasar por alto una distinción– ha hecho demasiadas distinciones. Ello trae como consecuencia que algunas soluciones sean injustas, pero este caso no es una laguna axiológica.”⁴¹⁴ En esta hipótesis, la dificultad se produce porque la Constitución soluciona un caso a partir de un número reducido de propiedades y el legislador considera relevante una propiedad adicional para dar una solución deóntica distinta a la que otorga la Carta Fundamental: se produce la inconstitucionalidad por diferenciación entre supuestos de hecho iguales.

Observada la antinomia que se produce entre NC y NL1, cabe concluir que todo el campo de aplicación de la norma legal se opone a lo dispuesto constitucionalmente, que, a su vez, tiene un campo de aplicación más amplio, ya que abarca los casos comprendidos en NL1 y NL2, y, por ende, nos encontramos en una situación en que todas las aplicaciones de la norma legal son contrarias a la Carta Fundamental, pero existen aplicaciones de la norma constitucional que no se ven opuestas por el precepto legal.

Sólo por referirnos a un autor clásico sobre la materia, ROSS califica a esta situación como una *inconsistencia* o antinomia total–parcial: “existe inconsistencia entre dos normas cuando se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas”⁴¹⁵ y esta inconsistencia es total–parcial “cuando una de las dos normas no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que ésta tiene un campo adicional de aplicación en la cual no entra en conflicto con la primera. Tal inconsistencia se da cuando un círculo se encuentra dentro del otro.”⁴¹⁶ Este tipo de inconsistencias se resuelve, generalmente, en favor de la aplicabilidad de la norma con un menor campo de aplicación, sin afectarse la validez de aquella que se opone, sino que su “alcance”; sin embargo, cuando el conflicto normativo se produce también a nivel jerárquico, es la norma de mayor grado, aunque tenga un campo de aplicación más general, la que desplaza a la norma inferior y especial. Como señala PRIETO, “este género de conflictos presenta una extraordinaria frecuencia y relevancia, pues la mayor parte de los problemas de inconstitucionalidad son de esta clase: antinomia entre un precepto constitucional, sin duda superior y por lo común más general, y un precepto legal, sin duda inferior y también por lo común más especial (...) no parece haber ninguna duda del triunfo del criterio jerárquico, y ello, entre otras cosas, porque aquí está en juego la fuerza

⁴¹⁴ ALCHOURRÓN y BULYGIN (2006) p. 160. Cfr. SUCAR (2008) p. 395

⁴¹⁵ ROSS (2005) p. 164, en igual sentido TARELLO (2013) p. 146.

⁴¹⁶ ROSS (2005) p. 164.

jurídica de las normas; bastaría dictar normas legales específicas para burlar la supremacía constitucional, o normas reglamentarias específicas para burlar la supremacía de la ley.”⁴¹⁷

El resultado de esta antinomia es la invalidez de la norma especial, a lo menos, si definimos como inválida aquella norma que no posee ninguna aplicación que no sea contraria a lo que ordena una norma superior, por ende, cuando la hipótesis de relevancia constitucional tiene más propiedades que la tesis legal, el vicio que afecta a la norma legal es la inconstitucionalidad –si se quiere– en abstracto.

Un ejemplo interesante de este tipo de discordancias entre tesis e hipótesis de relevancia es dado por MORESO al analizar la sentencia 222/1992, de 11 de diciembre de 1992⁴¹⁸, del TC español. Se trataba de una cuestión de inconstitucionalidad se dirigía en contra del artículo 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) de ese país, que regula la subrogación arrendaticia en caso de muerte del arrendatario:

Artículo 58.1. Al fallecimiento del inquilino titular del contrato de arrendamiento, su cónyuge, descendientes, con preferencia los hijos varones menores de edad, las hijas solteras y los mayores impedidos físicamente, hijos adoptivos que hubieran sido adoptados antes de cumplir los 18 años, ascendientes y hermanos, con preferencia las hermanas solteras, tanto en el parentesco legítimo como en el natural, que con aquél hubiesen convivido habitualmente en la vivienda con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento, podrán subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendamiento. No será necesaria la convivencia de los que estuviesen sometidos a la patria potestad del fallecido y, respecto al cónyuge bastará la mera convivencia sin exigencia en el plazo de antelación.

El juicio principal desde donde se había originado la cuestión de constitucionalidad tenía por fin la resolución del arrendamiento por muerte del inquilino, pero su conviviente –habitante de la casa– se defendió oponiendo el derecho a subrogarse en el contrato. Como puede leerse en la norma impugnada, la cónyuge supérstite del inquilino se subroga por la mera convivencia, mientras que la conviviente no casada ni siquiera se menciona. El TC español estimó que la diferencia entre la cónyuge y la conviviente *more uxorio* vulneraba el imperativo constitucional de igualdad de cara al derecho de todos los españoles a una vivienda digna y adecuada (art. 47 de la Constitución española), de modo que, en conclusión, declaró que “el art. 58.1 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos (Texto Refundido aprobado por Decreto 4.104/1964, de 24 de diciembre) es inconstitucional en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación mortis causa a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido.”

Como explica MORESO: “una forma de comprender la STC 222/1992 es sostener que el principio de igualdad requiere que el UC (universo de casos) relativo al derecho de subrogación sea *menos fino* que

⁴¹⁷ PRIETO SANCHÍS (2008) p. 140.

⁴¹⁸ El texto completo de la sentencia puede consultarse en el sitio web del Boletín Oficial del Estado: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1993-1243

el contemplado por el legislador de la antigua Ley de Arrendamiento Urbanos. Así, aunque el legislador puede dar la solución normativa que considere oportuna al hecho de la convivencia *more uxorio* en relación al derecho de subrogación, lo que no puede (en el sentido de que carece de competencia para ello, se trata de un mundo constitucionalmente imposible) es dar al matrimonio el carácter de propiedad privilegiada en relación al derecho de subrogación.”⁴¹⁹ Lo que quiere decir el autor español, y que se ve representado en la figura más arriba, es que la cantidad de casos planteada por el legislador (cónyuge conviviente, cónyuge–no conviviente, pareja conviviente, pareja–no conviviente) es demasiado fino en el sentido que realiza muchas distinciones al tomar en cuenta la propiedad de “estar casado” (propiedad *b*, en nuestro esquema) como relevante de cara al derecho de subrogación, siendo que la hipótesis de relevancia constitucional no lo considera así para este caso, de acuerdo al TC, sino que sólo se fija en la convivencia (propiedad *a*).

De la disposición legal (art. 58.1) se extraen dos normas legales distintas. Por un lado, la norma NL1 que dispone que si estamos ante el caso de una conviviente (*a*) que no está casada ($\neg b$) con el inquilino fallecido, está prohibido que se subroge en el arriendo (*x*). Por otro lado, la norma NL2 que establece que una conviviente (*a*) casada (*b*) tiene permitido subrogarse (*x*). A continuación, el TC construyó una norma constitucional (NC) a partir de razonar que si el legislador daba un beneficio que servía para el ejercicio de un derecho constitucional, aunque el beneficio no fuera exigido por la Carta Fundamental, su otorgamiento a todos los que estaban en la misma situación sí era un imperativo constitucional⁴²⁰; en consecuencia, la subrogación arrendaticia era un beneficio al que se tiene derecho sólo por ser conviviente del inquilino fallecido, de modo que la condición de estar o no casada con este último era irrelevante. Como puede verse en el esquema, la NC está en contradicción con NL1, no con NL2; la oposición es de norma a norma, y no –como sucede en las lagunas que veremos en §54.2– entre la norma constitucional y un sector del campo de aplicación de una norma.

Ahora bien, si volvemos a nuestro análisis en cuanto a que la tesis de relevancia legal tienes más propiedades que la hipótesis de relevancia constitucional, diferenciando casos que debería tratar de manera igual, recordemos que la solución para este desfase entre tesis e hipótesis consiste en quitarle el carácter de relevante a la propiedad que hace la diferencia. Esto último se puede conseguir tanto eliminando la norma que la utiliza como condición operativa, como añadiendo una norma que atribuya la misma consecuencia deóntica a todos los casos caracterizados por la ausencia de la propiedad relevante.

⁴¹⁹ MORESO (1997) p. 175.

⁴²⁰ El TC chileno ha realizado una afirmación de ese tipo: “VIGESIMO: Que, de otro lado, como se acostumbra entender en el derecho internacional de los derechos humanos, si bien la cláusula de igualdad no impone necesariamente, en ciertas condiciones, el reconocimiento de un derecho sustantivo determinado, si el Estado lo otorga, debe hacerlo de manera equitativa y no excluyente;” (STC 1373, 22.06.10)

El TC español optó por este último camino arguyendo los efectos perniciosos de eliminar (i.e., declarar inconstitucional) la norma diferenciadora, pero su línea de razonamiento podría haber sido otra si se hubiera tratado de un gravamen en vez de un beneficio:

“Ha de declarar este fallo, desde luego, la inconstitucionalidad sobrevenida de la exclusión enjuiciada, pero no la nulidad de la regla legal que concede hoy al <cónyuge> el beneficio de la subrogación, resultado éste que, sobre no reparar en nada la discriminación apreciada, dañaría, sin razón alguna, a quienes ostentan, en virtud del art. 58.1 de la L.A.U., un derecho que no merece, claro está, tacha alguna de inconstitucionalidad.”

A riesgo de extendernos en demasía, consideramos útil detenernos en la opinión de dos autores que atribuyen a este tipo de desajuste entre tesis e hipótesis de relevancia, la condición de ser una “laguna axiológica”, ya que, a partir de a través de la refutación de sus argumentos, podremos identificar con más claridad las diferencias con la situación que trataremos más adelante (§54.2).

§54.1.1. RICCARDO GUASTINI.

GUASTINI, seguido en España por PRIETO⁴²¹ y entre nosotros por NÚÑEZ LEIVA⁴²², considera que esta categoría es una laguna axiológica porque coincidiría con su definición de la misma como “ausencia de una norma que debería estar”⁴²³. Veamos su explicación:

“De lagunas axiológicas se pueden distinguir fundamentalmente dos tipos:

(...)

(2) Puede suceder además que un supuesto de hecho sí esté regulado por una norma, pero que tal regulación no sea conforme a lo que ordena otra norma positiva: en particular, una norma material o axiológicamente superior.

Se encuentra ejemplos paradigmáticos de lagunas de este tipo en todos los casos en los que el intérprete considere violado el principio de igualdad (art. 3, apartado 1, Constitución italiana) tal como es normalmente entendido –evocando a Aristóteles– en la jurisprudencia constitucional: se deben tratar de igual modo los casos iguales, de distinto modo los casos distintos.

(...)

⁴²¹ PRIETO SANCHÍS (2008) p. 129.

⁴²² NÚÑEZ LEIVA (2012) p. 526.

⁴²³ GUASTINI (2014) p. 146. GUASTINI parte de una noción demasiado amplia y, por ende, imprecisa de laguna axiológica: “Una laguna axiológica es la falta de una norma *justa*. Más precisamente: En un conjunto de normas hay una laguna axiológica cada vez que una clase de casos es regulada por una norma, pero la reglamentación existente es juzgada por el intérprete como insatisfactoria. Lo que falta es pues no «una norma» inexpresada, sino justamente una norma que regule el caso de una manera «satisfactoria», una norma «justa.” GUASTINI (2010) p. 62.

(b) El legislador, al regular una determinada clase de supuestos de hecho, ha omitido regular del mismo modo otra clase de supuestos de hecho, considerada por el intérprete «sustancialmente» igual a la primera, por lo que a supuestos de hecho «sustancialmente» iguales se vinculan consecuencias jurídicas distintas.

Por ejemplo, el legislador ha impuesto un gravamen fiscal a las «pequeñas empresas»; de este modo, el legislador no ha tomado en consideración otra clase de empresas –«las grandes empresas»– que siendo (a juicio del intérprete) «sustancialmente» iguales a la clase de las pequeñas empresas, exigiría la misma regulación. Falta por tanto una norma igualadora que vincule al supuesto de hecho «grandes empresas» la misma regulación.”⁴²⁴

Lo cierto es que en esta categoría de desajuste entre tesis e hipótesis de relevancia, a diferencia de lo que sucede en la que explicaremos a continuación, no es necesariamente verdad que falte una norma: lo único que exige la Constitución es que ambos supuestos de hecho sean tratados de manera igual, si esto se logra agregando una norma legal al sistema o eliminando la que hace la diferencia no depende del principio de igualdad. De hecho, en el ejemplo que pone GUASTINI, lo más seguro es que sea un pequeño empresario el que se dirija a la jurisdicción constitucional solicitando la invalidez de la norma que ha impuesto el gravamen fiscal porque se lo discrimina en el ejercicio de la actividad económica respecto al gran empresario que puede efectuar el mismo ejercicio, pero sin el gravamen: la igualdad se alcanzaría por sustracción de una norma y, por ende, no cabría hablar de laguna axiológica para esta hipótesis.

Por otro lado, tampoco puede señalarse que estamos ante otra forma de derrotabilidad, porque la norma que impone el gravamen fiscal no queda sujeta a excepciones implícitas, ni pueden encontrarse casos en que su aplicación sea constitucional: siempre hace una diferencia injusta respecto a los grandes empresarios. En definitiva, cuando la tesis de relevancia de la ley tiene más propiedades que lo que exige la Constitución, no necesariamente falta, ni sobra, una norma legal, pero sí sobra una diferencia hecha por la ley.

§54.1.2. PERLUIGI CHIASSONI.

⁴²⁴ GUASTINI (2014) p. 148. Sin embargo, el autor italiano no ha sido consistente, ya que, en otra parte [GUASTINI (2012) p. 182], no ha realizado esta distinción entre dos tipos de lagunas, sino que ha sostenido un concepto de laguna axiológica que excluye esta situación (§54.1) y se remite a la que nosotros tratamos más adelante (§54.2): “Una laguna axiológica ocurre cada vez que un determinado caso es normado por una regla legal, pero –en la opinión del intérprete– tal regulación es insatisfactoria desde un punto de vista axiológico, ya que el legislador no toma en cuenta una distinción que debía realizar. (...) En otras palabras, una laguna axiológica no es un caso sin solución legal, sino un caso con una “mala” solución. Está claro que este tipo de laguna no se parece a la inexistencia absoluta de una regla, porque el caso está regulado: la norma que se presume ausente es una regla “satisfactoria” o “justa”, a saber, una regla “diferenciadora”, *i.e.* una norma que provea una decisión distinta para el caso que, en la perspectiva del intérprete, es substantivamente distinto y, por ende, requiere una solución distinta.”

CHIASSONI explícitamente señala: “yo considero, contrariamente a lo sostenido por ALCHOURRÓN y BULYGIN, que es oportuno adoptar una noción de laguna axiológica más amplia de la suya: precisamente la que aquí se ha delineado, esto es, la de la laguna axiológica sustitutiva.”⁴²⁵ Este concepto más amplio abarcaría las lagunas existentes por ausencia de una “norma diferenciadora” –que es el concepto clásico de A&B–, y las existentes por ausencia de una “norma igualadora”. Entre las similitudes que el autor encuentra entre ambos especímenes de lagunas, la forma en que ellas pueden ser eliminadas nos interesa particularmente, ya que alude precisamente al mecanismo que la justicia constitucional puede utilizar para “sanar” el sistema: “En algunos casos en los que falta una norma óptima igualadora, el defecto axiológico puede ser eliminado mediante operaciones exactamente del mismo tipo de las que se han llevado a cabo en los casos de ausencia de norma diferenciadora (para los cuales ALCHOURRÓN y BULYGIN han estipulado reservar el *nomen* técnico de «lagunas axiológicas»).”⁴²⁶ Sin embargo, esto no es así; las lagunas por ausencia de normas diferenciadoras se solucionan mediante la derrota (inaplicación) de la norma existente, mientras que las supuestas lagunas por ausencia de norma igualadora pueden solucionarse mediante la derogación de la norma diferenciadora existente o por la inclusión de una nueva norma que otorgue el mismo beneficio o imponga el mismo gravamen que ésta. El mismo CHIASSONI, criticando la frase de GUASTINI respecto a que las lagunas ideológicas y la derrotabilidad son dos caras de una misma moneda, hace notar que los dos tipos de lagunas –que nombra de manera distinta a como aparece en la cita realizada– no se solucionan de igual manera:

*“Las lagunas axiológicas se presentan en dos tipos de situaciones: en presencia de normas que pueden ser consideradas sea como hiper-inclusivas (over-inclusive), sea como hiper-dispositivas (over-reaching), a la luz de un conjunto de otras normas que se asume representan los criterios relevantes de validez de las normas del sistema (criterios de validez sistémica). (...) (En el primer caso) la laguna axiológica es una situación compleja, constituida por la presencia de una norma igualadora sub-óptima (no diferenciadora) y por la ausencia de la norma óptima diferenciadora, cuya presencia en cambio, se asume, sería requerida por los criterios de validez sistémica. (...) (En el segundo caso) –que por cierto es exactamente el contrario del precedente– la laguna axiológica es, nuevamente, una situación compleja, constituida por la presencia de una norma sub-óptima diferenciadora y por la ausencia de la norma óptima igualadora, cuya presencia en cambio, se asume, sería requerida por criterios de validez sistémica. (...) **Ahora bien, la idea de la derrotabilidad de las normas jurídicas puede ser utilizada como un instrumento para remediar a la primera de las dos situaciones de laguna axiológica. (...) Derrotabilidad y lagunas***

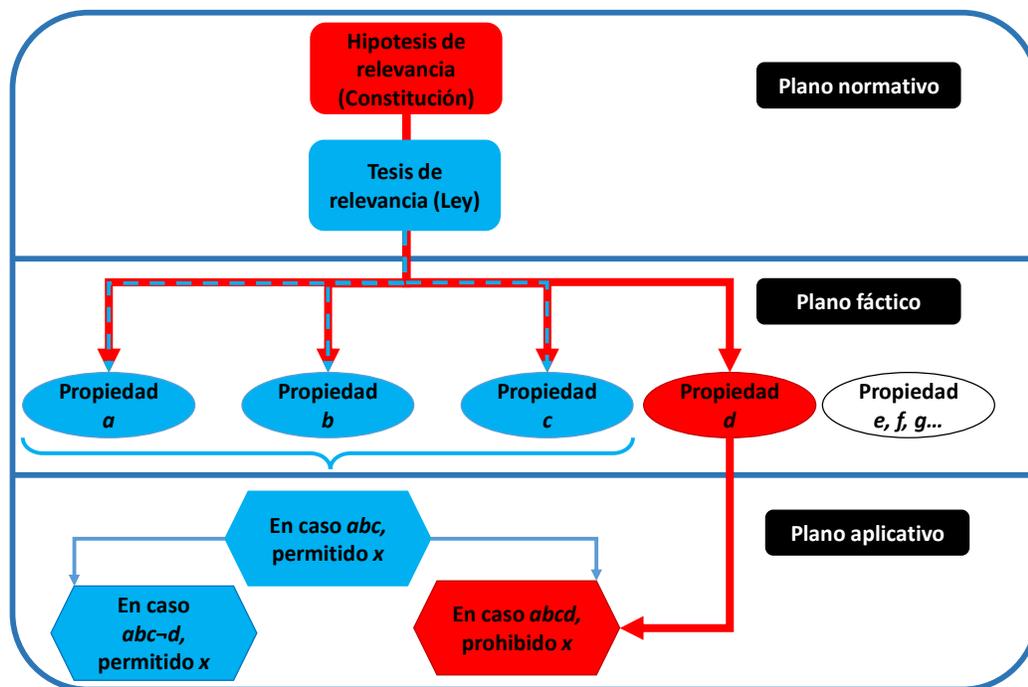
⁴²⁵ CHIASSONI (2011) p. 241.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 248.

axiológicas, con respecto de las normas hiper-inclusivas, están efectivamente entre ellas correlacionadas."⁴²⁷ (énfasis nuestro)

Si la derrotabilidad está asociada sólo al tipo de lagunas que nos referiremos en §54.2, como considera correctamente CHIASSONI, entonces tenemos una razón de peso para distinguirlas.

§54.2. LA TESIS DE RELEVANCIA DE LA LEY CONTIENE MENOS PROPIEDADES QUE LA HIPÓTESIS DE RELEVANCIA QUE EXIGE LA CONSTITUCIÓN:



La figura precedente representa cómo, en primer lugar, en el plano normativo tenemos una tesis de relevancia legal, vale decir, un conjunto de propiedades que son relevantes para la ley existente, y una hipótesis de relevancia determinada por la Constitución para la ley, o sea, la Carta Fundamental establece cuáles de las propiedades debieran ser relevantes para la ley y, en el esquema, la Constitución considera que es relevante una propiedad adicional (*d*) que no es relevada por la ley, de manera que esta última está igualando casos –i.e. dándoles la misma solución deóntica– que según la Constitución debieran ser tratados de manera distinta. Ya hemos señalado (§54.1) que este tipo de situaciones son las que A&B llama “laguna axiológica” por la falta de una norma diferenciadora, vale decir, una situación en que el ordenamiento norma el supuesto de hecho dándole una solución deóntica, pero que desde un punto de vista axiológico –que, en este caso, es el contenido filosófico–político de una Constitución que

⁴²⁷ CHIASSONI (2012).

tiene poder normativo– es una solución inadecuada porque la norma legal no hace una diferencia dentro de su campo de aplicación que debiera realizarse.

Luego, tenemos el plano fáctico o caso concreto que se caracteriza por mostrar las propiedades *a, b, c, d, e, f, g*, etc., pero sólo las propiedades *a, b y c* son tomadas en cuenta por la ley para dar una solución al caso (permitido *x*), mientras que *d, e, f, g*, etc. son irrelevantes para resolver el caso. Por otra parte, tenemos la llamada “hipótesis de relevancia constitucional”, la que define que las propiedades relevantes no son sólo las que propone la ley, sino que, además, la propiedad *d*.

En el plano de la aplicación de las normas, en amarillo se encuentra la consecuencia deóntica que la ley contempla para el caso que concurran las propiedades *a, b y c*: en dicha situación, está permitido *x*. Pero la Constitución nos señala que, para el caso que concorra también la propiedad *d*, ésta resulta relevante y hemos definido como “relevantes” aquellas propiedades que alteran el *status* deóntico de una acción; en otras palabras, desde el punto de vista constitucional, si acaece la situación *d* en un caso *abc*, la Carta Fundamental asocia al caso *abcd* un solución deóntica diversa a la que establece la ley (“permitido *x*”).

Estas reflexiones realizadas al nivel de los enunciados normativos se vincula con una característica propia de los Estados constitucionales de Derecho. La garantía jurisdiccional de la Constitución, realizada en nuestro ordenamiento a través del TC, permite que los tribunales adecúen la generalidad de la ley a las exigencias de cada caso: “Frente a las apreciaciones globalizantes del interés general – sostiene PEÑA FREIRE– y a los intentos homogeneizadores y generalistas de la ley, en los que se ha inoculado un sentido político determinado que siempre es parcial respecto de la pluralidad social, la solución jurisdiccional presupone la imposibilidad de regulación normativa de todo lo social o, lo que es lo mismo, la inexistencia de una norma precisa que expresa una regulación adecuada a cada caso; de ahí que el juez pueda/deba recurrir a todo el ordenamiento ofrecer una solución jurídica a cada conflicto, llevando la norma general al caso concreto conforme a los valores y principios constitucionales que unifican el ordenamiento y le dan sentido.”⁴²⁸

§54.2.1) LAS LAGUNAS AXIOLÓGICAS COMO ANTINOMIAS PARCIAL–PARCIAL Y EN CONCRETO.

Sin embargo ¿es exacto afirmar que la concurrencia de la propiedad *c* es lo que derrota la norma legal *abc*→*Px*? Seguimos a GARCÍA AMADO cuando señala que una afirmación tal es entimemática:

“Se suele presentar los casos de derrota de una norma jurídica diciendo que la concurrencia en el caso de cierta circunstancia C especial hace que no se aplique la consecuencia de la norma que venía al caso. Con esto pareciera que se da a entender que tal circunstancia C tiene por sí un valor normativo y que dicho valor o fuerza normativa de la circunstancia es bastante para derrotar la norma que para el caso concurría. Pero si con circunstancia se alude a algún tipo de hecho, ese modo de razonar resulta lógicamente insostenible.

⁴²⁸ PEÑA FREIRE (1997) p. 245 y véase p. 250.

***La circunstancia fáctica C tiene que estar asociada a alguna otra norma para que sea apta para justificar una conclusión normativa a partir de C.*⁴²⁹**

A la misma conclusión llega RODRÍGUEZ cuando señala que: “En orden a justificar la introducción de una excepción dentro de una regla, otra regla con una solución incompatible tiene que ser encontrada, así como una preferencia que ordene elegir esta última en caso de conflicto. De esta manera, la pregunta central aquí es la siguiente: ¿En base a qué otras reglas es posible justificar la introducción de excepciones, que no pueden ser exhaustivamente enumeradas, a las reglas legales?”⁴³⁰

Una de las respuestas a esta pregunta es que las reglas legales pueden ser excepcionadas por normas constitucionales. Veámoslo.

Hemos dicho que cuando concurren las circunstancias de existir un predio que no está sujeto a servidumbre, ni tiene emplazado un camino que haya estado abierto al público, la ley permite al dueño cerrar el predio por todos lados.

Bajo ese supuesto, en unos pocos casos del campo de aplicación de la norma se dará una característica adicional: otro predio quedará enclavado, es decir, sin acceso al camino público. En esos pocos casos, se afecta el derecho de propiedad del predio vecino, porque no podrá usar o gozar como dueño de él si no puede acceder libremente al mismo, y, consecuentemente, también se afecta su derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, porque la privación del goce de su propiedad se produce sin intervención alguna de tribunales, de manera que el dueño del predio que cierra se convierte en una comisión especial. Podemos estar de acuerdo que estas afectaciones se producen cuando el predio queda enclavado debido al cierre y no se producen cuando no se da esa circunstancia: el dueño del predio que fue privado de uno de los dos o más accesos a caminos públicos puede seguir gozando del inmueble, incluso si llegar a él se ha vuelto más difícil; en otras palabras, los dos casos son distintos desde el punto de vista de la afectación de derechos constitucionales.

En consecuencia, para que la norma legal sea derrotable por causas constitucionales la acción de quitarle acceso a un predio hasta el camino público se tiene que encontrar prohibida constitucionalmente por una norma constitucional. Esta forma de reconstruir la estructura del

⁴²⁹ GARCÍA AMADO (2010) p. 201. En el mismo sentido, RODRIGUEZ (2012) p. 105. Aunque nos adelantamos un poco, conviene señalar que sucede lo mismo cuando en el contexto del control concreto que se ejerce mediante la INA se señala que una norma legal recibe una aplicación que produce efectos inconstitucionales por las circunstancias del caso; es así porque las circunstancias del caso están calificadas por la Constitución como jurídicamente relevantes: “La concreción está dada precisamente por el apoderamiento jurisdiccional que el tribunal hace del asunto, tanto desde la perspectiva del razonamiento y decisión relativos a la integración del sistema de fuentes, incluyendo la interpretación de textos normativos, como desde el ángulo de la conexión de los datos fácticos, y su calificación jurídica, con el sistema de fuentes, y todo ello a la luz de los elementos de juicio, de carácter procesal, que los relacionan” (énfasis nuestro) ALDUNATE (2009) p. 11.

⁴³⁰ RODRIGUEZ (2012) p. 105.

razonamiento que sigue el juez permite distinguir seis etapas distintas que presentamos en una sucesión que no necesariamente reflejan su ocurrencia temporal:

1) Caso concreto acreditado en juicio: Juan privó de acceso al predio de Pedro al cerrar el propio, ya que en este último existía un camino que no era una servidumbre constituida, ni estaba abierto al público, pero que Pedro usaba para llegar a su propiedad.

2.1) Formulación de la regla legal: Si existe un predio sin servidumbre y que no tiene emplazado un camino de acceso público, entonces el dueño puede cerrar el predio (art. 844 del Código Civil).

2.2) Status deóntico a nivel legal: La acción de Juan está permitida.

3.1) Formulación de la norma constitucional: Está prohibido privar del goce de su propiedad a otra persona sin un debido proceso (art. 19 N° 3 y N° 24 de la Carta Fundamental).

3.2) Norma constitucional concretada: Impedir por mano propia el acceso a un predio ajeno es privar del goce a su dueño, lo que está prohibido⁴³¹.

3.3) Status deóntico a nivel constitucional: La acción de Juan está prohibida.

4) Formulación de la antinomia: 2.1 es contradictoria con 3.2 porque una permite la que la otra prohíbe y ambas son aplicables a 1.

5) Resolución de la antinomia: Se aplica 3.2

6) Adjudicación: Juan no puede cerrar su predio por todas partes.

Esta reconstrucción del razonamiento judicial, en especial de los dos pasos signados con el número 3, permite apreciar que cuando afirmamos que el actuar del dueño que cierra su predio, legalmente permitido, en algunos pocos casos produce efectos inconstitucionales, caracterizados por producir el enclavamiento de otro predio, es una forma distinta de aseverar que en esta última clase de casos se produce una contradicción normativa entre la norma legal que permite al dueño cerrar el predio y la norma constitucional que prohíbe privar del goce de su propiedad a otra persona sin un proceso

⁴³¹ No nos hacemos cargo de cómo un operador jurídico pasa de la disposición constitucional contenida en la fuente del Derecho denominada Constitución a una norma constitucional, mediante el proceso de interpretación. Aunque el tema es de extrema importancia para la adjudicación y la dogmática constitucional, en los pasos 3.1 y 3.2 asumimos que esto es posible. Más aún, junto con GUASTINI, se podría afirmar que este paso de interpretación y especificación del texto constitucional es conceptualmente necesario: "Para hacer posible la comparación entre un principio y una regla es necesario extraer del principio una regla (implícita) –con supuesto de hecho cerrado, inderrotable, no genérica– que tenga el mismo antecedente (es decir, que regule la misma clase de supuestos de hecho) que la regla cuya constitucionalidad se discute." GUASTINI (2014) p. 212.

judicial⁴³². La reformulación de las lagunas axiológicas como antinomias ha sido planteada por CHIASSONI:

“Una laguna axiológica es la situación en la que, como se ha apenas visto, en un sistema jurídico, respecto de un supuesto de hecho abstracto jurídicamente relevante y de una determinada quaestio iuris, se considera que, al menos prima facie, hay una norma que no debería estar; y, correlativamente, no está, cuanto menos prima facie, la norma que debería estar. La norma prima facie vigente es axiológicamente subóptima. ¿Pero en qué sentido?

El modo más obvio de entender la suboptimalidad de una norma parece ser el siguiente: la norma prima facie vigente es subóptima, ya sea porque es incompatible respecto de alguna otra norma, superior, del mismo sistema o de otro sistema normativo, ya sea porque resulta incompatible (incongruente, inadecuada) respecto de elementos diferentes de normas (que asumen sin embargo la función de criterios de valoración en razón de normas presupuestas) (...)

Así pues, cuando el parámetro a la luz de la cual una norma de un sistema jurídico viene considerada subóptima es, a su vez, (configurado y presentado como) una norma, la situación puede ser caracterizada como un caso de antinomia (lógica o de otro tipo) –y esto, en particular, en caso de que la norma que hace las veces de parámetro de la optimalidad de otra norma pertenezca, por hipótesis, al mismo sistema jurídico–.

Los teóricos que han reflexionado sobre las «lagunas axiológicas» (y/o «ideológicas»), frecuentemente, no han considerado este perfil de la cuestión: presentándolas, precisamente, como un tipo bastante peculiar de lagunas; y omitiendo el poner de

⁴³² Entendemos por “contradicción normativa” o “antinomia” que “dos normas dispongan para un *mismo* supuesto de hecho (una circunstancia o combinación de circunstancias), singular y concreto, consecuencias jurídicas entre ellas *incompatibles*. En virtud de una primera norma N1, el caso F tiene la consecuencia G; en virtud de una segunda norma N2, el mismo caso F tiene la consecuencia no-G. Estas situaciones de conflicto, contraste o incompatibilidad entre normas se llaman comúnmente «antinomias»” *Ibid.*, p. 117. Dada la falta de precisión con que a veces se utilizan las expresiones “caso” o “supuesto de hecho” –que algunas veces se refieren a un ente abstracto descrito mediante propiedades genéricas y, en otras, a una situación concreta– es necesario relevar que la contradicción normativa que nos interesa se da a nivel del caso concreto, vale decir que en una circunstancia determinada existan órdenes contradictorios desde el ordenamiento. Otras definiciones que se han dado de antinomias y que van en el mismo sentido: “«Por lo tanto, había definido la antinomia así: hay una antinomia si, de al menos un comportamiento, o la comisión o la omisión son permitidas y no permitidas» (CONTE, A.G., *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Giappichelli, Torino, 1962, p. 55)”, citado en CHIASSONI (2010) p. 271; “Así definiremos «antinomia normativa» (en adelante antinomia) como sigue: dos normas antinómicas cuando existiendo identidad en sus antecedentes deónticos (a) tienen caracteres deónticos incompatibles (antinomia deóntica) o (b) existe una imposibilidad (no empírica ni valorativa) de aplicar y/o cumplir ambas simultáneamente (antinomia no deóntica) (incompatibilidad de consecuencias jurídicas)” ITURRALDE SESMA (1987) p. 333.

manifiesto eventuales conexiones entre aquéllas, por un lado, y (cabría decir) las (buenas, viejas) antinomias, por el otro.”⁴³³

En cuanto normas, la norma legal y la constitucional mantienen un campo de aplicación en que no se contradicen y otro en que sí. La norma legal permite el cierre de predios en un número de casos en que no se afecta el goce de otro inmueble: siempre que no quede enclavado ningún predio cercano. Por su parte, la norma constitucional prohíbe la privación del goce de un derecho en muchas otras situaciones distintas a las relacionadas con un camino: cuando el arrendador corta suministros básicos del arrendatario para forzarlo a pagar, cuando el instituto de educación superior no otorga un certificado de estudios a un alumno moroso⁴³⁴, etc. Sin embargo, cuando el cerramiento de un predio deja enclavado a otro, en ese caso concreto, la norma legal permite cerrar por todos lados y la norma constitucional prohíbe cerrar el mismo inmueble, la misma circunstancia es calificada deónticamente de manera disímil por dos normas.

Siguiendo la clasificación de las antinomias instaurada por ROSS, esta antinomia es parcial-parcial, es decir “cada una de las dos normas tiene un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra, pero tiene también un campo adicional de aplicación en el cual no se producen conflictos.”⁴³⁵ Para la resolución de antinomias existen “metanormas metodológicas cuya función consiste en establecer: –cuál, de entre dos normas incompatibles, debe prevalecer sobre otra; y además, –de qué manera ésta debe prevalecer, esto es, con qué efectos desde el punto de vista del ordenamiento jurídico pertinente, o bien de un sector o subsector de aquél.”⁴³⁶ Estas metanormas son las que conocemos como los clásicos criterios de resolución de antinomias llamados jerárquico, temporal y de especialidad, a los que algunos añaden el de competencia, excepcionalidad, axiológico, entre otros⁴³⁷. Algunos de estos criterios consideran aspectos formales de las normas (*rectius*, de las disposiciones) como la fecha de entrada en vigencia o el rango de la fuente, mientras que otros se determinan necesariamente mediante

⁴³³ CHIASSONI (2011) p. 238; en el mismo sentido, GARCÍA AMADO (2010) p. 201.

⁴³⁴ Corte de Apelaciones de Talca, rol n° 60.845–2002, confirmada por la Corte Suprema, rol N° 1692–2002.

⁴³⁵ ROSS (2005) p. 164. Otra definición conforme con la anterior es dada por CHIASSONI: “Dos normas son implícitamente incompatibles de modo relativo y bilateral, cuando reconocen consecuencias jurídicas incompatibles en dos supuestos de hechos abstractos diversos, caracterizadas por propiedades conceptuales discordantes pero no recíprocamente exclusivas, de modo que, según ROSS, el ámbito de aplicación de una de las dos normas resulta parcialmente incluida en aquella de la otra norma, y viceversa (ROSS evoca, a propósito, la imagen de dos círculos que se intersectan).” CHIASSONI (2010) p. 286. Por su parte, también GUASTINI califica a este tipo de lagunas axiológicas como una oposición parcial-parcial: “Técnicamente, la relación entre (NP1=si x mata a otro, entonces x debe ser castigado con la pena P) y (NC1=Si x compra una cosa, entonces x debe pagar el precio de dicha cosa) con (NP2=Si x actúa en legítima defensa, entonces x no debe ser castigado) y (NC2=Si x realiza un contrato por coacción, entonces dicho contrato es nulo) no es de especialidad puesto que entre sus supuestos de hecho no hay relación ni de identidad ni de inclusión, sino de intersección. Obsérvese que son, más bien, supuestos –en principio–de antinomia parcial-parcial, que no pueden resolverse por los criterios tradicionales de resolución de antinomias: *lex superior*, *lex posterior* ni *lex specialis*.” GUASTINI (2010) p. 119, nota al pie n° 14.

⁴³⁶ CHIASSONI (2011) p. 319.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 318 y sgtes.

la observación de lo dispuesto, su materia, como sucede con los criterios axiológicos, de especialidad y de competencia. Sin embargo, en una antinomia parcial–parcial, el criterio de especialidad no es aplicable, ya que presupone la existencia de una antinomia total–parcial para poder calificar a una de las normas como especial (la englobada) y otra como general (la que engloba). El criterio determinante, en esta antinomia parcial–parcial entre ley y Constitución, es el jerárquico, ya que se opone una norma constitucional a una legal, pero, siendo la oposición meramente parcial, el efecto producido es la reducción del campo de aplicación de la norma legal a todos los casos en que se dan sus condiciones de aplicación y no está presente la propiedad que la Constitución estima como relevante. Por otra parte, los casos en que se dan las condiciones de aplicación de la norma legal y la propiedad relevada por la Constitución, que necesariamente serán un subconjunto dentro del campo de aplicación de la norma legal anterior a su derrota⁴³⁸, estarán asociados a la calificación deóntica que hace la Constitución.

Además de tratarse de una antinomia parcial–parcial, este desajuste entre hipótesis/tesis de relevancia se caracteriza por ser una antinomia en concreto. Las antinomias en abstracto, siguiendo a GUASTINI, se producen “cada vez que dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a casos abstractos (es decir, a *clases* de casos concretos) que se superponen *conceptualmente*”⁴³⁹; así, por ejemplo, si una norma prohíbe la entrada de animales domésticos a los buses y otra regla permite llevar gatos en buses siempre que vayan en una jaula apropiada, la oposición de ambas normas es *conceptualmente necesaria* porque existe ese tipo de relación entre sus antecedentes de hecho: todo gato que es subido a un bus es un animal doméstico que sube a un bus. Por otra parte, las antinomias en concreto o contingentes se producen “toda vez que un caso concreto (o una subclase de casos concretos) se inscribe simultáneamente en dos clases de casos *conceptualmente independientes* para los cuales el derecho establece consecuencias jurídicas incompatibles. De manera que la antinomia puede ser identificada solo en sede de aplicación de las normas a un caso concreto (al cual, precisamente, por azar, le son aplicables ambas).”⁴⁴⁰ El ejemplo que pone el autor italiano consiste en la oposición entre una norma

⁴³⁸ Es necesariamente así porque, mientras más propiedades se agregan a las condiciones de aplicación de una norma, más se reduce su campo de aplicación: “... cuanto más se precisa el sentido de un predicado –es decir, mientras más atributos se incluyen– disminuye la referencia; cuanto menos se precisa el sentido –cuantos menos atributos se incluyen– aumenta la referencia. Si, por ejemplo, definiésemos «planeta» como un cuerpo celeste opaco (sin precisar: que gira alrededor de una estrella) la referencia del predicado sería más amplia e incluiría también la Luna.” GUASTINI (2014) p. 69, nota al pie nº 32. De igual manera, PRIETO: “Adviértase que cuanto menos es el número de propiedades que tomamos en cuenta en nuestra clasificación, mayor es el número de individuos que pueden ser designados por la palabra en cuestión. Supongamos que el concepto de mamífero lo construimos con tres propiedades: animal vertebrado, de temperatura constante y respiración pulmonar; lógicamente, para caracterizar a alguna de las cuatro mil especies que los científicos han querido diferenciar tendremos que añadir nuevas propiedades. De manera que a mayor número de propiedades, menor número de individuos.” PRIETO SANCHÍS (2008) p. 255.

⁴³⁹ GUASTINI (2014) p. 118. Cfr. FERRER y RODRÍGUEZ (2011) p. 109. En igual sentido, pero desde el punto de vista de las incompatibilidades entre derechos fundamentales, COMANDUCCI (2009) p. 114.

⁴⁴⁰ GUASTINI (2014) p. 119. Por su parte, PRIETO, al caracterizar –en general– las antinomias en concreto, señala: “No parece ocurrir así con las antinomias contingentes o externas. Aquí no podemos definir en abstracto la

que ordena que “Los ciudadanos deben pagar sus impuestos” y otra que dispone “Las personas desempleadas no deben pagar impuestos”; la antinomia es contingente, porque se produce sólo si hay ciudadanos desempleados, pero no si hay pleno empleo o los desempleados sólo son extranjeros, la antinomia nunca tiene lugar. Tal cosa sucede porque la condición de “ciudadano” y la de “desempleado” no se implican conceptualmente, pero tampoco son incompatibles y, por ende, se puede dar el caso que ambas propiedades recaigan sobre la misma persona concreta. Miradas las normas en su formulación no es posible asegurar inmediatamente que se opondrán y, por ende, una no puede excepcionar a otra explícitamente, sino hasta que el caso surge; cuál prevalece sobre la otra, constituyéndose en su excepción dependerá de otros criterios, como el jerárquico, si la norma que exige a los cesantes de pagar los impuestos y la que obliga a hacerlo a los ciudadanos es meramente legal.

En la situación que estamos revisando ahora, en que la Constitución hace una distinción que la ley no hace y se produce una antinomia parcial-parcial, los casos (o la subclase de casos) en que se produce dicha oposición con la norma fundamental son identificables porque sólo en ellos, dentro del completo campo de aplicación de la norma legal, se presenta la propiedad relevante que la Constitución estima relevante y la ley, no. En el ejemplo del cierre de predios, la norma legal (art. 844 del Código Civil) es permisiva para todos los dueños de predios libres de servidumbre, pero la Constitución prohíbe que un particular deje a otro sin acceso a un camino público, de modo que la conducta que es legalmente permitida es prohibida sólo cuando produce un efecto inconstitucional. Si observamos el texto del artículo 844 del Código Civil y el inciso quinto del numeral 3º del Código Político, nada nos dice que ellos vayan a estar en contradicción. Antes de aplicar el artículo 844 al caso concreto no podemos saber si producirá el efecto inconstitucional o no, porque el precepto nada dice al respecto (no contiene la excepción explícita), pero, una vez observado el efecto en el caso concreto, podemos calificar la conducta del dueño como proscrita.

Caracterizado el desajuste que se produce cuando la Constitución impone una hipótesis de relevancia a la ley en que existen propiedades que esta última no toma en cuenta como una laguna axiológica; configurada la laguna axiológica surgida a raíz de la aplicación de la norma constitucional como una antinomia parcial-parcial; resuelta esta contradicción normativa mediante el criterio de jerarquía y, en consecuencia, reducido el campo de aplicación de la norma legal a aquellos casos en que no se produce la antinomia, que son, a su vez, los que no presentan la propiedad relevante que la Constitución

contradicción, ni conocemos por adelantado los supuestos o casos de aplicación, ni contamos por ello mismo con una regla segura para resolver el problema. En el ejemplo antes comentado, cumplir las promesas y ayudar al prójimo son dos normas válidas que en principio resultan coherentes; sabemos que en algunos casos pueden entrar en conflicto, pero ni es posible determinar exhaustivamente los supuestos de colisión, ni tampoco establecer criterios firmes para otorgar el triunfo a una u otra. Sólo en presencia de un caso concreto podemos advertir la concurrencia de ambas normas y sólo en ese momento aplicativo hemos de justificar por qué optamos en favor de una u otra, opción que puede tener diferente resultado en un caso distinto.” PRIETO SANCHÍS (2008) p. 144.

establece en su hipótesis de relevancia; queda, finalmente, por determinar si el fenómeno descrito es lo que se llama “derrotabilidad”.

Recordemos que, en la doctrina que hemos citado, el núcleo del concepto de derrotabilidad se encuentra en la presencia de excepciones implícitas en las normas y, más específicamente, en las reglas legales (§51). Estas excepciones no están en la formulación de la norma legal, no son explícitas, porque se manifiestan al momento de la aplicación de la regla ¿esta noción tiene relación con el tipo de desfase entre tesis e hipótesis de relevancia a que venimos refiriéndonos? ¿qué tipo de relación?

Respecto a la primera pregunta, la respuesta debe ser afirmativa. Una excepción a una regla legal implica que la reducción del campo de aplicación de la misma, tanta sea como el alcance de la excepción, sin afectación de su validez abstracta. Así, cuando decimos que todo ilícito típico y culpable debe ser castigado, a menos que concurra una causa de justificación, esta última excepción reduce el campo de castigos que se podrían aplicar. Algo similar sucede con las lagunas axiológicas. Cuando la hipótesis de la relevancia constitucional tiene más propiedades que la tesis de relevancia constitucional, vale decir, cuando la Carta Fundamental hace más distinciones que las efectuadas por la ley, quiere decir que, a lo menos, una norma legal trata de igual manera dos casos que son constitucionalmente distintos, en el sentido que la ley les otorga una misma solución deóntica, mientras que la Constitución correlaciona a uno de esos casos con una solución distinta a la legal. Para ajustar la norma legal a la Constitución, es necesario reducir el campo de aplicación de aquella introduciendo una excepción que consiste precisamente en que no se de la circunstancia que la Carta Fundamental considera relevante para distinguir; como la norma legal no hizo ni hace la distinción en su formulación, la ocurrencia de la excepción (que depende de la propiedad relevante preterida por la ley) sólo puede constatarse una vez que la regla entra en relación con un caso concreto en que se aplica.

GARCÍA FIGUEROA, confirmando lo señalado en el párrafo precedente, caracteriza la derrotabilidad como una “propiedad disposicional” de las normas: “(e)sto supone que no se trata de una propiedad categórica que podamos *verificar* en cualquier momento, sino que su *manifestación* sólo tendrá lugar *cuando (y sólo cuando) concurra* de hecho su condición de manifestación. En consecuencia, cuando hablamos de propiedades disposicionales podemos distinguir varios elementos relevantes: la manifestación de la disposición, la condición de la manifestación de la disposición y la base de la disposición. Estamos ante una disposición D, como por ejemplo, la solubilidad de la sal en agua, si y sólo si, cuando se cumpla, la condición de la manifestación C (el hecho de sumergir la sal en el agua), entonces tiene lugar la manifestación de la disposición M (la sal se diluye en el agua).”⁴⁴¹

⁴⁴¹ GARCÍA FIGUEROA (2009) p. 137.

Por el contrario, las excepciones implícitas no guardan relación con aquella situación descrita por la existencia de una hipótesis de relevancia constitucional que tiene menos propiedades que la tesis de relevancia legal (§54.1), en otras palabras, aquella situación en que la ley trata de manera distinta dos casos que, según la Carta Fundamental debiera tratar igual. En efecto, en este escenario, la regla legal que hace la distinción indebida no queda sujeta a ninguna excepción implícita por efecto de la Constitución: o la norma no debe aplicarse nunca –por decirlo coloquialmente “se nivela para abajo”–, o se crea una nueva norma que iguala a los que eran discriminados por el precepto legal existente (“se nivela para arriba”). La primera de las soluciones (nivelar para abajo) no cumple con la noción básica de lo que entendemos como excepción, porque no disminuye el campo de aplicación de la norma dejando un espacio, sino que elimina cualquier campo: equivale, para todos los efectos prácticos, a una invalidación. La segunda de las soluciones (nivelar para arriba) la norma indebidamente diferenciadora no deja de ser aplicada nunca, pero la creación de un nuevo precepto “sana” su inconstitucionalidad. En consecuencia, este último desajuste hipótesis/tesis no coincide con nuestro concepto de “derrotabilidad”.

Pero, como recuerda CHIASSONI usando también una metáfora sanitaria⁴⁴², lagunas axiológicas y derrotabilidad “no deben ser confundidas: así como una enfermedad (las lagunas axiológicas, en tanto una forma disfrazada de conflicto normativo) no debe ser confundida con su cura (la reinterpretación en términos derrotabilistas de las disposiciones).”⁴⁴³ Tomando esto en consideración, podemos avanzar más allá del núcleo del significado de la derrotabilidad como la posibilidad de imponer excepciones implícitas a las reglas legales por razones constitucionales y llegar a la siguiente definición:

“La derrotabilidad de una norma legal consiste en la reducción del campo de aplicación de esta última a los casos en que no se encuentra presente la propiedad constitucionalmente relevante que la Carta Fundamental asocia con una solución deóntica distinta a la establecida en la norma legal.”

Esta definición de la derrotabilidad de la norma mantiene el núcleo del concepto referido a la existencia de excepciones implícitas en las normas legales, ya que las propiedades que la Constitución pudiera considerar relevantes no se encuentran delimitadas exhaustivamente en el texto constitucional. Tómese como ejemplo el hecho que la Carta Fundamental asegura la libre elección del sistema de salud, público o privado, (art. 19, N° 9, inciso final), pero se requiere cierta elaboración para considerar que la condición de cotizante cautivo⁴⁴⁴, que es legalmente relevante para la transferencias de carteras de

⁴⁴² Véase otra provechosa aplicación de la metáfora por ZAPATA en §5.

⁴⁴³ CHIASSONI (2012) .

⁴⁴⁴ Artículo 170 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud.– Para los fines de este Libro se entenderá:

i) La expresión “cotizante cautivo”, para los efectos de lo dispuesto en los artículos 219 y 221, por aquel cotizante cuya voluntad se ve seriamente afectada, por razones de edad, sexo o por la ocurrencia de antecedentes de salud,

cotizantes entre ISAPREs, no lo es para evaluar la libertad que tiene el cotizante para consentir tácitamente en la revisión que anualmente puede realizar la ISAPRE respecto al precio base del plan de salud previsional⁴⁴⁵ y que puede terminar en la imposibilidad económica del cotizante de permanecer en el sistema privado de salud.

Pero, además de mantener la noción de excepción implícita, integrando el análisis de la derrotabilidad como antinomia presente en la laguna axiológica, ya que se considera la existencia de un desfase entre la tesis de relevancia legal y la hipótesis de relevancia constitucional que se encuentran formadas por normas que terminan estando en oposición cuando la ley –a la hora de permitir, prohibir u ordenar– no considera una propiedad de los casos que es relevante para la Carta Fundamental.

§56. LA EXPLICACIÓN DE LA CONCRECIÓN DEL EXAMEN A TRAVÉS DE LA DERROTABILIDAD.

Precedentemente, hemos puesto ejemplos de opiniones de mayoría, minoría o prevención dentro del TC en que se ejerce el control concreto (§47), reseñado las reflexiones del TC sobre el control concreto de inaplicabilidad (§48) y la relación que el tribunal hace entre inconstitucionalidad e inaplicabilidad (§49). Luego, armamos un concepto de derrotabilidad de la ley que tomara en cuenta las exigencias constitucionales (§50 a §52). Ahora es momento de ver si este concepto sirve para explicar el control concreto de constitucionalidad que se ejerce en Chile⁴⁴⁶.

§55.1. LOS EJEMPLOS PUESTOS POR EL TC.

Tres fueron las sentencias que pusimos de ejemplo de cómo ministros del TC veían el control concreto de inaplicabilidad.

En el primero de los ejemplos (STC 707, 25.10.07) (§47.1), los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695, que regulaban los efectos de la inscripción de la empresa forestal en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, fueron declarados inaplicables al caso concreto porque resolvían la controversia entre dicha empresa y una persona natural usando un régimen privilegiado de adquisición del dominio

sea de él o de alguno de sus beneficiarios, y que le impida o restrinja, significativa o definitivamente, su posibilidad de contratar con otra Institución de Salud Previsional;”

⁴⁴⁵ Artículo 197, inciso tercero, del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud.– Anualmente, en el mes de suscripción del contrato, las Instituciones podrán revisar los contratos de salud, pudiendo sólo modificar el precio base del plan, con las limitaciones a que se refiere el artículo 198, en condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan. (...) En tales circunstancias, el afiliado podrá aceptar el contrato con la adecuación de precio propuesta por la Institución de Salud Previsional; en el evento de que nada diga, se entenderá que acepta la propuesta de la Institución.

⁴⁴⁶ De alguna manera, lo que planteamos es una metajurisprudencia descriptiva: “La tarea del teórico del derecho – señala COMANDUCCI– consiste en dar cuenta de la realidad jurídica concebida como fenómeno prevalentemente lingüísticos de los discursos del legislador, de los jueces, de los operadores prácticos del derecho, de la misma dogmática. También –siguiendo a Bobbio– podría definirse este tipo de teorías como «meta–jurisprudencias» descriptivas, que explican y analizan las operaciones prevalentemente prácticas, normativas, de los distintos actores del juego jurídico.” COMANDUCCI (2009) p. 107.

que había sido creado para solucionar problemas socioeconómicos que no se daban en la especie (Cº 13º).

Considerando que en ninguna parte del mencionado cuerpo legal se hacía referencia a la condición de empresa como elemento determinante para acceder al sistema de regularización de la pequeña propiedad raíz, la sentencia de INA lo que hace, en este caso, es señalar que no se produce el efecto “adquisitivo” que regula el Decreto Ley N° 2.695 o que esta adquisición no puede ser opuesta por una empresa en contra de otro poseedor con una inscripción paralela sobre el mismo inmueble. El legislador estableció una relación probabilística entre el hecho de que se tratase de “poseedores materiales de bienes raíces rurales o urbanos, cuyo avalúo fiscal para el pago del impuesto territorial sea inferior a ochocientas o a trescientas ochenta unidades tributarias, respectivamente, que carezcan de título inscrito” (art. 1º del Decreto Ley N° 2.695) y que los efectos de los artículos 15 y 16 solucionarían –de acuerdo a los considerandos del Decreto Ley– los “problemas de índole socioeconómico de crecimiento progresivo” que impedían que estos pequeños terrenos se incorporaran “efectivamente al proceso productivo nacional”, así como que sus ocupantes fueran considerados en la “elaboración de planes de desarrollo y de asistencia técnica o crediticia”. Ninguno de estos efectos era necesario en el caso concreto, habida cuenta de las características de las partes a que hemos hecho referencia y, por ende, como lo explicáramos más arriba (§52.3), la regla legal es *sobreincludente*, vale decir: “comprende estados de cosas que, en casos particulares, podrían no producir la consecuencia que representa la justificación de la regla, aunque el estado de cosas, *en tanto tipo*, esté relacionado de manera probabilística con la plausibilidad o incidencia de la justificación. El predicado fáctico de una regla posee relación probabilística con el objeto de la regla, pero esa relación deja abierta la posibilidad de que en casos particulares la conexión entre la justificación y la consecuencia esté ausente.”⁴⁴⁷

Sin embargo, la sobreinclusión de una norma legal no hace que de por sí ésta produzca efectos inconstitucionales en todos los casos en que se aplica más allá de su justificación subyacente (§53). Es necesario, además, que la Constitución considere como relevante una propiedad que la ley pasa por alto al regular de manera igual dos supuestos de hecho que son constitucionalmente diversos (§54.2). Pues bien, de cara a la protección del derecho de propiedad (art. 19 N° 24, CPR), nuestra Carta Fundamental establece que le corresponde al legislador regular cómo ésta se adquiere y, por ende, cómo se termina⁴⁴⁸, pero, además, garantiza a las personas que el legislador no puede establecer diferencias arbitrarias (art. 19 N° 2, CPR); a partir de estas dos normas el TC puede concluir que el legislador, al regular un régimen especial –distinto del establecido en el Código Civil– de extinción de la propiedad en

⁴⁴⁷ SCHAUER (2004) p. 90.

⁴⁴⁸ En general, la regulación de la adquisición de la propiedad comprende la normativa sobre su transmisión y transferencia; sólo en el modo de adquirir llamado “ocupación” se regula sólo la adquisición.

el inciso segundo del artículo 16 del Decreto Ley N° 2.695⁴⁴⁹ no tomó en cuenta como propiedad relevante las características de las partes involucradas. En otras palabras, la tesis de relevancia del legislador del Decreto Ley N° 2.695 no tomó en cuenta una propiedad relevante que la hipótesis de relevancia constitucional sí considera, ya que la Carta Fundamental asocia la situación “empresa forestal discute el dominio con persona natural con posesión inscrita” con la consecuencia normativa “no debe resolverse mediante procedimiento creado para solucionar problemas socioeconómicos”.

Se trata, en consecuencia, de una laguna axiológica en el sentido que hemos apuntado, ya que, desde el punto de vista axiológico–constitucional, falta una norma legal diferenciadora que excluya de los efectos del Decreto Ley N° 2.695 al tipo de partes contempladas en el juicio principal que dio origen a la cuestión de inaplicabilidad. La solución a la laguna fue la derrotabilidad de la norma legal, vale decir, la reducción de su campo de aplicación a aquellos casos en que no se trataba de una empresa forestal que hubiera regularizado un predio en contra de la posesión inscrita de una persona natural.

En el segundo ejemplo, el Comando de Educación y Doctrina del Ejército de Chile había contratado a un profesor civil de educación física para que impartiera clases entre los meses de octubre y diciembre de 2009, a contrata. El voto de minoría del TC –que argumentó con mayor precisión sobre el caso concreto– también consideró que la excepción contemplada en el inciso final del antiguo artículo 29 de la ley N° 18.216⁴⁵⁰ era sobreincluyente respecto a la justificación subyacente de la misma excepción: “el objetivo supremo confiado a las Fuerzas Armadas, expresado en el artículo 101 de la Carta Fundamental, de atender a la defensa de la patria y contribuir a la seguridad nacional, mediante el empleo de las armas, justifica establecer un régimen estatutario concordante con esa finalidad y estos medios puestos a su alcance, con características de acentuada rigurosidad en lo que hace a la selección y admisión de sus miembros.” (STC 1803, 12.05.11) Ninguna de estas justificaciones se veían burladas si el Ejército contrataba a un profesor de educación física por dos meses y medio que había sido condenado por el delito de manejo en estado de ebriedad a la pena de 41 días de presidio. Esta norma

⁴⁴⁹ Art. 16, inciso segundo, del Decreto Ley N° 2.695. “Las anteriores inscripciones de dominio sobre el inmueble, así como la de los otros derechos reales mencionados, las de los gravámenes y prohibiciones que lo afectaban, una vez transcurrido el citado plazo de un año, se entenderán canceladas por el solo ministerio de la ley, sin que por ello recobren su vigencia las inscripciones que antecedían a las que se cancelan.”

⁴⁵⁰ El artículo 29 de la ley N° 18.216, en su texto anterior a la entrada en vigencia de la ley N° 20.603, señala:

“Artículo 29.– El otorgamiento por sentencia ejecutoriada de alguno de los beneficios previstos en esta ley a condenados que no hayan sido condenados anteriormente por crimen o simple delito, tendrá mérito suficiente para la omisión, en los certificados de antecedentes, de las anotaciones a que dio origen la sentencia condenatoria.

El cumplimiento satisfactorio de las medidas alternativas que prevé esta ley por condenados que no hayan sido condenados anteriormente por crimen o simple delito, tendrá mérito suficiente para la eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos, de tales antecedentes prontuarios.

Exceptúanse de las normas de los incisos anteriores los certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, de Orden, Gendarmería de Chile y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal.”

sobreincludente tenía, además, efectos inconstitucionales respecto a toda la subclase de casos dentro de su campo de aplicación que tuvieran las mismas propiedades: que fuera intentado el acceso a un cargo temporal, sin incidencia decisiva en la defensa de la patria y la seguridad nacional, por una persona condenada por primera vez y por un delito menor. La hipótesis de relevancia constitucional exige al legislador tomar en cuenta estas propiedades al regular el acceso a las Fuerzas Armadas, de Orden y Gendarmería de Chile, ya que, de lo contrario, se vulneraría la prohibición constitucional de asegurar el acceso a la Administración Pública en igualdad de oportunidades (artículo 38) al poner en la misma situación a estos infractores con quienes hubieran cometido ilícitos más serios u optaran a cargos más delicados para el funcionamiento de las instituciones armadas.

Para la minoría, la única solución constitucionalmente aceptable para este tipo de casos era la reducción del campo de aplicación de la norma legal impugnada sólo a los casos en que el ingreso de una persona condenada por un crimen o simple delito pusiera realmente en peligro el cumplimiento de las funciones de las Fuerzas Armadas, de Orden y Gendarmería.

Por último, en el tercer ejemplo, el TC se pronunció sobre la aplicabilidad de la norma que prohíbe dictar una orden de no innovar al tribunal (Corte de Apelaciones) que conoce de la apelación de un juicio de arriendo de bienes raíces urbanos⁴⁵¹ en el caso de una Indumotora que, en cuanto demandada y arrendataria, había perdido el juicio de arriendo en primera instancia contra la Inmobiliaria dueña de los bienes raíces que servían de sucursal comercial de su contraparte. Nuevamente, el voto de minoría es el que denuncia con claridad la sobreinclusión del precepto legal: “(el caso *sub lite*) se trata de un arrendamiento que, por el monto de la renta, no quedó excluido de la aplicación de la ley, pero que excede el marco que el legislador tuvo en vista, pues, evidentemente, no incide en una casa-habitación que el arrendador (pensado, más bien, como una persona natural) requiera para constituir su vivienda;” (STC 1907, 20.12.11)

La norma legal cuya aplicación se impugnaba en la cuestión de inaplicabilidad trata de igual manera al demandante y al demandado, no distingue si el bien raíz es para uso habitacional o comercial, ni si para el arrendatario vencido la ejecución del fallo de primera instancia, pendiente la apelación, significa un perjuicio que no recibirá resarcimiento si se revoca la sentencia. Estos tres elementos son constitucionalmente relevantes para el voto de minoría porque la Constitución ordena un justo y racional procedimiento (art. 19 N° 3, CPR), lo que no se cumple si el efecto devolutivo de la sentencia revocatoria de segunda instancia no impide “la consumación –señala el Ministro Aróstica en su

⁴⁵¹ Artículo 8° de la ley N° 18.101. “Los juicios a que se refiere el artículo anterior se regirán por las reglas siguientes: (...) 9) Sólo serán apelables la sentencia definitiva de primera instancia y las resoluciones que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación. Todas las apelaciones se concederán en el solo efecto devolutivo; tendrán preferencia para su vista y fallo y durante su tramitación, **no se podrá conceder orden de no innovar.**”

disidencia– de un perjuicio serio e irreparable” que consiste en “desmantelar, previamente, una serie de instalaciones ubicadas en ellos, entre las cuales se encuentran equipos compresores, generadores, elevadores hidráulicos, entre otros, que, según se ha afirmado en estrados, representan una inversión de un valor cercano a los cien millones de pesos.” De acuerdo a la hipótesis de relevancia constitucional que presenta la disidencia, la producción de un perjuicio grave no resarcible para el demandado vencido que puede obtener la revocación de la sentencia de primer grado es un resultado que se debe evitar. La norma extraída del inciso final del numeral 9 del artículo 8 de la ley N° 18.101 es derrotada cada vez que se produciría un perjuicio grave al demandado apelante y la suspensión de la ejecución no afecta un bien indispensable del demandante, como la recuperación de la casa familiar.

Nuevamente, la solución al desajuste entre la tesis de relevancia legal y la hipótesis de relevancia constitucional se encuentra en la derrotabilidad de la norma: el campo de aplicación de la parte final del numeral 9 del artículo 8 de la ley N° 18.101 (*i.e.*, la prohibición de dictar orden de no innovar) debe ser reducido a aquellos casos en que no se produzcan perjuicios graves al arrendatario o el arrendador requiera el inmueble para fines urgentes.

§55.2. ¿REDUCCIÓN DEL CAMPO DE APLICACIÓN O SÓLO INAPLICACIÓN AL CASO?

Se nos puede objetar que la forma en que hemos presentado la conclusión a la que llegan los integrantes del TC, en sus votos de mayoría o en disidencias, no es fiel a como ellos mismos ven su labor: la labor del TC no es la reducción del campo de aplicación del precepto, sino su inaplicación cuando produce efectos inconstitucionales. De hecho, el análisis caso a caso que realiza el TC en virtud del control concreto impide hacer afirmaciones tan generales respecto a normas como señalar que una sentencia reduce el campo de aplicación de éstas:

“SEXTO.– Que cabe tener presente lo resuelto anteriormente por este Tribunal acerca del carácter concreto de la acción de inaplicabilidad, en orden a que, para ser acogida, la aplicación del precepto legal impugnado al caso concreto ha de resultar contraria a la Constitución, lo que relativiza, por una parte, el examen meramente abstracto de constitucionalidad y, por la otra, impide extraer conclusiones, reglas y principios generales a partir de una sentencia de inaplicabilidad, por lo que resulta necesario reiterar que lo decidido en este proceso ha de entenderse referido sólo al caso concreto sub lite;” (STC 664, 30.05.07)

Nos negamos a tomar estas palabras del TC al pie de la letra, porque significaría que el tribunal se describe a sí mismo como ejerciendo la “justicia del cadí”, lo que es inaceptable en un Estado de Derecho Constitucional⁴⁵². Toda decisión judicial se basa en una norma general que, según la opinión que se tenga sobre la creación judicial del derecho, es preexistente al procedimiento o nace con la

⁴⁵² ARAGÓN REYES (2013) p. 361.

decisión, pero lo que no puede legítimamente sostenerse es que el órgano de adjudicación no tenga ninguna vinculación hacia el futuro respecto de la norma que aplicó:

“En el contexto de aplicación del Derecho —aunque no sólo en él— justificar una decisión requiere la utilización de una norma universal (es decir, una norma formulable mediante un cuantificador universal en la forma de «para todo x , tal que x reúna las propiedades a , b , c ...»). [...] Afirmar de una decisión que satisface el requisito de la universalidad (esto es, que es universalizable porque se funda en una norma universal) supone reconocer que esa decisión tiene implicaciones hacia el futuro. O dicho en otros términos, la universalidad presupone el compromiso de resolver del mismo modo todos los casos iguales al que se ha decidido. Para explicar este compromiso hacia el futuro puede recurrirse a dos expedientes distintos, aunque íntimamente relacionados entre sí. El primero de ellos supone ver la universalidad como condición de posibilidad de cualquier discurso racional, sea éste teórico o práctico. El segundo supone ver la universalidad como condición de la igualdad formal en el ámbito normativo. En efecto, desde la primera perspectiva, el compromiso representado por la universalidad puede expresarse recurriendo a las palabras de Robert Alexy: «Si se aplica un predicado F a un hecho (objeto u evento) a se debe estar dispuesto a aplicar F a cualquier otro hecho igual a a en todos los aspectos relevantes». Así, por ejemplo, puede decirse que una proposición como « X es rojo» implica la proposición «todo lo que es como X en los aspectos relevantes es rojo», porque, en otro caso, «rojo» no significaría nada y la comunicación devendría imposible. Desde la segunda perspectiva, la valorativa, el requisito de la universalidad se nos presenta como una condición de la igualdad formal. La igualdad formal supone que todos los que se hallen en las mismas circunstancias relevantes deben ser tratados de la misma manera.”⁴⁵³

En consecuencia, imperativos básicos para un discurso racional y los mismos valores contenidos en la Carta Fundamental presuponen que el TC tiene, a lo menos, una carga argumentativa que satisfacer antes de cambiar su jurisprudencia⁴⁵⁴. Dicho de otra manera, el TC, ante un caso similar a uno anterior,

⁴⁵³ ATIENZA (2013) p. 334. Cfr. NIETO (2007) p. 91; LAPORTA (2007) p. 212

⁴⁵⁴ El mismo TC ha reconocida esta carga argumentativa:

“6°. Que cabe tener presente que esta Magistratura ha dictado sentencias definitivas en reiteradas oportunidades acerca de diversos requerimientos recaídos en el artículo 4° de la Ley N° 19.260 cuya aplicación impugna el requirente, tales como los pronunciamientos emitidos en los procesos Roles N°s 1182 y 1193, ambos de 18 de noviembre de 2008; 1201, de 18 de diciembre de 2008, y 1260, de 7 de mayo de 2009;

7°. Que debe tenerse presente además que en el conjunto de las cuestiones de inaplicabilidad resueltas mediante las sentencias aludidas precedentemente se invocaron como infringidas las mismas normas constitucionales aludidas por el actor en el libelo de fojas 1, declarándose en todos esos casos que la aplicación del precepto legal impugnado se ajusta a la Carta Fundamental;

tiene tres posibilidades: resolverlo igual que el anterior, aducir que existe una propiedad relevante, ausente en el caso previo, que lo libera de seguir la decisión existente o –derechamente– explicar las razones por las que la solución jurídica a la situación decidida en la sentencia jurídica era errada pese a no existir propiedades relevantes distintas⁴⁵⁵.

Si afirmamos que, en un determinado caso, el TC declara la inaplicabilidad de una norma legal porque, en la situación concreta, se da una propiedad relevante para la Constitución que el legislador no ha considerado y, por ende, la aplicación de la ley resulta contraria a la Constitución en aquel caso en que se da esa “circunstancia diversa y peculiar (...) que al aplicársele el precepto legal, (provoca) un resultado inconstitucional” (STC Roles N^{os} 537 y 538, 30.03.07), entonces, debiera suceder que el TC, en otro caso en que se presentaran las mismas circunstancias relevantes y no otras adicionales, debiera resolver en el mismo sentido. La sentencia de inaplicabilidad no deja de tener efectos *inter partes*, nadie afirma que el juez ordinario se vea habilitado para inaplicar el precepto legal en casos con las mismas propiedades resueltos por el TC, pero la coherencia del comportamiento de los órganos jurisdiccionales nos debiera indicar una tendencia a la reducción del campo de aplicación de la norma por parte de los tribunales que reciben la sentencia estimatoria de inaplicabilidad.

En esta misma línea, la importancia de la determinación en la sentencia del hecho concreto que determina la derrotabilidad de la norma legal para el caso particular que está conociendo el TC ha sido apuntada por un ex-Ministro del mismo: “La cuestión de la importancia que los hechos y las circunstancias particulares de un caso debieran tener para decidir si la aplicación de la norma produce o no efectos contrarios a la Carta Fundamental adquiere especial relevancia frente a la regularidad de la jurisprudencia. (...) En este sentido, resulta esencial no sólo que haya razonable regularidad de los fallos, en cuanto éstos explican el sentido y alcance del texto constitucional, sino que además **resulta indispensable que en los fallos queden suficientemente expuestos los factores de hecho que hayan resultado determinantes** para decidir la aplicabilidad o inaplicabilidad del precepto, pues sólo a partir de ello las partes, sin necesidad de litigar todos y cada uno de los casos, podrán hacer estimaciones acerca del derecho que les rige.”⁴⁵⁶ (énfasis nuestro).

§55.3. LAS DECLARACIONES ABSTRACTAS DEL TC SOBRE LA INA Y SU CORRESPONDENCIA CON LA DERROTABILIDAD.

Además de los casos que hemos revisado anteriormente como paradigmáticos de control concreto de inaplicabilidad de una norma en sí misma constitucional (§47), debemos recordar que el TC ha

8º. Que, en este orden de ideas, en el requerimiento de autos no se contiene ningún argumento nuevo del cual esta Magistratura no se haya hecho cargo en las sentencias aludidas, ni elementos propios del caso concreto que permitan diferenciarlo sustancialmente de los casos anteriores, por lo que debe concluirse que el actor no ha aportado antecedente alguno que permita alterar el mérito de lo resuelto, más aún si ni siquiera se hace cargo de lo razonado en las aludidas sentencias definitivas de inaplicabilidad;” (STC Rol N^o 2033, Primera Sala, 10.08.11)

⁴⁵⁵ ATIENZA (2013) p. 336.

⁴⁵⁶ CORREA (2011) p. 69

realizado múltiples aseveraciones respecto a la diferencia entre el vicio que produce la inaplicabilidad de una ley y aquel que implica su inconstitucionalidad (§48 y §49). Es necesario hacer coincidir estas aseveraciones con la idea de laguna axiológica como vicio y la de derrotabilidad como reparación del vicio.

De nuestro estudio, podemos desprender cuatro características centrales del vicio de inconstitucionalidad que repara propiamente la INA:

1) Afectación parcial: sólo algunos casos de aplicación de la norma legal producen un efecto inconstitucional⁴⁵⁷.

2) Dependencia de un hecho “diverso y peculiar”: los casos en que la norma produce el efecto inconstitucional tienen la nota común que en ellos se da una circunstancia no recogida en el precepto legal⁴⁵⁸.

3) La interpretación no repara la norma: la norma puede ser “correctamente interpretada” por el juez del fondo, pero aun así se producen efectos inconstitucionales.

4) No existe vinculación necesaria con la inconstitucionalidad en abstracto de la norma: puede darse una norma inaplicable en concreto que no sea inconstitucional en abstracto.

Estas cuatro características también se repiten en las lagunas axiológicas, reconfigurada como vicio de inconstitucionalidad, y la derrotabilidad como su remedio.

§55.3.1) AFECTACIÓN PARCIAL.

La definición clásica de laguna axiológica permite presuponer que existe un campo de aplicación de la norma que se corresponde con el nivel axiológico y otro que no:

“Vamos a proponer la siguiente definición de laguna axiológica:

Un caso C_i de un UC_j es una laguna axiológica del sistema normativo α en relación a un UA_k (Universo de Acciones $_k$), cuando el caso C_i está solucionado por α y existe una propiedad p tal, que p debe ser relevante para C_i (de acuerdo con una determinada hipótesis de relevancia) y p es irrelevante para α en relación al UA_k (Universo de Acciones $_k$)”⁴⁵⁹

Esta definición –un poco árida– explica que la laguna axiológica, aunque “es algo que se predica (es una propiedad) de un caso”⁴⁶⁰ y no de una norma (legal), cabe recordar que la misma definición señala que el caso (C_i) está solucionado por el sistema normativo (la ley), vale decir, que existe una norma que

⁴⁵⁷ STC Roles N^{os} 537, 538 y 549, 30.03.07; STC 810, 24.01.08; STC 1348, 27.04.10; N^o 1273, 20.04.10; N^o 1314, 24.08.09; N^o 1140, 14.01.09, entre otras.

⁴⁵⁸ La cita obligada es a STC Roles N^{os} 537, 538 y 549, 30.03.07.

⁴⁵⁹ ALCHOURRÓN y BULYGIN (2006) p. 158.

⁴⁶⁰ *Ibid.*

dispone que algo puede, no puede o debe hacerse en ese caso. Ahora bien, el problema de esa norma, que se forma o configura a partir del sistema normativo, es que trata de igual manera (otorga la misma solución deóntica) a todos los casos que caen dentro de su campo de aplicación –i.e., que presentan todas las propiedades que se encuentren su antecedente o condiciones de aplicación– cuando *debiera* tratar de distinta manera a aquellos que presentan esas propiedades (vale decir, que están dentro de su campo de aplicación) y, además, una propiedad adicional que la definición denomina “p”. A esta propiedad se refieren A&B cuando, refiriéndose a la concepción de las normas como sentencias condicionales (si sucede x, entonces debido y) derrotables, señalan que “estas últimas (las normas) no pretenden enumerar la totalidad de las condiciones que se requieren para el surgimiento de un derecho o de una obligación, sino presentar las condiciones que *prima facie* dan lugar a derechos y obligaciones, sin que ello excluya que, **en circunstancias excepcionales**, pueda ocurrir que se den las condiciones contempladas y, sin embargo, no se generen los derechos y obligaciones establecidos por la norma.”⁴⁶¹ (énfasis nuestro) Así se vincula la laguna axiológica con la derrotabilidad: la propiedad “p”, que identifica los casos en que se produce la laguna axiológica, es la misma circunstancia excepcional que conlleva a la derrotabilidad de la norma que iguala indebidamente los casos que la Constitución ordena distinguir; derrotabilidad que consiste en la inaplicación del precepto en los casos que presentan la propiedad “p”, lo que impide la indiferenciación legal que establecía.

§55.3.2) DEPENDENCIA DE UN HECHO “DIVERSO Y PECULIAR”.

Como hemos puesto de relieve precedentemente, desde el momento que el TC admite la posibilidad de una norma constitucional en abstracto que puede tener efectos inconstitucionales en concreto necesita distinguir los casos, dentro del campo de aplicación de la norma, en que se produce dicho efecto, de aquellos en que no se produce; este criterio de distinción es la “circunstancia diversa y peculiar del caso (que) provoque, al aplicársele el precepto legal, un resultado inconstitucional” (STC Roles N^{os} 537, 538 y 549, 30.03.07)⁴⁶².

Esta “circunstancia diversa y peculiar” es describible mediante propiedades genéricas que la caracterizan⁴⁶³ y, presentándose las mismas propiedades en otro caso particular, el efecto también será inconstitucional, pero mientras no se de esta propiedad, ninguno de los casos abarcados por la norma legal es reprochable por la Carta Fundamental.

⁴⁶¹ ALCHOURRÓN y BULYGIN (1991) p. XXVIII.

⁴⁶² “**DECIMO SEPTIMO:** Que, en principio, un precepto legal que se ajusta a la Constitución puede, no obstante, en su aplicación a una situación determinada, resultar contrario a los fines previstos por ella. Es posible que la norma jurídica, estimada en su generalidad, no se contradiga con la carta fundamental, pero que una circunstancia diversa y peculiar del caso provoque, al aplicársele el precepto legal, un resultado inconstitucional.” (STC Roles N^{os} 537, 538 y 549, 30.03.07)

⁴⁶³ En nuestro lenguaje natural, excepto cuando utilizamos nombre propios, describimos todo hecho concreto con propiedades generales.

Esta forma de razonar es exactamente la misma que se toma en cuenta cuando se describe la derrota de una cierta norma:

“Aunque la regla general ‘ $p \rightarrow r$ ’ (si sucede p , entonces es obligatorio r) puede ser válida y eficaz en un gran número de contextos, el intérprete puede encontrarse con un contexto donde enfrentará la propiedad relevante q , de la que se sigue ‘ $p \wedge q \rightarrow \neg r$ ’ (si sucede p y q , entonces no es obligatorio r).”⁴⁶⁴

Y esto es necesario, porque, si la derrotabilidad es la cura a la enfermedad de la laguna axiológica, debemos recordar que este último vicio se produce precisamente por pasar por alto una específica propiedad de un caso particular (enclavar un predio, ser un cotizante cautivo, tratarse de una empresa forestal; por ejemplificar con algunas de las propiedades que han ido apareciendo en la jurisprudencia que hemos revisado) que, al aplicársele la norma legal incorrectamente igualadora produce un efecto inconstitucional.

§55.3.3) LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY NO REPARA EL EFECTO INCONSTITUCIONAL.

En §49.1 nos hemos extendido respecto a que, según el TC, la INA procede cuando el precepto legal “correctamente interpretado” produce un efecto inconstitucional, vale decir, que la interpretación no logra solucionar el vicio existente cuando nos encontramos frente a una laguna axiológica, mientras que en §51 distinguimos el problema de la derrotabilidad de las normas con el de la “textura abierta” del Derecho. Evidentemente que existen preceptos en que su redacción imprecisa permite esculpir su sentido de tal manera que todo su campo de aplicación quede a salvo de aplicaciones inconstitucionales, pero como señala ATRIA: “cualquier explicación sensata del razonamiento jurídico encontrará una forma de derrotabilidad que no es reducible a la derrotabilidad semántica.”⁴⁶⁵

Aunque lo expresado en el párrafo precedente es aplicable a cualquier sistema constitucional, es particularmente observable en los ordenamientos que cuentan con un sistema de control constitucional concentrado, ya que los tribunales ordinarios no están autorizados para declarar la inconstitucionalidad de una norma “on its face” (invalidez general) o “as applied” (en el caso particular) y, por tanto, no pueden recurrir a la Constitución como argumento interpretativo (la llamada “intepretación conforme”) para reducir el campo de aplicación de la norma legal más allá de lo que la intención y las palabras de la misma ley le permiten, es decir, más allá de lo que es la “correcta interpretación”.

§55.3.4) AUSENCIA DE VINCULACIÓN NECESARIA ENTRE INA Y ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

⁴⁶⁴ PÉREZ BERMEJO (2012) p. 290.

⁴⁶⁵ ATRIA (2001b) p. 13. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ (2002) p. 365.

Por último, en §49.1 hemos relevado que el TC entiende que el vicio de inconstitucionalidad (en abstracto) de una norma implica que todas las aplicaciones de la norma produzcan efectos inconstitucionales, por lo que se puede dar el caso que una norma sea inaplicable porque en casos concretos produce un efecto inconstitucional, pero que no sea inconstitucional en abstracto. Como se puede concluir del texto del artículo 93 de la Carta Fundamental y de la jurisprudencia del TC que hemos citado, que el precepto legal produzca, a lo menos, un efecto inconstitucional en un específico set de circunstancias – es decir, que exista, a lo menos, una sentencia estimatoria como una condición necesaria, pero no suficiente, para que el precepto sea declarado inválido.

Esta relación entre INA y acción de inconstitucionalidad, se replica en la vinculación entre laguna axiológica (y su remedio: la derrotabilidad) y la invalidez, pero, como advierten FERRER y RATTI: “(a)unque muchos investigadores han conectado derrotabilidad y aplicación, no se ha dedicado casi ninguna discusión a la asociación entre la derrotabilidad y la validez de las normas legales.”⁴⁶⁶ En este terreno desconocido, el intercambio entre ATRIA y BULYGIN muestra claridad dos posturas contrapuestas respecto a cómo explicar el fenómeno de la derrotabilidad: una, la de ATRIA, comprometida con una versión de la derrotabilidad que no objeta el derecho vigente, sino que lo “adecúa”; y otra, la de BULYGIN, que no puede sino que concebir la introducción de excepciones a las reglas (sean legales o no) como una “derogación parcial” de las mismas y, por ende, una objeción a su validez.

ATRIA razona sin considerar las alteraciones que introduce en un Estado constitucional del derecho la configuración de una justicia constitucional concentrada, pero sus aseveraciones respecto a lo que sucede cuando un juez derrota una norma jurídica son igualmente útiles para nuestro punto:

*“El juez debe aplicar una norma cuya justificación no tiene competencia para objetar, pero aplicar una norma en estos términos significa, por una parte, verificar que sus hechos operativos han ocurrido, y, **por otra, establecer que el caso es suficientemente normal para que la aplicación de esa regla sea adecuada al caso.** Al decidir que el caso es tal que la regla no debe ser aplicada a él (a pesar de que el caso se ajusta a los hechos operativos de esa regla), ¿está el juez creando derecho? En algún sentido sí, porque está introduciendo una excepción a la regla. Pero en otro sentido no, porque no está modificando la regla, **sino adecuando su aplicación.**”⁴⁶⁷ (énfasis nuestro)*

Por su parte, para BULYGIN, la introducción de una excepción en una regla equivale a la su derogación parcial:

⁴⁶⁶ FERRER y RATTI (2012) p. 39.

⁴⁶⁷ ATRIA (2005) p. 47; nótese que, al aclarar el autor que el caso excepcionado cae dentro del ámbito de significado de los hechos operativos de la norma, descarta que el juez esté recurriendo a una interpretación restrictiva para excluirlo de su regulación.

“(…) cuando ATRIA dice que se introduce una excepción, pero no se modifica la norma, incurre en una contradicción, porque introducir una excepción en una norma es modificarla. La introducción de una excepción en una norma implica modificar la norma, pues equivale a su derogación parcial.”⁴⁶⁸

La diferencia entre invalidez parcial y adecuación –o, si se prefiere, la respuesta a si la derrotabilidad es una forma de invalidez de la regla derrotada–, aunque parece extremadamente teórica, tiene implicancias relevantes en, a lo menos, en dos órdenes de materias: la INA contra preceptos de tratados internacionales y la aplicación del principio de deferencia al legislador en sede de INA.

En efecto, respecto a los tratados internacionales, el TC estimó procedente su control concreto, a pesar de lo dispuesto en el inciso quinto del numeral 1 del artículo 54 de la Carta Fundamental⁴⁶⁹, precisamente porque la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no era un cuestionamiento de la vigencia del tratado⁴⁷⁰:

“CUADRAGESIMOSEGUNDO.- *Que si en el ejercicio del control preventivo de constitucionalidad de un tratado, el Tribunal estimare la inconstitucionalidad de alguna de sus disposiciones, ella no podrá formar parte de aquel que finalmente ratifique el Presidente de la República. En cambio, en el caso de la declaración de inaplicabilidad de una norma de un tratado ya promulgado y vigente, dicha declaración sólo producirá un efecto particular en el orden interno y para el caso concreto que constituye la gestión pendiente en que la norma no se podrá aplicar, sin que se altere de este modo la generalidad de la disposición del tratado ni su vigencia desde el punto de vista del derecho internacional, cuestión que conforme se verá, según se desarrolla en esta sentencia, es de la máxima importancia;*

(…)

QUINCAGESIMOSEXTO.- *Que, conforme a las disposiciones constitucionales ya mencionadas, lo que el Estado de Chile no puede hacer es, por ley, derogar las disposiciones de un tratado, pues éste es un acuerdo entre dos Estados, a diferencia de la ley que es una*

⁴⁶⁸ BULYGIN (2005) p. 74.

⁴⁶⁹ “Artículo 54.- Son atribuciones del Congreso:

1) (…)

Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.”

⁴⁷⁰ El voto disidente de la Ministra Peña y el Ministro Cea no afirma que se afecte la validez de un tratado internacional por su inaplicación a un caso, pero sí consideran que ésta es una suspensión del mismo: “w) *Que, sobre la base de lo afirmado, no puede declararse la inaplicabilidad de una norma contenida en un tratado internacional vigente, pues ello importaría una suspensión de la misma y una vulneración del artículo 54, N° 1), inciso quinto, de la Constitución, con clara responsabilidad internacional para el Estado chileno, al que se imputaría una violación de las obligaciones que le impone ese tratado y del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y, por ende, la comisión de un ilícito internacional.” (STC 1288, 25.08.09)*

*manifestación de la soberanía de un solo Estado. No obstante, la declaración de inaplicabilidad de un precepto de un tratado internacional no genera ese efecto pues, como esta Magistratura ya lo ha indicado en reiteradas oportunidades (Roles N^{os} 478, 546, 473, 517, 535, 588, 589, 608, 609, 610, 611, 612 y 623, entre otros), la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal sólo produce efectos particulares en la gestión pendiente concreta en que incide, en la cual el Juez no podrá aplicar dicho precepto. **Ello no implica la derogación del tratado ni de ninguna de sus disposiciones;**" (STC 1288, 25.08.09)*

De ser la derrotabilidad una forma de "derogación parcial", como afirma BULYGIN, el razonamiento del TC estaría equivocado e interpretar la expresión "precepto legal" del artículo 93 N^o 6^o de la Constitución como incluyente de las disposiciones de los tratados internacionales iría contra la misma Carta Fundamental.

Por otro lado, si, en el razonamiento de la mayoría del TC en la STC 1288, la inaplicación no implica la pérdida de "generalidad" o "vigencia"⁴⁷¹ de las normas objeto del control concreto, ni ellas son "derogadas, modificadas o suspendidas" por la sentencia estimatoria de inaplicabilidad, parecen innecesarias las referencias a la deferencia al legislador que efectúa al TC en STC 608⁴⁷², 933⁴⁷³ y 1563⁴⁷⁴, ya que la inaplicabilidad por inconstitucionalidad no sería una alteración, en ningún sentido significativo, de la obra del legislador.

⁴⁷¹ El TC acota que no se pierde la vigencia de la norma "desde el punto de vista del derecho internacional", pero falla en explicar este punto que es crucial para su conclusión.

⁴⁷² "CUADRAGESIMO SEGUNDO: Que, en este sentido, es necesario reiterar que el Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar por que la ley, o más bien su aplicación a un caso concreto, efectivamente, no vulnere los límites constitucionales, lo que significa, a la vez, la garantía de cierta esfera de autonomía del legislador, que comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito, conveniencia y oportunidad que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa orgánica. De este modo, como se ha consignado por esta Jurisdicción Constitucional, sólo cuando el Congreso Nacional excede su ámbito de atribuciones, infringiendo los márgenes contemplados en el texto, principios o valores esenciales de la Carta Fundamental, o violenta el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido (Vid, entre otros, Rol N^o 664/2006, consid. 22^o)." (STC 608-609-610-611-612, 02.10.07)

⁴⁷³ "QUINTO: Que, dentro del criterio de interpretación conforme a la Constitución, el respeto hacia las labores que desarrollan tanto el legislador al elaborar las normas de rango legislativo como la judicatura al aplicarlas, obliga al Tribunal Constitucional, en su función de contralor de la constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental, y sólo en el evento de no ser ello posible, declarar su inconstitucionalidad, criterio que ha sido seguido en las sentencias roles 29, 38, 304, 368, 420, 460 y 681, entre otras. En sede de inaplicabilidad, también, en el caso concreto, "es deber de esta Magistratura evitar que el precepto legal impugnado se interprete y aplique de un modo en que efectivamente produzca un efecto contrario a la Constitución" (Sentencia Rol N^o 806);" (STC 993, 13.05.08)

⁴⁷⁴ "4. Que, en segundo lugar, sólo si se agotan las posibilidades de conciliar la norma cuestionada con la Carta Fundamental, cabe declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Pero si dicha posibilidad existe, tal declaración debe evitarse por estar en juego la presunción de constitucionalidad de las normas legales y la deferencia que esta Magistratura debe tener con el legislador;" (STC 1563, voto de minoría de los Ministros Sres. Carmona y Navarro, 30.08.11)

Pues bien, sin duda que la controversia relativa al control represivo y concreto de los tratados internacionales por el TC requiere un estudio aparte⁴⁷⁵ y lo mismo respecto a la deferencia que debe mostrar el TC al legislador en sede de INA. Sólo nos interesaba mostrar un par de las consecuencias de concebir a la derrotabilidad como una afectación de la validez de las reglas. En lo que sí debemos tener mayor claridad es que la vinculación entre INA y acción de inconstitucionalidad, tal como la concibe la Carta Fundamental y el TC, no es contradictoria con nuestra concepción del control concreto de la INA como una forma de derrotabilidad de las reglas legales.

En efecto, tal como una laguna axiológica conlleva que existe toda un área del ordenamiento que tiene aplicaciones normativas acordes con la axiología que se usa de parámetro, la INA está configurada para salvar esa laguna axiológica –o, a lo menos, remover el obstáculo (el precepto legal) que impedía al juez ordinario llenarla– sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad *erga omnes*, para todos los casos que se aplique, de la norma objeto del control⁴⁷⁶.

CONCLUSIÓN

No podemos llegar a ninguna conclusión si no volvemos a las palabras del profesor ZAPATA y su metáfora de los vicios de inconstitucionalidad como enfermedades, de la que –reconozcámoslo– hemos abusado:

“(...) las normas afectadas por vicios de inconstitucionalidad y los preceptos ajustados a Derecho conviven, unos junto a otros, a veces en íntima conexión, en una misma ley o proyecto. Esta coexistencia plantea desafíos complejos al sujeto o entidad llamados a librar al organismo del agente patológico. Así como muchas veces es difícil identificar la disposición enferma, otras veces el problema se producirá a la hora de escoger el tratamiento.”⁴⁷⁷

Todos –nosotros también– partimos sabiendo que la Carta Fundamental, después de la reforma del año 2005, creó un “tratamiento” que consiste en una “cuestión” (como la denomina la LOTC) que conoce el TC sobre la aplicación de un precepto legal, en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o

⁴⁷⁵ Véase como el contrapunto entre INA como desafío a la validez de un tratado y como mera adecuación de su aplicación se repite entre ZÚÑIGA AÑAZCO (2011) y NÚÑEZ POBLETE (2011), respectivamente.

⁴⁷⁶ Refiriéndose a la INA, señala GÓMEZ: “(...) el enunciado y las normas legales que emanen de él mantienen validez y pertenencia al ordenamiento, de lo que se sigue que podrán ser aplicados a otros casos o gestiones, incluso similares.” GÓMEZ BERNALES (2013) p. 55.

⁴⁷⁷ ZAPATA (2008) p. 293. Sobre la última frase del pasaje citado se extiende el autor más adelante: “El éxito de un sistema de control de constitucionalidad descansa en dos presupuestos: a) que exista la capacidad de identificar oportunamente los vicios de inconstitucionalidad y b) que existan mecanismos eficaces para neutralizar las disposiciones viciadas.” *Ibid.*, p. 294.

especial, que pueda resultar contraria a la Constitución. Sin embargo, nada nos dice sobre cuál es la “disposición enferma”.

Como expusimos en §6 y desarrollamos desde §7 a §26, una correcta caracterización del vicio de inconstitucionalidad que nos propusimos estudiar debía partir por una correcta clasificación del tratamiento. La primera clasificación de la terapia que denominamos INA requería aclarar en qué consiste un “control concreto” de inconstitucionalidad, expresión que utiliza normalmente el TC⁴⁷⁸ y la doctrina para referirse a la INA. Vimos cómo un Europa (§20 a §26) se califica de “control concreto” al “control incidental”, vale decir, aquel que se plantea con ocasión de un juicio principal, por oposición al control “por acción directa” al Tribunal Constitucional, pero que el razonamiento que emplea la jurisdicción constitucional es eminentemente abstracto, en el sentido que no toma en cuenta las circunstancias particulares del juicio principal, sino que sólo la norma legal. Por otra parte, en Estados Unidos (§9 a §15) y Canadá (§16 a §19), pese a que no existe una auto-percepción de la *judicial review* como un sistema de control abstracto o concreto, las diferencias entre los *remedies* muestra que se distingue, pese a que siempre sea un control incidental, entre una revisión abstracta de la ley y otra concreta, en el sentido que las particularidades del caso afectan la constitucionalidad de la norma legal que se busca aplicar. Como conclusión de este corto recorrido por el derecho comparado, se extrae que la INA es, antes que un control concreto de constitucionalidad, un control incidental, de modo que la referencia al “control concreto” sólo sirve para distinguir la revisión que la Corte Suprema realizaba con la que ahora efectúa el TC: ambos controles incidentales, pero sólo uno de ellos observa los efectos concretos de la aplicación de la ley en el juicio principal en que se incoa el incidente.

A partir de ahí, propusimos (§27 y §28) un análisis de la INA que distinguiera su carácter incidental de su carácter concreto, aunque en la incidentalidad no debiera incluirse una característica adicional: la configuración como “cuestión prejudicial”.

Dado que esta terapia se configura procesalmente como un incidente dentro de un juicio, la enfermedad de que se hace cargo debía vincularse con algo atinente al juicio principal; este “algo atinente” es el precepto legal aplicable en la gestión pendiente (§29 a §31). A partir de ahí, necesitábamos darle contenido al adjetivo que le habíamos encontrado al vicio encontrado en el precepto legal: “aplicable”. La definición del concepto de “aplicabilidad” nos llevó a distinguirla de la validez y dentro de aquella, entre la aplicabilidad interna y la externa (§32 a §34). Estas distinciones ayudaban a comprender diversas controversias sobre cómo se solucionaban vicios de inconstitucionalidad en circunstancias especiales tales como las INA contra leyes derogadas (§36) o declaradas inconstitucionales (§38 a §41).

Pero además, la INA requiere que el precepto aplicable sea decisivo, de modo que el tratamiento contra la inconstitucionalidad se dirige a un precepto legal aplicable y “relevante” en el juicio. Una definición

⁴⁷⁸ Sólo por mencionar las sentencias más recientes que hace referencia al “control concreto” de la INA: STC 2629, Segunda Sala, 27.02.14; STC 2399, 16.01.14; STC 2323 09.01.14

de relevancia (§42 a §43) nos llevó a revisar que el vicio de inconstitucionalidad que enfrenta la INA a veces no se produce porque la norma legal que es objeto de la misma es redundante (§43.1) o porque la sede procesal en que se discute le quita la capacidad de producir los efectos de su eventual aplicación (§44).

Por último, nos hicimos cargo de que el vicio de inconstitucionalidad requiere un “control concreto” de constitucionalidad en el sentido que usa el TC esta expresión, como una revisión de los efectos inconstitucionales que puede producir la aplicación, en sede judicial, de una norma legal. Para poder identificar con la mayor precisión posible, nos enfocamos en casos (§47) que podía hablarse de un precepto constitucional que producía efectos inconstitucionales al aplicarse, para distinguirlo del control abstracto que produce la extirpación de preceptos inconstitucionales. En estos casos descubrimos una nota común: dentro del campo de aplicación del precepto legal, estos eran juicios en que se daba una circunstancia específica que no estaba considerada en la ley, pero que el TC estimaba relevante para fundar la inconstitucionalidad de la aplicación.

El mismo TC califica esta circunstancia como un hecho “diverso y peculiar” que da pie a la declaración estimatoria de inaplicabilidad (§48). Pero el TC, además, tiene una auto-percepción del vicio que se sana mediante la INA que nos podía ayudar a avanzar en la descripción del mismo. Esta auto-percepción consistía, específicamente, en considerar que la inconstitucionalidad consiste en la falta de algún supuesto de hecho en que se pueda aplicar la norma que produzca un efecto constitucional (§49.1) y que no existía relación necesaria entre inconstitucionalidad e inaplicabilidad (§49.2)

La última parte de este trabajo, consistió en demostrar que las descripciones que el TC hacía sobre el vicio que trata la INA consiste en las “lagunas axiológicas” a que se refiere la doctrina (§54.2). Para ello, fue necesario hacer referencia a los conceptos de tesis e hipótesis de relevancia de los sistemas normativos, así como darle un significado constitucional (§53 y §54). Luego, explicar los posibles desajustes entre tesis de relevancia legal e hipótesis de relevancia constitucional para distinguir el que produce el vicio asociado a la INA (§54.2) del desajuste que conlleva una inconstitucionalidad abstracta (§54.1).

Como cierre, se enfrentó (§55) la explicación de la enfermedad denominada “laguna axiológica” con la forma de funcionamiento y la descripción que el TC hace del vicio tratado mediante la INA, para concluir que estamos ante el mismo fenómeno, de modo que la sentencia estimatoria de inaplicabilidad es otro caso de lo que se denomina derrotabilidad de las normas, sólo que en su variante relativa a la derrota efectuada por la Constitución a la ley.

Efectuada la identificación entre el fenómeno de la derrotabilidad de la ley y la sentencia estimatoria de inaplicabilidad hemos alcanzado mucho. En nuestra investigación, hemos visitado muchos autores que

derechamente defienden la derrotabilidad de las normas legales por los mandatos constitucionales⁴⁷⁹, pero ninguno ha tenido la oportunidad de reflexionar sobre una acción constitucional diseñada para llegar a estos intersticios de validez, debiendo conformarse con dar cuenta de los múltiples argumentos que los jueces ordinarios utilizan para inaplicar la ley constitucional que produce un efecto inconstitucional. Pero desde el momento en que descubrimos esta nueva perspectiva de la INA, se vuelven más apremiantes algunos problemas y aparecen otros.

Uno de los problemas que se vuelve urgente a partir de nuestras conclusiones consiste que el TC no cuenta con oportunidades procesales para la rendición de prueba. Este defecto ha sido relevado por BRAZ cuando critica que: “en un procedimiento «normal» de inaplicabilidad, el Tribunal conocerá las circunstancias del caso concreto a través de las alegaciones de las partes (que pueden ser incompletas, parciales o incluso, de dudosa veracidad) y por medio de los documentos que voluntariamente adjunten las partes (si es que adjuntan algo más que el simple certificado de la gestión pendiente).”⁴⁸⁰ El problema probatorio se vuelve acuciante cuando recordamos que la laguna axiológica se produce porque la tesis de relevancia legal no contempla una propiedad que se encuentra en la hipótesis de relevancia que impone la Constitución, vale decir, que la ley no hace un distingo que debiera hacer. Como las partes discuten en el juicio principal principalmente a nivel legal, no es extraño que no aporten prueba sobre esa propiedad relevante para la Constitución, porque las normas legales aplicables no la toman como un hecho operativo de las mismas. Las palabras de un ex-ministro del TC hacen ver precisamente este punto:

“(…) como hemos visto, el juicio puramente jurídico que debe emitirse en una sentencia de inaplicabilidad pasa por una apreciación de los hechos, pues es respecto de éstos que la norma impugnada producirá o dejará de producir efectos contrarios a la Constitución. El problema, según lo que también hemos señalado, es que esos hechos pueden no estar configurados en la gestión pendiente, cuyo expediente se tiene a la vista; y, en ese caso, el TC no tiene otra oportunidad para indagar a su respecto que preguntando a los abogados de las partes en la vista de la causa, lo que tiene todos los inconvenientes que pueden imaginarse respecto a la posibilidad de dar por establecida una situación en base a ese método. Es posible, incluso, que en casos afinados el debate en la gestión pendiente simplemente no haya versado acerca de ciertos hechos que adquieren una especial relevancia enfrente a la potencial inaplicabilidad de los preceptos impugnados.”⁴⁸¹

Por otro, lado con el fenómeno de la derrotabilidad incrustado en nuestro ordenamiento saca a la luz “la estructura moral deontológica subyacente al complejo proceso de reproducción del sistema jurídico en un Estado constitucional democrático, llamando la atención sobre el modo como las funciones de

⁴⁷⁹ Sólo por citar a los más entusiastas: BAYÓN, ATIENZA, RUIZ MANERO, MORESO y, por supuesto, GARCÍA FIGUEROA.

⁴⁸⁰ BRAZ (2012) p. 217.

⁴⁸¹ CORREA (2011) p. 67.

producción y aplicación de normas se encuentran, en todos los niveles aunque en forma diferenciada, sujetas a principios de moralidad política⁴⁸². Las complejidades que se producen cuando se distingue entre las reglas del discurso de justificación de las normas, propio del legislador, de las reglas del discurso de aplicación, correspondiente a los jueces (aunque estos sean “constitucionales” y estén agrupados en un solo tribunal) son las complejidades anejas al “derecho a ser tratado como un igual, con preocupación y respeto, es un derecho a un tratamiento igualitario, es decir, tratando idénticamente casos no en relación a una norma individual, sino que en referencia a un *set* coherente de principios y derechos.”⁴⁸³ Evidentemente, existen riesgos de incerteza jurídica asociados al particularismo que implica la derrotabilidad judicial de normas legales generales, pero el perfeccionamiento de los modelos argumentativos del TC puede ayudar en este camino de una justicia en que se integra la nueva “equidad constitucional”⁴⁸⁴. A fin de cuentas: “En esto parece consistir la equidad –nos dice GUIBOURG–, que no es la justicia del caso particular, ya que nuestro juicio es siempre determinado por ciertas características del caso, que podrían idealmente repetirse en otro: llamamos equidad al conjunto de criterios de justicia que no se hallan explícitamente formulados en reglas, y cuya importancia para cada caso depende, en consecuencia, de características que no hemos individualizado de antemano pero golpean nuestra atención axiológica cuando las encontramos.”⁴⁸⁵

⁴⁸² RODILLA (2009) p. 15.

⁴⁸³ GÜNTHER (1993) p. 284.

⁴⁸⁴ Como la califica Ricardo SALAS VENEGAS, en columna publicada en *El Mercurio Legal*, 23.09.13.

⁴⁸⁵ GUIBOURG (2011) p. 123.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, Josep (2004): *La Constitución del Estado constitucional* (Lima : Bogotá, PALESTRA; TEMIS) pp. 178.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio (1991): *Análisis lógico y derecho* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales) pp. 625.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio (2006): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Buenos Aires, Astrea) pp. 275.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. (2010): *Fundamentos para una teoría general de los deberes* (Madrid, Marcial Pons) pp. 179.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. (2012): 'On Law and Logic' en Jordi FERRER BELTRÁN, Giovanni BATTISTA RATTI (edit.) *The Logic of Legal Requirements* (Oxford, Oxford University Press) pp. 39–52.
- ALDUNATE, Eduardo (2008): *Derechos fundamentales* (Santiago, Chile, Legal Publishing).
- ALDUNATE, Eduardo (2009): *Jurisprudencia constitucional 2006-2008: estudio selectivo* (Santiago de Chile, Legal Publishing) pp. 102.
- ALMAGRO, José (1989): *Justicia constitucional: Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (Tirant Lo Blanch) pp. 730.
- ARAGONÉS, Emilio (2010): 'La cuestión prejudicial administrativa desde la perspectiva del ordenamiento administrativo: una imperfección normativa' en *La responsabilidad penal en la Administración Pública* (Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local) pp. 127–219.
- ARAGÓN REYES, Manuel (2013): *Estudios de derecho constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 988.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2006): *Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder* (Madrid, Trotta, 2a ed.) pp. 133.
- ATIENZA, Manuel (2013): *Curso de argumentación jurídica* (.).
- ATIENZA, Manuel (2013): *Curso de argumentación jurídica* (Madrid, Trotta) pp. 870.

- ATRIA, Fernando (2001): 'Inaplicabilidad y coherencia: contra la idea del legalismo', *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, vol. XII: pp. 119–156.
- ATRIA, Fernando (2001): *On law and legal reasoning* (Oxford, Hart Publishing) pp. 239.
- ATRIA, Fernando (2005): 'Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo' en *Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial* (Madrid, Marcial Pons) pp. 45–71.
- ÁVILA, Humberto (2011): *Teoría de los principios* (Madrid, Marcial Pons) pp. 172.
- BATTISTA RATTI, Giovanni (2007): 'Dos modelos de relevancia normativa' en *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin* (Madrid, Marcial Pons) pp. 153–167.
- BAYÓN, Juan Carlos (2002): 'Derecho, convencionalismo y controversia' en *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (Barcelona, Gedisa Editorial) pp. 57–92.
- BAYÓN, Juan Carlos (2003): 'Proposiciones normativas e indeterminación del derecho' en *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) pp. 27–66.
- BERNAL, Carlos (2006): *El Neoconstitucionalismo a Debate* (Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita) pp. 69.
- BIN, Roberto y PITRUZZELLA, Giovanni (2005): *Diritto costituzionale* (Torino, G. Giappichelli, 6. ed) pp. 546.
- BLACK, Henry Campbell (1968): *Black's Law Dictionary* (Minnesota, West Publishing Co., Cuarta edición revisada).
- BLASCO, Ma. Del Carmen (1995): *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad* (Barcelona, J.M. Bosch) pp. 388.
- BONNET, Julien (2009): *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois: analyse critique d'un refus* (París, Dalloz) pp. 716.
- BORDALÍ, Andrés (2002): *Temas de derecho procesal constitucional* (Santiago, Fallos del Mes) pp. 245.
- BOUVIER, Hernán y NAVARRO, Pablo (2004): 'Controversias jurídicas y seguimiento de reglas' (Buenos Aires
- BOUVIER, Hernán (2012): *Particularismo y derecho: un abordaje pospositivista en el ámbito práctico* (Madrid, Marcial Pons) pp. 390.
- BRAY, Samuel L. (2010): 'Preventive Adjudication', *University of Chicago Law Review*, vol. 77, No. 3: pp. 1275–1334.

BRAZ, Jaana (2012): 'Cuestiones prácticas de la tramitación del recurso de inaplicabilidad' en Miriam Lorena HENRÍQUEZ VIÑAS (edit.) *Derechos fundamentales y justicia constitucional ¿Consolidación o reforma?* (Santiago, Abeledo Perrot : Thomson Reuters) pp. 209–224.

BRAZ, Jaana (2012): 'Cuestiones prácticas de la tramitación del recurso de inaplicabilidad' en Miriam Lorena HENRÍQUEZ VIÑAS (edit.) *Derechos fundamentales y justicia constitucional ¿Consolidación o reforma?* (Santiago, Abeledo Perrot : Thomson Reuters) pp. 209–224.

BREWER CARIÁS, Allan-Randolph (1994): *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes : estudio de derecho comparado* (Caracas, Universidad Jurídica Venezolana) pp. 197.

BREWER, John (2002): 'Per Incuriam Decisions and the Source Concept', *Hong Kong Law Journal*, vol. 32: p. 359.

BROZEK, Bartosz (2004): *Defeasibility of Legal Reasoning* (Cracovia, Polonia, Kantor Wydawniczy “Zakamycze”) pp. 238.

BULYGIN, Eugenio (1991): 'El concepto de vigencia de Alf Ross' en *Análisis lógico y derecho* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales) pp. 339–353.

BULYGIN, Eugenio (1991): 'Sentencia judicial y creación del Derecho' en *Análisis lógico y derecho* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales) pp. 355–369.

BULYGIN, Eugenio (1991): 'Tiempo y Validez' en *Análisis lógico y derecho* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales) pp. 195–214.

BULYGIN, Eugenio (2005): 'En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria' en *Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial* (Madrid, Marcial Pons) pp. 73–85.

BUSTAMANTE, Thomas (2010): 'Principios, reglas y derrotabilidad: el problema de las decisiones contra legem' en *Teoría del derecho y decisión judicial* (Madrid, Bubok) pp. 205–284.

CALAMANDREI, Piero (1962): *Estudios sobre el proceso civil* (Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América) pp. 531.

CÁMARA, Gregorio (1993): *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional Español: 1981-1991* (Ministerio de Justicia de España) pp. 472.

CAPELLA, Juan Ramón (2006): *Elementos de análisis jurídico* (Madrid, Trotta, 4a ed.) pp. 161.

CAPPELLETTI, Mauro y ADAMS, John Clarke (1966): 'Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations', *Harvard Law Review*, vol. 79, no. 6: pp. 1207–1224.

- CAPPELLETTI, Mauro (2007): *La justicia constitucional: Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo* (Mexico, Porrúa) pp. 461.
- CARACCILO, Ricardo (2000): 'Sistema Jurídico' en Ernesto GARZÓN VALDÉS, Francisco J. LAPORTA (edit.) *El derecho y la justicia* (Madrid, Trotta) pp. 161–176.
- CARACCILO, Ricardo (2006): 'Normas Derrotables. La Concepción De Carlos Alchourrón', *Análisis Filosófico*, vol. 26, no. I: pp. 156–177.
- CARACCILO, Ricardo (2009): *El derecho desde la Filosofía: ensayos* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 267.
- CASARINO, Mario (2008): *Manual de derecho procesal: derecho procesal orgánico* (vol. IV, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 253.
- CEA, José Luis (2006): *Escritos sobre justicia constitucional* (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional del Chile) pp. 247.
- CELOTTO, Alfonso (2004): 'La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos', *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, no. 1: pp. 3–14.
- CHIASSONI, Pierluigi (2010): 'Antinomias' en *Interpretación y razonamiento jurídico*, vol. II (Lima, ARA) pp. 269–317.
- CHIASSONI, Pierluigi (2011): *Técnicas de interpretación jurídica : brevariario para juristas* (Madrid, Marcial Pons) pp. 366.
- CHIASSONI, Pierluigi (2012): *Desencantos para abogados realistas (ebook)* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- CISTERNAS, Giovanni Víctor (2011): *El derecho penal y procesal penal en la reciente jurisprudencia constitucional de inaplicabilidad: (2006-2010)* (Santiago de Chile, Tribunal Constitucional) pp. 293.
- COLOMBO, Juan (1997): *Los actos procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 344.
- COMANDUCCI, Paolo (2009): 'Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales' en *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* (Madrid, Editorial Trotta; Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM) pp. 105–118.
- COMANDUCCI, Paolo (2010): *Hacia una teoría analítica del Derecho: ensayos escogidos* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 264.

- CORREA, Jorge (2011): *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Abeledo Perrot) pp. 105.
- CORZO, Edgar (1998): *La cuestión de inconstitucionalidad* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 575.
- COURS DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (2009): *Les juridictions des états membres de l'Union européenne: structure et organisation* (Luxembourg, Office des publications officielles des communautés européennes) pp. 731.
- DE LA CUEVA, Ignacio (2010): 'Artículos 35 a 40' en *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional* (ebook) (Las Rozas, La Ley).
- DAVISON, Miguel Ángel Roig y GARCÍA, Carlos Alb Ruiz (2006): 'La valoración de la vida humana', *InDret*, , no. 4.
- DISANT, Mathieu (2011): *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité: cadre juridique, pratiques jurisprudentielles* (Rueil-Malmaison, Éditions Lamy) pp. 420.
- DORF, Michael C. (2009): 'Abstract and concrete review' en *Global perspectives on constitutional law* (Oxford, Oxford University Press) pp. 3–14.
- DUTHEILLET, Olivier (2007): 'Controle de constitutionnalite et controle de conventionnalite' en *Juger l'administration, administrer la justice: mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle* (Paris, Dalloz) pp. 315–328.
- EDLIN, Douglas E (2008): *Judges and unjust laws common law constitutionalism and the foundations of judicial review* (Ann Arbor, University of Michigan Press) pp. 321.
- ESCUADERO, Rafael (2005): 'Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho', *Anuario de filosofía del derecho*, no. 22: pp. 397–416.
- EZQUIAGA, F. Javier (2000): *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho* (Valladolid, Lex Nova) pp. 261.
- EZZELL, Rachel J. (06/2013): 'Statutory Interdependence in Severability Analysis', *Michigan Law Review*, vol. 111, no. 8: pp. 1481–1511.
- FALLON, Richard H. Jr (1991/1990): 'Making Sense of Overbreadth', *Yale Law Journal*, vol. 100: pp. 853–908.

- FERNANDES DE ANDRADE, Gustavo (2001): 'Essay: Comparative Constitutional Law: Judicial Review', *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 3: pp. 977–989.
- FERNÁNDEZ, Miguel Angel (2005): 'Constitución y casación: ¿de la falta de aplicación al monopolio constitucional?', *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 3, no. 1: pp. 97–118.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (2004): *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano* (México, Universidad Nacional Autónoma de México) pp. 155.
- FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan (2012): *Dos modelos de constitucionalismo: una conversación* (Madrid, Trotta) pp. 155.
- FERRERES, Víctor (2011): *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad* (Madrid, Marcial Pons) pp. 223.
- FERRERES, Víctor (2012): 'El control de las leyes penales por parte de los jueces ordinarios' en *Constitución y sistema penal* (Madrid, Marcial Pons) pp. 109–121.
- FERRER, Jordi y BATTISTA, Giovanni (2011): *El realismo jurídico genovés* (Madrid, Marcial Pons) pp. 236.
- FERRER, Jordi Ferrer y BATTISTA, Giovanni (2010): 'Validity and Defeasibility in the Legal Domain', *Law and Philosophy*, vol. 29: pp. 601–626.
- FERRER, Jordi y RATTI, Giovanni (2012): 'Defeasibility and legality: a survey' en *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility* (Oxford, Oxford University Press).
- FERRER, Jordi y RODRÍGUEZ, Jorge L. (2011): *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos* (Madrid, Marcial Pons) pp. 218.
- FIGUEROA, Giovanni (2011): *Sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana* (México, D.F., Porrúa) pp. 469.
- FILLOY, Marylen y SOTO, María De Los Ángeles (2011): *Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad: análisis jurisprudencial del periodo de marzo del año 2006 a marzo de 2010 en cuanto a los criterios de admisibilidad* (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional) pp. 293.
- FISS, Owen M. (2010): *Democracia y disenso: una teoría de la libertad de expresión* (Buenos Aires, Ad-Hoc) pp. 157.

- GANS, David H. (2008/2007): 'Severability as Judicial Lawmaking', *George Washington Law Review*, vol. 76: pp. 639–697.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2007): 'Derecho y pretextos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo' en *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos* (Madrid, Trotta) pp. 237–264.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2010): 'Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas' en *Teoría del derecho y decisión judicial* (Madrid, Bubok) pp. 179–204.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2010): 'Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas' en *Teoría del derecho y decisión judicial* (Madrid, Bubok) pp. 179–204.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2012): 'Sobre a ideia de pretensão de correção do direito em Robert Alexy: considerações críticas', *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol. 104, no. 0: pp. 53–128.
- GARCÍA COUSO, Susana (1998): *El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales) pp. 202.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (2009): *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos* (Madrid, Trotta) pp. 268.
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín y MIRANDA, Alejandro (2013): 'Sobre la licitud de la destrucción de una aeronave agresora que lleva pasajeros inocentes', *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, vol. 20, no. 2: pp. 351–371.
- GARCÍA PINO, Gonzalo (2012): *Estudios sobre jurisdicción constitucional, pluralismo y libertad de expresión* (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional del Chile) pp. 149.
- GARCÍA-YZAGUIRRE, José Víctor (2012): 'La validez prima facie y el principio de derrotabilidad de las normas jurídicas', *Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica*, vol. 21, no. 2: pp. 459–487.
- GASCÓN, Marina (2013): *La interpretación constitucional* (El Salvador, Nicaragua, Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador) pp. 169.
- GÓMEZ BERNALES, Gastón (2013): *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad de Diego Portales) pp. 293.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Lionel (08/2013): 'Los árbitros arbitradores y mixtos frente a la Constitución 1980: Normas “decisoriae” y “ordinatoriae litis” vinculantes en el arbitraje irritual y en la jurisdicción de equidad', *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, No. 40: pp. 535–573.

- GONZÁLEZ RIVAS, Juan José (2001): *Análisis de los sistemas de jurisdicción constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 351.
- GONZÁLEZ RIVAS, Juan José (2010): *Comentarios a la Ley orgánica del Tribunal Constitucional* (Las Rozas, La Ley) pp. 1014.
- GRAU, Eros Roberto (2007): *Interpretación y aplicación del derecho* (Madrid, Dykinson) pp. 274.
- GROPPI, Tania (2003): '¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana', *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 107: pp. 481–504.
- GUASTINI, Ricardo (2010): 'La interpretación de la Constitución' en *Interpretación y razonamiento jurídico*, vol. II (Lima, ARA) pp. 21–67.
- GUASTINI, Riccardo (1999): *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho* (Barcelona, Gedisa Editorial) pp. 414.
- GUASTINI, Riccardo (2003): 'La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano' en *Neoconstitucionalismo (s)* (Madrid, Trotta, 4a ed.) pp. 49–73.
- GUASTINI, Riccardo (2004): 'Proyecto para la voz “Ordenamiento jurídico” de un diccionario',
- GUASTINI, Riccardo (2011): 'Contribución a la teoría del ordenamiento jurídico' en Jordi FERRER BELTRÁN, Giovanni BATTISTA RATTI (edit.) *El realismo jurídico genovés* (Madrid, Marcial Pons) pp. 81–115.
- GUASTINI, Riccardo (2012): 'Defeasibility, Axiological Gaps and Interpretation' en *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility* (Oxford University Press) pp. 183–192.
- GUASTINI, Riccardo (2014): *Interpretar y argumentar* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 381.
- GUIBOURG, Ricardo A. (2000): 'Fuentes del Derecho' en Ernesto GARZÓN VALDÉS, Francisco J. LAPORTA (edit.) *El derecho y la justicia* (Madrid, Trotta) pp. 177–193.
- GUIBOURG, Ricardo (2011): *El fenómeno normativo* (Buenos Aires, Astrea) pp. 202.
- GUILLAUME, Marc (2011): 'Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme', *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 32.
- HART, H. L. A. (1948): 'The Ascription of Responsibility and Rights', *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 49: pp. 171–194.

- HART, H. L. A (1998): *El concepto de derecho* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot
- HAULBERT, Marine (2013): *Les techniques juridictionnelles du contrôle de constitutionnalité a posteriori* (Montpellier, Francia, Tesis, Université Montpellier I) pp. 279.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena (2009): *Las fuentes formales del derecho* (Santiago, Legal Publishing) pp. 114.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (2006): *El nuevo Tribunal Constitucional. Los derechos fundamentales y el moderno recurso de inaplicabilidad* (Santiago, LexisNexis, 2a ed.) pp. 342.
- ISSERLES, Marc (1999): 'Overcoming Overbreadth: Facial Challenges and the Valid Rule Requirement', *American University Law Review*, vol. 48, no. 2: pp. 359–457.
- ISSERLES, Marc (1999): 'Overcoming Overbreadth: Facial Challenges and the Valid Rule Requirement', *American University Law Review*, vol. 48, no. 2: pp. 359–457.
- ITURRALDE SESMA, Victoria (1987): 'Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas', *Anuario de filosofía del derecho*, no. 4: pp. 331–354.
- JONA, C. Vered (2008/2007): 'Cleaning up for Congress: Why Courts Should Reject the Presumption of Severability in the Faces of Intentionally Unconstitutional Legislation', *George Washington Law Review*, vol. 76: pp. 698–724.
- KELSEN, Hans (1942): 'Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution', *The Journal of Politics*, vol. 4, no. 02: pp. 183–200.
- KELSEN, Hans (1958): *Teoría general del derecho y del Estado* (México, UNAM) pp. 500.
- KELSEN, Hans (2008): 'La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)', *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, vol. 10: pp. 3–46.
- KLUKOWSKI, Kenneth A. (2011): 'Severability Doctrine: How Much of a Statute Should Federal Courts Invalidate?', *Texas Review of Law & Politics*, vol. 16, no. 1: pp. 1–111.
- KOHR, Sarah Danielle (2007): 'What's Ayotte Left for Casey - The Newest Supreme Court Precedent in the Area of Abortion', *Georgetown Journal of Law and Public Policy*, vol. 5: pp. 725–766.
- KREIT, Alex (2009): 'Making Sense of Facial and As-Applied Challenges', *William & Mary Bill of Rights Journal*, v. 18, n° 3, pp. 657-707.

- KUHLEN, Lothar (2012): *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales* (Madrid, Marcial Pons) pp. 159.
- LAPORTA, Francisco (2007): *El imperio de la ley: una visión actual* (Madrid, Trotta) pp. 283.
- LASCOMBE, Michel (2011): *Code constitutionnel et des droits fondamentaux* (Paris, Dalloz) pp. 1721.
- LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César (2006): 'Naturaleza y dimensiones del "Stare Decisis"', *Revista chilena de derecho*, vol. 33, no. 1: pp. 109–124.
- LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César (2009): 'Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en los Estados Unidos y la Argentina', *Lecciones y Ensayos*, vol. 86: pp. 321–350.
- LEVADE, Anne (2011): 'L'étendue du contrôle du Conseil constitutionnel' en *La question prioritaire de constitutionnalité* (Aix-en-Provence, Presses universitaires) pp. 111–120.
- LOKAN, Andrew K. y KASTNER, Danny (2009): 'Constitutional Exemptions - The Remedy That Dare Not Speak Its Name', *National Journal of Constitutional Law*, vol. 27: pp. 179–191.
- MARÍN PAGEO, Encarnación (1987): *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil* (Granada, Tesis, Universidad de Granada) pp. 972.
- MARSHALL BARBERÁN, Pablo (2005): 'Inaplicabilidad por inconstitucionalidad', *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, vol. 2: pp. 799–824.
- MARTÍN DE LA VEGA, Augusto (2003): *La sentencia constitucional en Italia. Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 429.
- MARTÍNEZ, José Ignacio (2011): 'La cuestión de inaplicabilidad como mecanismo de control de la interpretación de los preceptos legales' en *Litigación pública* (Santiago, Abeledo Perrot : Thomson Reuters) pp. 377–396.
- MASSMANN BOZZOLO, Nicolás (2009): 'La admisibilidad del recurso de inaplicabilidad: a tres años de la reforma', *Ius et Praxis*, vol. 15, no. 1: pp. 263–293.
- MATHEUS SAMPER, Luisa (2004): 'Introducción al estudio de la Constitución de Canadá', *Revista de Derecho de la Universidad del Norte (Colombia)*, vol. 22: pp. 254–271.
- MATHIEU, Bertrand (2011): 'Les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme: Coexistence – Autorité – Conflits – Régulation', *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 32.

- MATURANA MIQUEL, Cristián (2010): 'El procedimiento, la legitimación para obrar y el control de admisibilidad en el requerimiento de inaplicabilidad e inconstitucionalidad', *Revista de derecho público de la Universidad de Chile*, vol. 72: pp. 390–453.
- MENDONCA, Daniel y GUIBOURG, Ricardo A (2004): *La Odisea constitucional: constitución, teoría y método* (Madrid, Marcial Pons) pp. 222.
- MENDONCA, Daniel (1992): *Introducción al análisis normativo* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales) pp. 180.
- MENDONCA, Daniel (2000): 'Aplicación del Derecho' en Ernesto GARZÓN VALDÉS, Francisco J. LAPORTA (edit.) *El derecho y la justicia* (Madrid, Trotta) pp. 267–282.
- MENDONCA, Daniel (2009): *Análisis Constitucional: Una introducción* (Bogotá, Colombia, Universidad del Rosario) pp. 150.
- MENDONCA, Daniel (edit.) (2011): *Compendio de una teoría analítica del derecho : Alchourrón y Bulygin en sus textos* (Madrid, Marcial Pons) pp. 101.
- MENESTRINA, Francesco (1904): *La pregiudiziale nel processo civile* (Vienna, Manz) pp. 233.
- MOHOR ABUAUAD, Salvador (2011): 'Reflexiones en torno a los recursos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad a la luz de la reforma constitucional de 2005' en *Estudios sobre justicia constitucional: libro homenaje a la profesora Luz Bulnes Aldunate* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 103–123.
- MORESO, José Juan (1997): *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 256.
- MORESO, José Juan (2005): 'A brilliant disguise: entre fuentes y lagunas' en *Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial* (Madrid, Marcial Pons) pp. 185–203.
- NAGLE, John Copeland (1994/1993): 'Severability', *North Carolina Law Review*, vol. 72: pp. 203–259.
- NASKE, Nina y NOLTE, Georg (2007): "“Aerial Security Law.” Case No. 1 BvR 357/05. 115 BVerfGE 118", *The American Journal of International Law*, vol. 101, no. 2: pp. 466–471.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2011): *El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)* (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional) pp. 152.
- NAVARRO, Pablo Eugenio y MORESO, José Juan (1996): 'Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas', *Isonomía : Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, vol. 5: pp. 119–139.

- NAVARRO, Pablo Eugenio y RODRÍGUEZ, Jorge Luis (2000): 'Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas', *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, vol. 13: pp. 61–85.
- NAVARRO, Pablo Eugenio; RODRÍGUEZ, Jorge L.; et al. (2000): 'La aplicabilidad de las normas jurídicas', *Analisi e diritto 2000. Ricerche di giurisprudenza analitica*, vol. 3: pp. 133–152.
- NAVARRO, Pablo y REDONDO, María Cristina (2002): *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (Barcelona, Gedisa Editorial) pp. 367.
- NIETO, Alejandro (2007): *Crítica de la razón jurídica* (Madrid, Trotta) pp. 242.
- NOTA EN HARVARD LAW REVIEW (02/01/1970): 'The First Amendment Overbreadth Doctrine', *Harvard Law Review*, vol. 83, no. 4: pp. 844–927.
- NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio (2012): 'Constitución, neoconstitucionalismo y lagunas jurídicas (normativas y axiológicas)', *Estudios constitucionales*, vol. 10, no. 2: pp. 511–532.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel A. (2008): 'El control de la igualdad en la aplicación de la ley como factor de expansión del control concreto de constitucionalidad de las leyes' en *Sentencias destacadas 2007: una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (Santiago, Libertad y Desarrollo) pp. 123–161.
- NÚÑEZ POBLETE, Manuel A. (2011): 'Las representaciones internas del Derecho Internacional. Control preventivo e inaplicabilidad de los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional' en *Jurisprudencia constitucional destacada (2008-2009): análisis crítico: II Coloquio sobre la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Abeledo Perrot : Legal Publishing) pp. 18–36.
- ORUNESU, Claudina y RODRÍGUEZ, Jorge Luis (2004): 'Estudio Preliminar' en *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana* (Madrid, Marcial Pons) pp. 13–47.
- ORUNESU, Claudina (2012): *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales* (Madrid, Marcial Pons) pp. 293.
- PARDINI, Jean-Jacques (2001): *Le juge constitutionnel et le "fait" en Italie et en France* (Aix-en-Provence; Paris, Presses universitaires d'Aix-Marseille ; Économica) pp. 442.
- PEGORARO, Lucio (2004): *La justicia constitucional, una perspectiva comparada* (Madrid, Dykinson) pp. 195.
- PEÑA FREIRE, Antonio M. (1997): *La garantía en el Estado constitucional de derecho* (Madrid, Trotta) pp. 303.

PEÑA TORRES, Marisol (2012): 'Los desafíos del Derecho Constitucional desde la perspectiva de la Justicia Constitucional' en *Derechos fundamentales y justicia constitucional ¿Consolidación o reforma?* (Santiago, Abeledo Perrot : Thomson Reuters) pp. 17–27.

PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel (2012): 'Principles, Conflicts, and Defeats: An Approach from a Coherentist Theory' en Jordi FERRER BELTRÁN, Giovanni BATTISTA RATTI (edit.) *The Logic of Legal Requirements* (Oxford, Oxford University Press) pp. 288–308.

PERRIER, Jean-Baptiste (2011): *La question prioritaire de constitutionnalité* (Aix-en-Provence, Presses universitaires) pp. 302.

PICA, Rodrigo (2010): '¿En qué consiste el denominado “control concreto de constitucionalidad” y en qué medida la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley participa de dicha caracterización?' en *Estudios constitucionales* (Santiago de Chile, Librotecnia) pp. 329–393.

PICA, Rodrigo (2012): *Control jurisdiccional de constitucionalidad de la ley en Chile: los procesos de inconstitucionalidad y de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de competencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago) pp. 163.

PIERRE-YVES, Gahdoun (2012): 'Argumenter la question prioritaire de constitutionnalité' en *La question prioritaire de constitutionnalité* (París, Lextenso éd. : “Gazette du Palais) pp. 124–133.

PIZZORUSSO, Alessandro (1981): *Commentario della Costituzione* (Roma, Zanichelli) pp. 772.

POLITOFF, Sergio (1997): *Derecho Penal, vol. I* (Santiago, Conosur) pp. 673.

PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra (2012): 'Problemática sobre el examen de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad' en *Derechos fundamentales y justicia constitucional ¿Consolidación o reforma?* (Santiago, Abeledo Perrot : Thomson Reuters) pp. 225–243.

POZZOLO, Susanna y ESCUDERO, Rafael (eds.) (2011): *Disposición vs. norma* (Lima, Palestra) pp. 186.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel y CAMPIONE, Roger (2010): *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional Italiano: estudio de una jurisdicción de la libertad* (Madrid, Boletín Oficial del Estado : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 370.

PRIETO SANCHÍS, Luis (2008): *Apuntes de teoría del derecho* (Madrid, Trotta, 3a ed.) pp. 331.

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (2007): 'Al hilo de los 25 años de control (en abstracto) de la constitucionalidad de la ley: la declinante fuerza del recurso de inconstitucionalidad' en *50 años de Corte Constitucional italiana, 25 años de Tribunal Constitucional español* (Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica) pp. 21–30.

REYNAL QUEROL, Nuria (2000): 'Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil' en *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil* vol. I (Barcelona, Difusión Jurídica) pp. 257–287.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (01/2002): 'El Control Difuso de Constitucionalidad de la Ley en la República de Chile', *Ius et Praxis*, vol. 8, no. 1: pp. 389–418.

ROACH, Kent (2005): 'Principled Remedial Discretion under the Charter', *Supreme Court Law Review*, vol. 25: pp. 101–150.

RÓDENAS, Ángeles (1999): 'Acerca del Positivismo de Frederick Schauer', *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, no. 21: pp. 225–233.

RÓDENAS, Ángeles (2012): *Los intersticios del derecho: indeterminación, validez y positivismo jurídico* (Madrid, Marcial Pons) pp. 128.

RODILLA, Miguel Ángel (2009): 'Imperio de la ley y principios - presentación de un debate' en *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo) pp. 9–54.

RODRÍGUEZ, Jorge L. (2002): *Lógica de los sistemas jurídicos* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 436.

RODRIGUEZ, Jorge L. (2012): 'Against Defeasibility of Legal Rules' en Jordi FERRER BELTRÁN, Giovanni BATTISTA RATTI (edit.) *The Logic of Legal Requirements* (Oxford, Oxford University Press) pp. 89–107.

ROMERO SEGUEL, Alejandro y MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio (2007): '¿Es posible plantear cuestión de inaplicabilidad en un procedimiento arbitral ante árbitro arbitrador?', *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, vol. 69: pp. 407–416.

ROMERO SEGUEL, Alejandro (2005): 'El recurso de casación en el fondo como medio para denunciar la infracción a la Constitución', *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, no. 3: pp. 495–500.

ROSENBERG, Morris y PERRAULT, Stéphane (2002): 'Ifs And Buts In Charter Adjudication: The Unruly Emergence Of Constitutional Exemptions In Canada', *Supreme Court Law Review*, vol. 16, no. 0.

ROSS, Alf (2005): *Sobre el derecho y la justicia* (Buenos Aires, Eudeba) pp. 468.

ROUSSEAU, Dominique (2011): 'Les conditions de recevabilité de la QPC' en Jean-Baptiste PERRIER (edit.) *La question prioritaire de constitutionnalité* (Aix-en-Provence, Presses universitaires) pp. 97–107.

ROUX, Jérôme (2012): 'Contre quels textes soulever la question prioritaire de constitutionnalité?' en Dominique ROUSSEAU (edit.) *La question prioritaire de constitutionnalité* (Paris, Lextenso éd. y Gazette du Palais) pp. 42–66.

RUBIO, Francisco (2012): *La forma del poder: estudios sobre la Constitución* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 1558.

RUIZ MANERO, Juan (2005): 'Algunas concepciones del derecho y sus lagunas' en *Lagunas en el derecho: una controversia sobre el derecho y la función judicial* (Madrid, Marcial Pons) pp. 103–126.

RUIZ MIGUEL, Alfonso (2000): 'Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional', *Doxa*, vol. 23: pp. 145–160.

RUPP, Hans G. (1960): 'Judicial Review in the Federal Republic of Germany', *American Journal of Comparative Law*, vol. 9: p. 29.

SAENGER, Fernando y BRUNA, Guillermo (2006): *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad: jurisprudencia 1980-2005* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 257.

SAENGER GIANONI, Fernando (2009): 'Control abstracto y concreto en la nueva inaplicabilidad' en *Temas actuales de derecho constitucional: libro homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile y Asociación Chilena de Derecho Constitucional) pp. 277–303.

SALAS VIVALDI, Julio Enrique (2000): *Los incidentes y, en especial el de nulidad, en el proceso civil y penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 246.

SANKOFF, Peter (2000): 'Constitutional Exemptions: Myth or Reality?', *National Journal of Constitutional Law*, vol. 11.

SANKOFF, Peter (2003): 'Constitutional Exemptions: An Ongoing Problem Requiring a Swift Resolution', *University of British Columbia*, vol. 36: pp. 231–258.

SCARCIGLIA, Roberto (2011): *Introducción al derecho constitucional comparado* (Madrid, Dykinson) pp. 231.

SCARCIGLIA, Roberto (2011): *Introducción al derecho constitucional comparado* (Madrid, Dykinson) pp. 231.

SCHAUER, Frederick (1995): 'Ashwander Revisited', *The Supreme Court Review*, vol. 1995: pp. 71–98.

SCHAUER, Frederick (2004): *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana* (Madrid, Marcial Pons) pp. 311.

- SCHMITT, Carl (1983): *La defensa de la constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución* (Madrid, Tecnos) pp. 251.
- SEBOK, Anthony (1997): 'Is the Rule of Recognition a Rule', *Notre Dame Law Review*, vol. 72, no. 5: pp. 1539–1563.
- SERRA CRISTÓBAL, Rosario (1999): *La guerra de las cortes: la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo* (Madrid, Tecnos) pp. 215.
- SERRANO, José Luis (1999): *Validez y vigencia: la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica* (Madrid, Trotta) pp. 130.
- SQUELLA, Agustín (2000): *Introducción al derecho* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1. ed) pp. 576.
- STOEHLER MAES, Carlos Alberto (2009): *De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 212.
- SUCAR, Germán (2008): *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica* (Madrid, Marcial Pons) pp. 475.
- TARELLO, Giovanni (2013): *La interpretación de la ley* (Lima, Palestra) pp. 396.
- TUSSEAU, Guillaume (2011): *Para acabar con los “modelos” de jurisdicción constitucional. Un ensayo de crítica* (México, Porrúa) pp. 171.
- UGARTE GODOY, José Joaquín (2010): *Curso de filosofía del derecho* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) pp. 736.
- URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín (2007): 'Sobre las sentencias de control de leyes' en *El futuro de la justicia constitucional: Actas de las XII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) pp. 71–100.
- VALENZUELA VILLALOBOS, Williams Eduardo (2012): *El control reparador de constitucionalidad de las normas legales: Un análisis comparativo de los tribunales constitucionales de Chile e Italia* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago) pp. 165.
- VÁSQUEZ SOTELO, José Luis (1999): 'Los principios del Proceso Civil (Ensayo Doctrinal)' en *Responsa Jurisperitorum Digesta* (Universidad de Salamanca) pp. 111–156.
- VERDUGO RAMÍREZ, Sergio (2010): 'Inaplicabilidad y vicios de forma: ¿un problema resuelto?', *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 23: pp. 83–112.
- VERMEULE, Adrian (1997/1996): 'Saving Constructions', *Georgetown Law Journal*, vol. 85: pp. 1945–1977.

VÍRGALA FORURIA, Eduardo (2001): 'Control abstracto y recurso directo de inconstitucionalidad en los Estados Unidos', *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 62: pp. 77–124.

ZAGREBELSKY, Gustavo y MARCENÒ, Valeria (2012): *Giustizia costituzionale* (Bologna, Il mulino) pp. 569.

ZAGREBELSKY, Gustavo (2010): 'Realismo y concreción del control de constitucionalidad: el caso de Italia' en *El canon neoconstitucional* (Madrid, Trotta : Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM) pp. 427–440.

ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008): *Justicia constitucional: teoría y práctica en el derecho chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 623.

ZAPATA, Patricio (2008): *Justicia constitucional: teoría y práctica en el derecho chileno y comparado* (Santiago de Chile, Jurídica de Chile) pp. 623.

ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira (2011): 'La sentencia Rol 1340 y la sentencia Rol 1288. Una reflexión sobre el (oscuro) rol de los tratados internacionales en el marco del control de constitucionalidad' en *Jurisprudencia constitucional destacada (2008-2009): análisis crítico : II Coloquio sobre la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago, Abeledo Perrot : Legal Publishing) pp. 3–12.

ZÚÑIGA, Francisco (2005): 'Control de constitucionalidad y casación', *Estudios Constitucionales*, vol. 3, N° 2: pp. 15–27.

ZÚÑIGA, Francisco (2010): 'Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad: requerimiento de jueces entre legalidad y constitucionalidad', *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile.*, vol. 72: pp. 294–339.

ZÚÑIGA, Francisco (2010): *Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad: doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre temas procesales* (Santiago, Abeledo Perrot : Legal Publishing) pp. 335.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2010): *Acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad: doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre temas procesales* (Santiago, Chile, Abeledo Perrot : Legal Publishing) pp. 335.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (edit.) (2014): *Nueva constitución y momento constitucional: visiones, antecedentes y debates* (Santiago, LegalPublishing) pp. 329.