El control de la igualdad en la aplicación de la ley como factor de expansión del control concreto de constitucionalidad de las leyes

MANUEL A. NÚÑEZ P.
Profesor y Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte

RESUMEN

El presente trabajo desarrolla, principalmente desde la práctica jurisprudencial del último bienio, las características del control concreto de constitucionalidad que se ejerce a través de la nueva declaración de inaplicabilidad. Junto con ello, explica los principales problemas que plantea la sentencia rol núm. 707-07, de 25 de octubre de 2007, y en entre ellos su relevancia para la construcción del control de la arbitrariedad en la aplicación de la ley y el desarrollo de las competencias del Tribunal Constitucional chileno.

SUMARIO

I. Introducción. II. El objeto del control concreto de constitucionalidad tras la reforma de la Ley núm. 20.050. Algunos principios trazados por el Tribunal Constitucional en dos años de jurisprudencia (2006-2007), 1. El juicio de constitucionalidad del precepto legal es siempre concreto. 2. Con todo, el carácter concreto disminuye cuando el vicio del precepto es formal. 3. El caso y sus hechos son inseparables del proceso y del juicio de inaplicabilidad. 4. El conflicto de constitucionalidad debe ser claro y preciso. 5. La sentencia de inaplicabilidad produce un efecto negativo o inhibitorio. 6. El efecto negativo se sustenta y obliga desde el fundamento de la sentencia. 7. El caso es también inseparable de la sentencia o decisión de inaplicabilidad. Algunos ejemplos de *Solange chilensis*. 8. El caso no impide valorar las consecuencias futuras de la decisión: el incipiente desarrollo de la *prudencia constitucional* como principio directivo de la justicia constitucional. III. Competencia sobre la Constitución y competencia sobre la pretensión de inaplicabilidad: la declaración de inconstitucionalidad por fundamentos no alegados por las partes. 1. Competencia sobre la Constitución y competencia sobre la pretensión de inaplicabilidad. 2. Competencia sobre la pretensión de inaplicabilidad y alcance de la decisión de inaplicabilidad. IV. El examen de la racionalidad del trato legal diferenciado y la deferencia hacia el Legislador. V. La expansión de las competencias del Tribunal Constitucional a través del control de la aplicación de la ley más allá de sus fines. 1. La relevancia de los hechos y el control de la aplicación del Derecho. 2. ¿Quiénes son los sujetos arbitrariamente discriminados? 3. ¿Puede operar el razonamiento del Tribunal Constitucional cuando no hay ley especial que aplicar? 4. La nueva naturaleza de la inaplicabilidad y la inédita extensión de las atribuciones del Tribunal Constitucional. VI. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene por objeto explicar la relevancia que, para el ámbito de competencias propio del control concreto de constitucionalidad ejercido mediante el requerimiento o cuestión de inaplicabilidad, posee la sentencia rol núm. 707-07 de 25 de octubre de 2007 (en adelante STC rol 707). Esta sentencia tiene su origen en un Auto motivado de la Primera Sala Civil de la Excma. Corte Suprema, a través de él se planteó una cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad sobre los artículos 15 y 16 del Decreto Ley núm. 2.695 (Diario Oficial de 21 de julio de 1979). Según la Corte Suprema, dichos preceptos "pudieran afectar la garantía constitucional del derecho de propiedad" en la medida que dicho cuerpo normativo establecería, en comparación con las normas del Código Civil, plazos exiguos para adquirir un inmueble por usucapión. La gestión judicial dentro de la cual la Corte Suprema formula el requerimiento es un recurso de casación en el fondo que persigue anular una sentencia recaída en un juicio ordinario de reivindicación. En dicho juicio una empresa forestal demandó la posesión de un predio agrícola adquirido a través de la prescripción especial del DL. núm. 2.695. Como aconteció tantas veces antes de la entrada en vigor de la reforma constitucional del año 2005, el poseedor del inmueble, una persona natural, opuso a la nueva inscripción sus títulos anteriores, los que acreditarían la posesión y el dominio vigentes. Si bien ninguna de las partes formuló observaciones al requerimiento, ellas fueron admitidas a alegar antes que el Tribunal dictase la sentencia definitiva. Resolviendo la cuestión, el Tribunal Constitucional acogió el requerimiento declarando inaplicables en el caso *sub lite* los artículos 15 y 16 del Decreto Ley en cuestión. A grandes líneas, la argumentación del Tribunal puede resumirse del siguiente modo: si bien el precepto legal impugnado es, en abstracto, compatible con la Constitución, en el contexto de su aplicación concreta el procedimiento que establecen los preceptos legales cuestionados es inconstitucional pues en la causa no concurren los motivos que justifican la aplicación de esas normas especiales.

A continuación se explicarán los principales rasgos característicos del control concreto que configura el instituto de la inaplicabilidad (I), para en seguida analizar las normas en que el Tribunal fundamenta su sentencia (II), el examen que este hace de la racionalidad del régimen especial de prescripción del DL. núm. 2.695 (III) y de la forma en que la nueva modalidad de control concreto expande las competencias del Tribunal Constitucional (IV). El enfoque aplicado

en este estudio centra la atención en el instituto de la inaplicabilidad y las características del control concreto de constitucionalidad según como resultan de los primeros años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Se omite, por lo tanto, un examen de fondo sobre la constitucionalidad del DL. núm. 2.695 de 1979, frente a cualquiera de los derechos contenidos en el art. 19 de la Constitución chilena, o un análisis de su vigencia después de la entrada en vigor la Ley Fundamental de 1980.

II. EL OBJETO DEL CONTROL CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDAD TRAS LA REFORMA DE LA LEY NÚM. 20.050. ALGUNOS PRINCIPIOS TRAZADOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN DOS AÑOS DE JURISPRUDENCIA (2006-2007)

A pesar de la brevedad del tiempo transcurrido tras las reformas introducidas a las competencias del Tribunal Constitucional por la Ley núm. 20.050, puede decirse que el 2007 ha sido un año que ha permitido a dicho Tribunal consolidar la jurisprudencia sobre inaplicabilidad que comenzó a perfilar el año 2006[1]. En efecto, en dos años de jurisprudencia, el Tribunal ha procurado descifrar el sentido de la nueva competencia concedida por la reforma de la Ley núm. 20.050, cual es "resolver, por 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".

Como se ha advertido reiteradas veces, la redacción del actual art. 96 núm. 6 difiere del antiguo art. 80, que radicaba el conocimiento del llamado recurso de inaplicabilidad en la Corte Suprema. Este último precepto constitucional establecía que la Corte Suprema "de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos

[1] Recuérdese que, en lo referente a las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional, las reformas de la Ley núm. 20.050 entraron en vigor, conforme a las disposición transitoria cuadragésima quinta, seis meses después de su publicación en el Diario Oficial (26 de agosto de 2005). Por otra parte, de acuerdo con la disposición cuadragésimo cuarta, "[l]os procesos iniciados, de oficio o a petición de parte, o que se iniciaren en la Corte Suprema para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal por ser contrario a la Constitución, con anterioridad a la aplicación de las reformas al Capítulo VII, seguirán siendo de conocimiento y resolución de esa Corte hasta su completo término".

particulares todo precepto legal contrario a la Constitución". La diferencia radica en que el actual art. 96 se refiere a la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal "*cuya aplicación* resulte contraria a la Constitución", mientras que el antiguo art. 80 se refería en términos más simples a un "precepto legal contrario a la Constitución". Aunque el texto es claro en el énfasis puesto en la aplicación del precepto, y no en su formulación abstracta, el sentido profundo de esta diferenciación parece no haber sido discutido con suficiente profundidad en la elaboración de la Ley núm. 20.050. Como lo recuerda un voto del ministro Fernández Baeza, "la historia fidedigna de la reforma 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, aun cuando sin advertirse los argumentos que lo sustentaron"[2].

2.1 El juicio de constitucionalidad del precepto legal es siempre concreto

La falta de precisión de los antecedentes legislativos no fue obstáculo para que el propio Tribunal propusiera progresivamente el carácter concreto del juicio como una las principales características de esta modalidad de control represivo de constitucionalidad de la ley. Esta peculiaridad se ha resumido en un considerando tomado de una de las últimas sentencias del año 2007: "en sede de inaplicabilidad, no le corresponde a esta Magistratura [el Tribunal Constitucional] decidir de manera abstracta la constitucionalidad de un precepto legal enfrente de la Carta Fundamental"[3].

El fundamento jurídico transcrito resume el carácter concreto del proceso y declaración de inaplicabilidad, rasgo que comenzó a delinearse tempranamente en la jurisprudencia constitucional del año

[2] STC rol núm. 480-2006 (27 de julio de 2006), voto del ministro Sr. Mario Fernández B., 2. Aunque no es objeto de este trabajo indagar en la historia fidedigna de la Ley núm. 20.050, cabe consignar que la actual redacción aparece en el segundo trámite constitucional, específicamente en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados (Bol. núm. 2526-07 y 2534-07, 18 de mayo de 2005).

[3] STC rol núm. 806-07 (11 de diciembre de 2007), cons. 26°.

2006. Así, en el fallo Rol núm. 480-2006 (27 de julio de 2006), el Tribunal afirmó que "en sede de inaplicabilidad el Tribunal está llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución. Lo que el órgano constitucional debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución" (cons. 27°). En una sentencia posterior, la rol núm. 478-2006 (8 de agosto de 2006, referida al desafuero del Senador Guido Girardi), el Tribunal afirmó que "[e]l precepto [el art. 93.6 CPR] 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 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 Alvarez [sic], "Revista del Centro de Estudios Constitucionales", Nº 1 , páginas 77 y 78)" (cons. 15°, cursivas en el original)[4].

Durante el año 2007 el Tribunal tuvo la oportunidad de profundizar las líneas esbozadas durante el 2006. En efecto, la sentencia rol núm. 473-2006 (8 de mayo de 2007) recoge y desarrolla los postulados del voto de empate de la sentencia rol núm. 546-06 (17 de noviembre de 2006, Cap. I), para reconstruir los rasgos principales de la acción de inaplicabilidad. En esta última sentencia el voto de los Ministros Colombo, Fernández Baeza, Venegas, Navarro y Fernández Fredes había subrayado el que "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 [sic] inconstitucional es la apli-

[4] Este mismo párrafo se repetirá dos veces durante el año 2006, véanse STC rol núm. 529-2006 (9 de noviembre de 2006)y 533-2006 (9 de noviembre de 2006), referidas a las causas de desafuero de los senadores Juan Pablo Longueira y Nelson Ávila, respectivamente.

cación del precepto legal impugnado, lo que relativiza el examen abstracto, marcando una clara diferencia con el texto constitucional anterior"[5]. De esta característica el voto citado deduce dos consecuencias, cuales son: (i) que la decisión del Tribunal "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"[6]; y (ii) que tratándose de sentencias recaídas en procesos sobre inaplicabilidad pronunciadas por esta Magistratura, "no será siempre posible extraer conclusiones jurisprudenciales o doctrinas de carácter general acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de determinados preceptos legales"[7].

El carácter concreto del juicio de compatibilidad o incompatibilidad constitucional marca una notoria diferencia entre el proceso de inaplicabilidad, por una parte, y los procesos de control preventivo (art. 93 núms. 1 y 3) y de declaración de inconstitucionalidad (art. 93.7), por la otra. Por cuanto concierne a los primeros, durante el 2007 hubo jurisprudencia que expresamente contrastó el carácter abstracto del juicio preventivo, frente al carácter concreto del juicio de inaplicabilidad[8]. A lo anterior, es preciso añadir la relevancia de la derogación del antiguo art. 83 inciso final CPR., que señalaba que "resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia". Esta última circunstancia descarta, en sede de inaplicabilidad, el efecto de cosa juzgada de las sentencias dictadas en los procesos de control preventivo.

Por lo que se refiere a la acción de inconstitucionalidad, el Tribunal ha subrayado la necesidad de una "contradicción completa y universal" entre el precepto legal y la Constitución[9]. Este último rasgo explica los efectos generales de la declaración de inconstitucionalidad frente a los particulares de la inaplicabilidad[10] y contrasta con

---

5 STC rol núm. 546-2006 (17 de noviembre de 2006), cons. I, "Por el rechazo del recurso", voto de los ministros Colombo, Fernández Baeza, Venegas, Navarro y Fernández Fredes, 2.

6 Ibíd., 3.

7 Ibíd. 3.

8 Véase, en este sentido, la STC rol núm. 786-07 (13 de junio de 2007), cons. 5°.

9 Véase STC rol núm. 546-2006, cons. I.2 del voto de empate.

10 Véase la STC rol núm. 558 (590)-2006 (5 de junio de 2007), donde se lee que el "juicio de inconstitucionalidad expresa una comparación abstracta de dos normas de distinto rango, para constatar su manifiesta incompatibilidad. La ilegitimidad de

la contradicción concreta que requiere el juicio de inaplicabilidad. En este último juicio "la apreciación que ha de realizar el Tribunal (...) no dice relación con un juicio abstracto sobre la compatibilidad de la norma legal impugnada con el Código Político"[11].

2.2 Con todo, el carácter concreto disminuye cuando el vicio del precepto es formal

Durante el 2007 el Tribunal también se hizo cargo de los vicios de forma como sustento del requerimiento de inaplicabilidad. Además de declarar expresamente que el vicio de constitucionalidad que se revisa en sede de inaplicabilidad puede obedecer a "razones de fondo o forma"[12], el Tribunal se pronunció sobre la distinta relevancia de la sentencia de inaplicabilidad cuando el vicio es formal. En las sentencias roles núms. 588-2006 (26 de julio de 2007), 589-2006 (21 de agosto de 2007) y 741-2007 (30 de octubre de 2007), se lee: "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"[13].

constitucional emana de su propio enunciado. La sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, que excluye al precepto del ordenamiento jurídico, produce efectos generales (...). En la inaplicabilidad, por el contrario, la decisión jurisdiccional ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación de la norma impugnada puede tener en el caso concreto y no, necesariamente, en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional. Los efectos de la resolución son relativos y conciernen a las partes del juicio o gestión en que inciden. (...) 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 necesariamente la inconstitucionalidad. Perfectamente una disposición declarada inaplicable pude ser constitucional en abstracto y resultar aplicable en otros casos" (cons. 5°).

11 STC 654-06 (30 de mayo de 2006), cons. 7°.

12 STC rol núm. 523-2006 (19 de junio de 2007), cons. 4°.

13 Considerandos 11°, 10° y 10°, respectivamente.

2.3 El caso y sus hechos son inseparables del proceso y del juicio de inaplicabilidad

En alguna oportunidad el Tribunal ha resuelto que el juicio abstracto de inconstitucionalidad conforme al núm. 7 del art. 97 CPR emana del solo enunciado de la norma cuestionada[14], mientras que en otras ha afirmado que el resultado contrario a la Constitución que exige el juicio de inaplicabilidad, propio del núm. 6 del mismo artículo constitucional "surge, no del enunciado de la norma, sino de su aplicación a un caso concreto"[15]. La centralidad del caso concreto significa que el juicio de inaplicabilidad no puede prescindir del análisis puntual de la "relación jurídica procesal" en que aquel incide[16] o decidir al margen "de los antecedentes que proporciona la gestión en el que precepto legal cuestionado puede aplicarse"[17]. Esto último vale incluso cuando se trata de normas cuyo enunciado evidencia una contradicción ostensible con la Constitución[18].

Lo anterior permite sostener que el juicio de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es por esencia casuístico. Ello significa que el juicio de comparación entre el texto constitucional y el precepto legal objetado se contextualiza en el ámbito preciso y presente de su aplicación a la gestión en que aquel incide. Lo preciso exige del requirente, como se verá, una argumentación pertinente a los fines de inaplicabilidad, mientras que lo presente implica que no es propio de la inaplicabilidad el pronunciarse sobre situaciones hipotéticas futuras que descansen, a su vez, en otras premisas futuras e inciertas[19].

Por otro lado, tan relevantes son las características del caso, que el juicio de contradicción constitucional propio de la inaplicabilidad no puede prescindir de los hechos que estructuran la gestión pendiente[20]. En sede de inaplicabilidad, a pesar de la incompetencia del Tribunal para pronunciarse de las probanzas rendidas en la ges-

---

14 STC rol núm. 558 (590)-2006 (5 de junio de 2007), cons. 5°.
15 STC rol núm. 806-2007 (11 de diciembre de 2007), cons. 26°.
16 STC rol núm. 548-2006 (26 de septiembre de 2006), cons. 15°.
17 STC rol núm. 767-07 (30 de octubre de 2007), cons. 4°.
18 El riesgo de ser declarado inadmisible aconseja la mayor concreción del cuestionamiento de constitucionalidad. Por otra parte, la existencia de enunciados *per se* inconstitucionales, y la consecuente reducción de la relevancia del caso concreto, solo ha sido sugerida últimamente por el Tribunal: "[E]s forzoso que siempre el conflicto sometido a su decisión consista en la existencia de una contradicción concreta y determinada entre la ley y la Constitución la cual en algunas ocasiones podrá brotar con claridad del solo texto del precepto legal cuestionado y en otras ocasiones emergerá de las peculiaridades del caso concreto *sub lite*", STC rol núm. 810-07 (24 de enero de 2008).
19 Véase por ejemplo la STC rol núm. 767-07 (30 de octubre de 2007), cons. 3°.
20 CEA (2007) p.111.

tión pendiente[21], la importancia de los hechos se evidencia a lo largo del todo el proceso. En efecto, las impugnaciones genéricas o abstractas, que prescinden del enlace necesario con la causa en que puede aplicarse el precepto enjuiciado, han dado lugar a varias sentencias de inadmisibilidad[22] y pronunciamientos de fondo rechazando los requerimientos de inaplicabilidad respectivos[23]. Dejando de lado los vicios formales en la gestación del precepto, esto significa que es preciso argumentar y acreditar el efecto contrario a la Constitución que genera la aplicación del precepto impugnado en la gestión concreta. Argumentación y acreditación son dos conceptos diversos pero íntimamente relacionados. La primera implica la aportación de las razones que, ancladas al caso, conducen a sostener la infracción de la Constitución y permiten calificar la impugnación como "fundada razonablemente" en los términos del art. 93 CPR[24]. La segunda obliga a aportar la información fáctica que permite acreditar el posible resultado contrario a la Constitución.

Un ejemplo que frecuentemente ilustra la relevancia de los hechos es la infracción a las normas del debido proceso, vicio que precisa de una argumentación y aportación de hechos que acrediten que, en la causa, el modo de aplicar el precepto impugnado produjo una violación de las respectivas normas constitucionales[25]. Algo parecido su-

---

21 "No corresponde a esta Magistratura, sino solo a los jueces del fondo, pronunciarse sobre la existencia de tales hechos [sustanciales, pertinentes y controvertidos]", STC rol núm. 806-07 (11 de diciembre de 2007). Otro ejemplo interesante lo constituye el fallo rol núm. 767-07 (30 de octubre de 2007), donde el Tribunal prescinde expresa y reiteradamente de calificar ciertos hechos como una relación jurídica específica (laboral, en este caso, *vid*. cons. 3°, 11°, 12° y 13°).

22 Véanse, entre otras, STC roles núms. 1003-07 (6 de diciembre de 2007) y 967-2007 (19 de diciembre de 2007). Sobre inadmisibilidad, véanse Peña (2007), 51-53, y Cea (2007), 114-115.

23 Véanse STC roles núms. 495-2006 (30 de mayo de 2006): las objeciones de inconstitucionalidad no pueden ser "genéricas" o "abstractas"; y 660-2006 (22 de mayo de 2007), cons. 17°: deben ser precisas y acreditadas.

24 Véanse, entre otras, las sentencias de inadmisibilidad dictadas en las causas roles núms. 708-07 (19 de enero de 2007), 727-07 (7 de febrero de 2007), 733-07 (21 de marzo de 2007), 746-07 (10 de abril de 2007), 768-07 (2 de mayo de 2007), 776-07 (8 de mayo de 2007), 777-07 (16 de mayo de 2007), 779-07 (16 de mayo de 2007), 782-07 (6 de junio de 2007) y 1003-07 (6 de diciembre de 2007).

25 "Para poder declarar inaplicable un precepto legal, por impedir este la producción de la prueba, es necesario que a esta Magistratura se le den argumentos suficientes de que, en el proceso respectivo, la prueba resultaba pertinente, esto es que había hechos controvertidos y sustanciales para la resolución del asunto. Por lo tanto, es el requirente quien debe convencer acerca de la pertinencia de la gestión en la gestión pendiente y de la consiguiente falta al debido proceso exigido por la Carta Fundamental (...). Es del caso que el requirente no alegó no menos demostró que, para resolver el caso *sub lite* requiriera producir alguna determinada prueba acerca de un hecho que le hubiera sido impedido en virtud de la aplicación del precepto legal impugnado", STC rol núm. 699-2006 (13 de septiembre de 2007), cons. 9°. En el mismo sentido véase la STC rol núm. 616-06 (6 de septiembre de 2007), cons. 44°.

cede, como también lo demuestra la práctica de la inaplicabilidad durante el 2007, con los juicios relativos a la infracción del principio de justicia tributaria, que también deben realizarse caso a caso[26].

2.4 El conflicto de constitucionalidad debe ser claro y preciso

El proceso de inaplicabilidad no es un recurso de carácter doctrinario, característica que se desprende de su carácter concreto. Por eso recientemente el Tribunal ha procurado definir el carácter que debe poseer el conflicto de constitucionalidad sometido a su decisión: "para que la acción pueda prosperar, debe estarse siempre en presencia de un conflicto de constitucionalidad, esto es, frente a *una contradicción directa, clara y precisa, entre determinado precepto legal que se pretende aplicar en el caso concreto, con la propia Constitución*, pues el juez constitucional no puede interpretar o corregir la ley ordinaria si no es con relación a su constitucionalidad"[27]. En definitiva, la contradicción entre la ley y la Constitución debe ser "concreta y determinada", y no abstracta o indeterminada[28].

2.5 La sentencia de inaplicabilidad produce un efecto negativo o inhibitorio

La sentencia rol 473-2006 (8 de mayo de 2007) enriqueció la jurisprudencia precedente agregando una característica adicional al juicio de inaplicabilidad que sentó un precedente seguido por numerosos fallos posteriores[29]. Se trata del "efecto exclusivamente negativo de la declaración de inaplicabilidad, que se traduce en que, declarado por esta Magistratura que un precepto es inaplicable en la gestión respectiva, queda prohibido al tribunal ordinario o

---

[26] La evaluación de la supuesta injusticia de un precepto legal de carácter tributario "debe apreciarse caso a caso, esto es, de acuerdo a la naturaleza fáctica concreta, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de los tributos", STC rol núm. 759-2007 (26 de noviembre de 2007).

[27] STC rol núm. 810-07 (24 de enero de 2008), cons. 9°, cursivas añadidas.

[28] Ibíd., cons. 10°.

[29] Véanse, por ejemplo, las sentencias roles números 517-06 (8 de mayo de 2007, cons. 10°), 535-06 (8 de mayo de 2007, cons. 10°), 596-06 (12 de junio de 2007, cons. 7°-8°), 589-2006 (21 de agosto de 2007, cons. 11°-13°), 616-2006 (6 de septiembre de 2007, cons. 47-51°), 781-07 (27 de septiembre de 2007, cons. 4°-6°), 767-07 (30 de octubre de 2007, cons. 5°-7°), 707-07 (25 de octubre de 2007, cons. 7°-9°), y 759-07 (26 de noviembre de 2007, cons. 44°-45°). Este precedente también traspasa el 2007 y entra al 2008 con la sentencia rol núm. 810-07 (24 de enero de 2008), que sustituye el calificativo "negativo" por "inhibitorio" (cons. 8°).

especial que conoce de ella aplicarlo. Sin embargo, en caso de desecharse por este Tribunal Constitucional la acción de inaplicabilidad intentada, el juez de la instancia recupera en plenitud su facultad para determinar la norma que aplicará a la resolución del conflicto del que conoce, sin que necesariamente deba ella ser la misma cuya constitucionalidad fue cuestionada sin éxito" (cons. 9°).

En términos técnicos, la sentencia estimatoria de inaplicabilidad contiene un mandato al juez de la causa, en cuanto le impide dar aplicación al precepto tachado de inconstitucional. En este sentido, ella produce un vacío *ad casum*, retirando el o los preceptos impugnados del haz de normas que maneja el juez *a quo* para dar solución al caso. Sobre este particular efecto de la sentencia, cabe hacer presente que aunque no es competencia del Tribunal Constitucional dirigir la sentencia del juez del fondo más allá de los límites que marca su jurisdicción tasada sobre la constitucionalidad de la norma aplicable[30], es relativamente frecuente que esa Magistratura deslice juicios sobre el proceder judicial ante el vacío que crea la sentencia de inaplicabilidad[31].

La práctica ante este foro constitucional también evidencia que la formulación de las sentencias no obedece siempre al código binario constitucional/inconstitucional. En ciertos casos, el contenido del mandato jurisdiccional es más complejo, producto de la interpretación condicionada que el Tribunal hace de determinados preceptos legales. Se trata de la asentada técnica de las sentencias interpretativas aplicadas en sede de inaplicabilidad. Aunque no es el lugar para profundizar las cuestiones que plantean este tipo de decisiones de constitucionalidad e inconstitucionalidad[32] cabe mencionar que el 2007 ofreció al menos tres ejemplos destacables en esta materia:

---

[30] En este sentido véase el caso que resuelve la STC rol núm. 806-2007 (11 de diciembre de 2007). Aquí, tratándose de la aplicación de un precepto del Código Procesal Penal, el Tribunal aclara que si bien no es competente para ordenar "que una causa sea conocida o resuelta conforme a determinados preceptos legales" (cons. 5°), sí lo es para indicar que lo que corresponde de acuerdo con la Constitución (cons. 23°).

[31] Sobre esta interesante práctica véanse, entre otros, los fallos roles núms. 478-06 (8 de agosto de 2006), cons. 24°; 515-06 (13 de octubre de 2006), cons. 4°; 472-2006 (30 de agosto de 2006), cons. 12°; 529-06 (9 de noviembre de 2006); 558 (590)-06 (5 de junio de 2007), cons. 12°, 14° y 23° (con expresa referencia a las sugerencias de interpretación que había dado el mismo Tribunal y que fueron desoídas por la judicatura ordinaria).

[32] Véanse, para Chile, Zapata (2006) pp. 178 y ss. y Pica y Bilicic (2007) pp. 22 y ss. Esta técnica es conocida en otras jurisdicciones, como la española (Díaz Revorio, 2001) y la italiana (Zagrebelsky, 1988, pp. 292 y ss).

las sentencias roles núms. 747-07 (31 de agosto de 2007), 736-07 (29 de noviembre de 2007) y 806-07 (11 de diciembre de 2007). Estas sentencias son coherentes con una tesis sostenida por largo tiempo por el Tribunal, cual es aquella que defiende la interpretación conciliadora o conforme con la Constitución, técnica hermenéutica que también ha recibido aplicación en los procesos de inaplicabilidad[33].

2. 6. El efecto negativo se sustenta y obliga desde el fundamento de la sentencia

Un razonamiento que se ha repetido numerosas veces es aquel que sostiene que "la inaplicabilidad deba [debe] ser considerada por el juez llamado a resolverla [la gestión pendiente], tanto en lo que se refiere a los fundamentos de esta cuanto a todo otro razonamiento que implique que la decisión del asunto no resultará contraria a la Constitución"[34]. No es posible desarrollar aquí y en profundidad el alcance de esta proposición, pero cabe plantear su posible aplicación como criterio interpretativo de la sentencia de inaplicabilidad en caso que, más allá de los preceptos declarados inaplicables por el Tribunal, subsistan otros preceptos legales vinculados a la *ratio decidendi* del fallo (*vid. infra* II.2).

2.7 El caso es también inseparable de la sentencia o decisión de inaplicabilidad. Algunos ejemplos de *Solange chilensis*

La sentencia de inaplicabilidad, a diferencia de la sentencia de inconstitucionalidad (art. 93 núm. 7 CPR.), es un juicio particular. Esta afirmación significa, como se ha sugerido más arriba, dos cosas. En primer lugar, que la decisión recae "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". Lo anterior se ha resumido del siguiente modo: la aplicación de un precepto legal "no siempre conduce a producir un efec-

[33] Véanse STC roles núms. 739-07 (21 de agosto de 2007), cons. 18°; 747 (774)-07 (31 de agosto de 2007), cons. 40°; 781-07 (27 de septiembre de 2007), voto de los ministros Peña y Fernández Fredes, 6°.

[34] Véanse, por ejemplo, STC roles núms. 472-06 (30 de agosto de 2006), cons. 11°; 499-06 (5 de septiembre de 2006), cons. 11°; 467-06 (14 de noviembre de 2006), cons. 7°; y 546-06 (17 de noviembre de 2006), prevención del ministro Navarro, 2°.

to contrario a la Constitución"[35]. Con todo, es preciso matizar esta proposición, pues según se sabe, el propio Tribunal relativiza la relevancia del caso cuando el vicio impetrado se fundamenta en la infracción de algún requisito formal propio de la gestación de la ley. Por otro lado, como lo ha subrayado cierta doctrina, existen vicios sustanciales de constitucionalidad donde tampoco es sustentable la tesis de una aplicación constitucional del precepto tachado de inconstitucional[36].

En segundo lugar, como también se afirmó más arriba, a partir de las sentencias de inaplicabilidad "no será siempre posible extraer conclusiones jurisprudenciales o doctrinas de carácter general acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de determinados preceptos legales". Esto supone un esfuerzo adicional para el intérprete de la jurisprudencia constitucional, en la medida en que el proceso inductivo que permite la formulación de principios constitucionales generales se limita fuertemente por la expresa admonición del Tribunal –ocasionalmente ligada al principio de la "competencia específica" del mismo[37]– en el sentido que la sentencia solo decide el *hic et nunc*.

La extrema singularidad de algunos juicios de constitucionalidad en sede de inaplicabilidad se manifestó en dos casos durante el año 2007: la justicia tributaria y la justicia militar. Como es bien sabido, la organización de ambas jurisdicciones ha sido blanco de frecuentes críticas en Chile, algunas de las cuales ya han tenido eco en cortes internacionales[38]. Enfrentado a decidir sobre la regularidad constitucional de ambas jurisdicciones, el Tribunal Constitucional se pronunció por la afirmativa, con el mismo estilo con que el Tribunal Constitucional alemán respondió, durante las décadas de los setenta y ochenta, a la cuestión sobre su jurisdicción sobre el

---

35 STC rol núm. 806-07 (11 de diciembre de 2007), cons. 21°.

36 A propósito de la declaración de inaplicabilidad del art. 116 del Código Tributario, Andrés Bordalí (2006 p. 253) sostuvo que "un aspecto legal referido a la calidad de órgano jurisdiccional y a su competencia jamás podrá generar una particularidad que permita excepcionar su aplicación en el caso concreto. La falta de jurisdicción o competencia de un órgano no puede ser considerada solo respecto de un caso particular. Es para todos los ciudadanos o para ninguno", "Sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del juez tributario".

37 Sobre la "competencia específica" y la "singularización del caso concreto", véanse las sentencias roles núms. 473-06 (8 de mayo de 2007), cons. 10°, 42° y 43°; 517-06 (8 de mayo de 2007), cons. 10°, 43° y 44°; 535-06 (8 de mayo de 2007), cons. 10°, 43° y 44°; y 589-06 (21 de agosto de 2007), cons. 12° y 44°.

38 Respecto de la justicia militar el caso relevante es *Palamara Iribarne vs. Estado de Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 2005.

Derecho comunitario[39]. En efecto, en la sentencia rol núm. 664-06 (30 de mayo de 2007) el Tribunal validó con mucha cautela la constitucionalidad del sistema de justicia militar, afirmando que "esta Magistratura mantiene, *por ahora*, su opción jurisprudencial sobre esta materia" (cons. 5°, cursivas añadidas). En un sentido similar debe interpretarse la sentencia rol núm. 616-06 (6 de septiembre de 2007), donde se afirma "[q]ue, así las cosas, esta Magistratura, *por ahora*, mantiene su criterio en cuanto a señalar que la determinación del órgano jurisdiccional que debe conocer, en el caso específico de autos, de los contenciosos tributarios, es una materia que es privativa del legislador, por lo que no corresponde su revisión judicial por la vía de la jurisdicción constitucional, *en tanto en cuanto en su aplicación no se acrediten infracciones sustanciales, concretas y precisas a la Carta Fundamental*, lo que tampoco ha ocurrido en el caso de autos" (cons. 44°, cursivas añadidas).

2.8 El caso no impide valorar las consecuencias futuras de la decisión: el incipiente desarrollo de la *prudencia constitucional* como principio directivo de la justicia constitucional

El observador de la jurisprudencia constitucional puede advertir que, en el control concreto de constitucionalidad, el proceso de escrutinio de los jueces constitucionales no se limita a aplicar las normas positivas. Por el contrario, el examen de las normas aisladas se completa, a la luz de la aplicación en un caso concreto, con la ponderación particular de los principios y valores en juego[40]. El recurso a este último binomio suele asignar el mismo sentido prescriptivo a los valores y a los principios, lo que no siempre es correcto. Como enseña D'Atena, los principios poseen un carácter prescriptivo general, pero más preciso que los valores, que identifican

[39] Me refiero a las sentencias conocidas como *Solange* I y II. La primera es de 29 de mayo de 1974, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (*BVerfGE*) 37, 271, pp. 271 y ss.; trad. en inglés en *Common Market Law Reports* 2 (1974), pp. 540 y ss.; versión castellana en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 58 (1986), pp. 246 y ss. La segunda es de 22 de octubre de 1986, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (*BVerfGE*) 73, pp. 339 y ss., trad. en inglés en *Common Market Law Reports* 3 (1987), pp. 225 y ss. y al castellano en *Revista de Instituciones Europeas* 3 (1987), pp. 881 y ss. *Solange*, en alemán, significa "en tanto que", con lo cual el juicio se amarra a la permanencia de las condiciones o premisas que sustentan la decisión.

[40] Véase, con particular provecho, la STC rol núm. 747 (774)-07 (31 de agosto de 2007), cons. 36°.

fines, bienes o intereses tutelados sin indicar de manera precisa la forma de protegerlos[41]. Por otro lado, la opción por los valores, y la difundida concepción de la Constitución como un orden objetivo de valores, todavía no superan del todo la clásica crítica de la literatura alemana contra la legitimidad de la judicatura constitucional para pronunciarse sobre ellos[42].

Más allá de las críticas que puede merecer este procedimiento hermenéutico, lo cierto es que el Tribunal la utiliza. Y la aplica para ajustar o sintonizar, en el caso concreto, los efectos de una posible declaración de inconstitucionalidad con el resto del orden constitucional expresado en ciertos valores o principios. En este sentido, la Constitución ofrece un abanico de normas, valores y principios que el juez constitucional se entiende autorizado para ponderar en el caso concreto. Cuando esos valores y principios no se consideran absolutos, de tal forma que el Tribuna puede modularlos con prudencia, se manifiesta aquello que Zagrebelsky ha calificado, en un intento por formular una teoría, como la *ductilidad* o *templanza* del Derecho[43].

La prudencia, exige al Tribunal medir las consecuencias de sus propias decisiones. El *fiat iustitia, ruat cœlum* no vale para la jurisdicción constitucional chilena y muestra de ello es la temprana jurisprudencia de los años ochenta, donde cabe subrayar la sentencia rol núm. 33 (24 de septiembre de 1985), dictada en el proceso de control preventivo del entonces proyecto de Ley Orgánica Constitucional de Votaciones Populares y Escrutinios. Ya dentro del nuevo milenio, y en un contexto más cercano a los procedimientos de control concreto, en el año 2001, el Tribunal ponderó en el caso "Catalíticos" las consecuencias de su decisión para, en el caso concreto, reducir la medida de exigencia de los cánones constitucionales y evitar un perjuicio mayor al de la infracción constitucional. En el fallo rol núm. 325 (26 de junio de 2001), se podía leer: "Que, acorde con lo expresado, si bien las normas legales en que se funda el D.S. N° 20 en estudio no cumplen a cabalidad con los requisitos de 'determinación' de los derechos que podrán ser afectados y 'especificidad' de las medidas que se autorizan para llevar a cabo tal objetivo que la Carta Fundamen-

41 D'Atena (1998) pp. 17 y ss.
42 Schmitt (1967) pp. 37 y ss y Forsthoff (1959) pp. 35 y ss.
43 Zagrebelsky (1992) pp. 11 y 170; y (2007) p. 91.

tal exige a fin de restringir o limitar los derechos comprometidos en el caso *sub lite, esta Magistratura ha llegado a la convicción que tales requisitos resultan aceptables en este caso y solo para aplicación a él*. Ello, en consideración de que la medida de restricción vehicular, establecida con el carácter de excepcional y en situaciones de emergencia y preemergencia ambiental obedece al cumplimiento de un deber del Estado consagrado en el inciso primero del número 8º del artículo 19 de la Constitución y está destinada a proteger el derecho más preciado de los asegurados por nuestro Código Político, cual es la vida humana y la integridad física y psíquica de las personas. *Obrar de otra manera y declarar la inconstitucionalidad del D.S. N° 20 podría generar una vulneración de mayor entidad de nuestra Carta Fundamental*, al no permitir la ejecución de una restricción de derechos que, atendida la situación ambiental existente, resulta necesaria para proteger la salud de la población y, por ende, lograr el bien común, finalidad primordial del Estado, establecida en el artículo 1º de la Constitución" (cons. 46º, cursivas añadidas).

El año 2007 ofreció la primera oportunidad para confesar la vigencia de este principio en sede de inaplicabilidad. En la sentencia rol núm. 616-06 (6 de septiembre de 2007), el tribunal resolvió que él mismo "no puede dejar adicionalmente de tener en consideración las consecuencias, para el caso concreto, que podría ocasionar una declaración de inaplicabilidad como la impetrada en autos. En efecto, constituye un principio elemental de prudencia constitucional el que el Tribunal Constitucional debe abstenerse de declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una norma en aquellos casos en que ello pueda engendrar una lesión de mayor envergadura constitucional" (cons. 46°).

En la jurisprudencia del 2007 la prudencia constitucional también obliga a los jueces constitucionales a evitar que la propia declaración de inaplicabilidad genere un vacío que a su turno derive en un incumplimiento manifiesto de la Constitución[44].

[44] Véanse en este sentido STC roles núms. 558 (590)-2006 (5 de junio de 2007), 16°; 794-07 (12 de junio de 2007), cons. 9°; y 996-07 (4 de diciembre de 2007), cons. 5° (con un voto disidente de la ministra Marisol Peña).

III. COMPETENCIA SOBRE LA CONSTITUCIÓN Y COMPETENCIA SOBRE LA PRETENSIÓN DE INAPLICABILIDAD: LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR FUNDAMENTOS NO ALEGADOS POR LAS PARTES

3.1 Competencia sobre la Constitución y competencia sobre la pretensión de inaplicabilidad

La sentencia rol núm. 707-07 plantea dos particularidades en su fundamentación. La primera es la reducida extensión de su argumentación. Esta sentencia, redactada por el ministro Bertelsen, es una de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad más sucintas de los anales del Tribunal Constitucional. Si se despejan aquellos considerandos que reiteran las fórmulas ya sacramentales de la jurisprudencia precedente (cons. 1°, 2°, 7°, 8° y 9°), solo quedan ocho fundamentos pertinentes a este asunto particular. Y si a estos ocho fundamentos se restan aquellos considerandos que se refieren a los antecedentes de hecho de la gestión pendiente (cons. 3°), a los motivos de la cuestión de constitucionalidad (cons. 5°) y a la transcripción literal de los preceptos legales impugnados (cons. 4°), resulta que la decisión se fundamenta en cinco considerandos que resultan esenciales (cons. 6°, 10°, 11°, 12° y 13°).

Las sentencias breves no son, por el solo hecho de ser breves, malas sentencias. Entre los juristas continentales existe cierta tendencia hacia el formalismo de las extensas "sentencias-tratado", lo que explica cierta suspicacia hacia las decisiones breves y concretas. El nuevo carácter de la inaplicabilidad debería conducir a otro tipo de decisiones, a las que todavía no nos acostumbra el Tribunal, más cercanas a lo que en otras partes se llama minimalismo judicial (Sunstein, 1999) que a las largas fundamentaciones que prodigan generalidades que no son siempre compatibles con la concreción del caso.

En segundo lugar, la sentencia se fundamenta, con el voto en contra del ministro Correa, en la contradicción que plantea la aplicación de los preceptos impugnados a la gestión pendiente frente al art. 19 núm. 2 de la Constitución. Esta argumentación se desvía notoriamente del razonamiento planteado en la cuestión contenida en el oficio de la Corte Suprema (y no observado por las partes), que solo proponía una posible contradicción con el art. 19 núm. 24 de la Constitución. Para sustentar su posición el Tribunal señala que "este Tribunal, conforme a lo establecido en el artículo 44 de su ley orgánica constitucional, 'podrá fundar la declaración de inconstitu-

cionalidad, respecto de las normas cuestionadas, en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya sido o no invocado en el requerimiento', disposición esta que, según se indicara en la resolución de 15 de marzo de 2007 que rola a fojas 10 de estos autos, se encuentra comprendida dentro de las normas aplicables a la resolución del requerimiento de inaplicabilidad deducido".

Del párrafo transcrito puede deducirse, como afirmación general, que las normas invocadas por el requirente no limitan la competencia del Tribunal, cuyas atribuciones de argumentación se extienden a todas las normas de la Constitución. Dicho de otro modo, el Tribunal es dueño de la Constitución, mientras que el requirente solo lo es del requerimiento.

Hasta la sentencia comentada el Tribunal ha sido extremadamente cauto y minucioso en señalar los límites de su competencia, buena parte de los cuales se estructuran en torno al denominado *principio constitucional de la deferencia razonada*[45]. Pero la competencia del Tribunal no solo linda con las atribuciones de otros órganos constitucionales, sino también con la pretensión de los autores del requerimiento o de la cuestión de inaplicabilidad. Por lo que se refiere a la sentencia en comento, ya el año 2006 el Tribunal tuvo la oportunidad de declarar que el requerimiento fija los límites de su competencia, encontrándose vedada a este último la posibilidad de pronunciarse sobre preceptos no impugnados por el requirente. En la sentencia rol núm. 479-06 (8 de agosto de 2006), redactada por el ministro Correa, se falló que "no le cabe al Tribunal examinar si los preceptos sustantivos referidos en el considerando anterior; esto es el artículo 81 del D.F.L. Nº 1 aludido y en el Decreto Supremo 327 del Ministerio de Minería cumplen o no con el principio de tipicidad, *pues ello no le ha sido solicitado en la acción que determina su competencia*. Además, respecto de las normas contenidas en el Decreto Supremo no podría hacerlo por no tener competencia para ello. A todo evento, deja constancia que el Artículo 81 del Decreto

[45] Del último bienio véanse, a título de ejemplo y relacionadas con la deferencia hacia los jueces del fondo: STC roles núms. 480-06 (27 de julio de 2006), cons. 32°; 498-06 (2 de mayo de 2006), cons. XXX; 479-06 (8 de agosto de 2006), cons. 3° y 22°; 551-06 (8 de agosto de 2006), 522-06 (16 de agosto de 2006); 706-07 (30 de marzo de 2007), cons. 12°; 782-07 (6 de junio de 2007), cons. 7°; 794-07 (12 de junio de 2007), cons. 6°, 523-06 (19 de junio de 2007), cons. 5°; 790-07 (11 de diciembre de 2007, cons. 28°; 806-07 (11 de diciembre de 2007), cons. 5° y 28°, 796-07 (11 de diciembre de 2007), cons. 27°. Específicamente frente al legislador, *vid*. STC rol 616-06 (6 de septiembre de 2007), cons. 42°, a la cual ha de sumarse la reiterada jurisprudencia que omite formular juicios de mérito hacia la ley.

con Fuerza de Ley, ya referido, no fue objeto de reproche de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en un requerimiento similar al presente, según puede verse de la sentencia rol 480 del 27 de julio del presente" (cons. 28°, cursivas añadidas)[46].

Con todo, y a pesar de la limitación que ofrece la identificación de los preceptos que se impugnan, hay que aclarar que una cosa es la prohibición de declarar inaplicables preceptos diversos a los indicados en el *petitum* y otra es pronunciarse sobre estos últimos afirmando positivamente, como parte de una argumentación mayor, su regularidad con la preceptiva constitucional[47].

En la sentencia rol núm. 707-07, el Tribunal no se limitó a apoyar su argumentación en el artículo 44 de su Ley Orgánica, sino que además hizo presente –en el mismo fundamento en que invocó la citada norma de su Ley Orgánica (cons.6°)– que las partes fueron prevenidas de la posible aplicación del art. 19. núm. 24 con anterioridad a la vista de la causa. A juicio del ministro disidente, esa prevención no es suficiente, pues "estima que las peculiares características del caso desaconsejan, en esta oportunidad, recurrir a esa facultad, que a su entender, debe ser empleada extraordinariamente, particularmente en el caso de controles de inaplicabilidad. El carácter concreto de este examen (...) y su carácter decisivo en la disputa de la propiedad que los contendientes sostienen, habrían hecho necesario, a juicio de este disidente, previamente escuchar lo que las partes hubieran tenido que decir sobre este posible vicio, en defensa de sus derechos, y acerca de cómo las características peculiares del caso, hacen o no que la aplicación de los preceptos del Decreto Ley en examen, a favor de una de las partes que disputan el dominio, efectivamente distorsiona los fines del Decreto Ley Nº 2.695, produciendo con ello un efecto contrario a la igualdad ante la ley" (núm. 5 del voto disidente).

Aunque no cabe objetar el claro significado del art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal, cabe preguntarse por su genuino sentido en los actuales procesos de inaplicabilidad. En efecto, debe recordarse que esa norma existe desde la época en que la única competencia represiva del Tribunal Constitucional era la declaración de inconsti-

[46] Véanse en sentido parecido STC rol núm. 468-06 (9 de noviembre de 2006), cons. 12° y 781-07 (27 de septiembre de 2007), cons. 2°.

[47] Véanse como ejemplos de esta práctica, STC roles núms. 694-695-06 (5 de julio de 2007), cons. 7° y 739-07 (21 de agosto de 2007), cons. 14°.

tucionalidad de los decretos con fuerza de ley (antiguo art. 82 núm. 3) y en que todos los conflictos de constitucionalidad de la ley que se ventilaban ante ese órgano constitucional eran abstractos y tenían como partes a órganos constitucionales. La función de dirimir conflictos de interpretación al interior del Parlamento, o entre una parte de aquel y el Presidente de la República, hacía plausible que el Tribunal pudiese fundar su sentencia en cualquier precepto de la Constitución (*iura novit curia*). Sin embargo, tras la reforma de la Ley núm. 20.050, la justicia constitucional se acercó notablemente a la personas privadas, cuyo estatuto constitucional del debido proceso (y del derecho a la defensa que tantas veces ha reiterado el mismo Tribunal Constitucional durante los últimos años) aconseja, como sostiene el voto disidente, oír a las partes y, muy especialmente, a aquella cuya pretensión consiste, precisamente, en la defensa particular de la de la norma impugnada. La prudencia constitucional y el nuevo carácter garantista de la inaplicabilidad[48] aconsejan huir de las argumentaciones que, sacadas del sombrero del mago, no han podido ser observadas por las partes[49].

3.2 Competencia sobre la pretensión de inaplicabilidad y alcance de la decisión de inaplicabilidad

La sentencia rol núm. 707-07 zanja el cuestionamiento sobre la competencia del Tribunal sobre la Constitución y no innova en cuanto al límite que representa el requerimiento de inaplicabilidad. Con esto, sigue abierta la discusión en torno al alcance de la decisión de inaplicabilidad cuando el requerimiento no identifica todos los preceptos legales relacionados con el que, en la sentencia definitiva estimatoria de inaplicabilidad, es tachado de inconstitucional y por lo tanto declarado inaplicable. Si se siguen los lineamientos de la STC 479-06 (8 de agosto de 2006), resulta que el Tribunal no podrá declarar inaplicables sino los preceptos legales identificados por el requirente. Acogida la acción, y existiendo otros preceptos similares al declarado inaplicable, directa o indirectamente relacionados, ¿debe el Tribunal de la causa aplicarlos?

Si se sigue el razonamiento que planteó, entre otras, la STC 472-06 (30 de agosto de 2006), en cuanto a que la sentencia de inaplicabilidad declarada debe ser considerada "tanto en lo que se refiere a los fundamentos de esta cuanto a todo otro razonamiento que im-

48 VEGA y ZÚÑIGA (2006) p. 169
49 Véase NOGUEIRA (2005) pp. 597-598.

plique que la decisión del asunto no resultará contraria a la Constitución"[50], podría pensarse que la sentencia obliga también en sus fundamentos o, más precisamente, en su *ratio decidendi*. Si es así, antes que volver a plantear una cuestión de inaplicabilidad o plantear un recurso de aclaración que la Ley Orgánica no contempla, el juez del fondo debería prescindir de aplicar todos los preceptos directamente afectados por la *ratio decidendi* de la sentencia. No se trata, como se ha sugerido en otra parte (Martínez Estay, 2005, 470) de extender la *ratio decidendi* más allá de la causa concretamente sentenciada (lo que no siempre será coherente con la íntima unión entre los hechos de la causa y la argumentación correspondiente), sino de aplicarla dentro de ella.

Un razonamiento como el anterior resuelve absurdos como los producidos, en la década de los noventa, y ya sugeridos en la práctica constitucional del 2007[51], con la declaración de inconstitucionalidad de las normas del Código Civil que permiten la cancelación administrativa de la personalidad jurídica de las corporaciones y fundaciones. Recuérdese que, declarada la inaplicabilidad de los artículos 559 inciso 2° y 561 del Código Civil[52], la Corte de Apelaciones de Santiago, en el recurso de protección que constituía la gestión pendiente a los efectos del antiguo art. 80 de la Constitución, aplicó otros preceptos del Código Civil que no habían sido identificados en la sentencia y que permitían calificar como legal el acto administrativo impugnado: "Al respecto debe tenerse presente que la sentencia de dieciséis de septiembre de mil novecientos noventa y dos de la Corte Suprema antes citada, si bien declaró inaplicable por inconstitucional, para los efectos de este recurso [de protección], la disposición legal contenida en el artículo 559 inciso 2° del Código Civil, por la cual se confiere al Presidente de la República la facultad de cancelar la personalidad jurídica de las corporaciones y fundaciones, no formuló sin embargo, igual declaración respecto de la facultad que le otorga al Jefe del Estado el artículo 546 del mismo Código"[53].

---

[50] Véanse, por ejemplo, STC roles núms. 472-06 (30 de agosto de 2006), cons. 11°; 499-06 (5 de septiembre de 2006), cons. 11°; 467-06 (14 de noviembre de 2006), cons. 7°; y 546-06 (17 de noviembre de 2006), prevención del ministro Navarro, 2°.

[51] En efecto, véase el problema planteado en la STC rol núm. 634-06 (9 de agosto de 2006), especialmente su cons. 8.

[52] Sentencia de la Corte Suprema de 16 de septiembre de 1992, *Corporación Benefactora y Educacional Dignidad*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 89.3.2.5a, pp. 270 y ss.

[53] Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 17 de marzo de 1993, confirmada por la Corte Suprema el 2 de agosto de 1994, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 91.2.2.5, pp. 111 y ss.

IV. EL EXAMEN DE LA RACIONALIDAD DEL TRATO LEGAL DIFERENCIADO Y LA DEFERENCIA HACIA EL LEGISLADOR

Como ha quedado dicho, la sentencia rol núm. 707-07 fundó la declaración de inaplicabilidad en la garantía de la igualdad ante la ley y la prohibición consecuente del establecimiento legal de diferencias arbitrarias. Asumiendo que el DL. núm. 2.695 de 1979 crea un modo especial de adquirir el dominio (cons. 10°), los jueces constitucionales procedieron a evaluarlo frente al régimen general del Código Civil. Para ello se siguió la misma pauta que el Tribunal ha venido trazando durante los dos años de vigencia de la nueva acción de inaplicabilidad y que ya antes ha utilizado para el control preventivo-abstracto: el examen de la legitimidad de la finalidad de la ley.

El fallo comentado declara que, en abstracto, las normas impugnadas no infringen el derecho a la igualdad asegurado por la Constitución: "Que, *considerada en abstracto, la especialidad de las normas sobre regularización de la posesión y adquisición de la propiedad de los bienes raíces contenidas en los artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2.695, frente a las normas generales vigentes sobre la materia contenidas en el Código Civil, no puede estimarse que introduzca una diferencia arbitraria que resulte contraria a la garantía de igualdad ante la ley* asegurada actualmente en el artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, pues lo que la Constitución prohibe [sic] es el tratamiento especial que no esté basado en un hecho diferenciador relevante que la justifique, circunstancia que, en cambio, existe y fundamenta el sistema de posesión y adquisición del dominio de ciertos bienes raíces contenido en el Decreto Ley N° 2.695, de 1979 (...) En efecto, como aparece de los considerandos que preceden a su articulado, el Decreto Ley N° 2.695, de 1979, tuvo por objeto resolver el problema socioeconómico derivado de la deficiente constitución del dominio de las pequeñas propiedades raíces rurales y urbanas, para hacer frente al cual 'se ha creado un sistema que la legislación ha denominado 'saneamiento del dominio de la pequeña propiedad', que tiene por objeto regularizar la situación del poseedor material que carece de títulos o que los tiene imperfectos, lo que es previo, en el caso de la pequeña propiedad agrícola, a la elaboración de planes de desarrollo y de asistencia técnica o crediticia, así como a cualquier reordenamiento destinado a atacar e impedir el minifundio' (considerando 2°), y que, por no haber resultado eficaz para solucionar el problema, la Junta de Go-

bierno, en ejercicio de su potestad legislativa, la modificó en la forma que aparece en el texto del mencionado Decreto Ley N° 2.695" (cons. 11°).

El examen del fin de la ley constituye uno de los límites naturales del principio de deferencia razonada y su consecuencia, la prohibición del control de mérito de la legislación. De acuerdo con estos últimos principios, el Tribunal se detiene ante las competencias de los otros órganos constitucionales (que marcan, precisamente los límites de la propia competencia), lo que en el plano de la legislación comprende la evaluación del mérito de una medida. En cambio, en virtud del examen de la legitimidad de las leyes especiales el Tribunal literalmente desentraña los objetivos perseguidos por el legislador con el objeto de pronunciarse sobre su legitimidad constitucional (con lo cual, el juicio sigue sin ser uno de mérito). En este proceso, más o menos prolijo y que suele comprender el estudio de la historia fidedigna de la ley[54], los jueces constitucionales examinan en el caso concreto la justificación de las diferencias examinando su razonabilidad y, últimamente, también su objetividad, adecuación, necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto[55].

Luego, no hay nada nuevo en el examen casuista de las causas que explican esta legislación especial para arribar a un juicio sobre la legitimidad constitucional de ella. En cambio, lo que comienza a perfilarse como novedoso es el rango que asume la legislación general. En efecto, esta última, por el hecho positivo ser general y el negativo de no ser impugnada en el proceso de inaplicabilidad, se presume como constitucionalmente legítima. De allí, a convertirse en medida de legitimidad constitucional del precepto impugnado, el paso puede ser muy breve. Recuérdese la sentencia de inaplicabilidad de la Corte Suprema de 8 de junio de 1990, que resolvió que el DL. 2.695 de 1979 constituye un cuerpo legal que en su totalidad establece un sistema sustantivo y procesal cuya aplicación tiene como resultado jurídico la privación del dominio sobre un inmue-

[54] Véanse los roles 541-2006 (26 de diciembre de 2006), cons. 16°; 513-2006 (2 de enero de 2007), cons. 25°; 506-2006 (6 de marzo de 2007), cons. VII.30; 505-2006 (6 de marzo de 2007), cons. VII.30; 473-06 (8 de mayo de 2007), cons. 57° y 58°; 517-06 (8 de mayo de 2007), cons. 56° y 57°; 535-06 (8 de mayo de 2007), cons. 57° y 58°; 767-07 (30 de octubre de 2007), cons. 11°; y 822-07 (13 de noviembre de 2007), cons. 11°.

[55] Véase en este sentido la STC rol núm. 790-07 (11 de diciembre de 2007), cons. 22°-23°.

ble inscrito al titular del derecho, confiriéndoselo sin expropiación previa a un tercero, "lo que importa abrogar las normas sobre posesión y dominio del Código Civil, con infracción del art. 19 N° 24 de la Constitución" (cons. 7° y 8°)[56]. Como puede apreciarse, en el caso recién citado las normas del Código Civil adquieren un rango cercano al de las normas constitucionales, al convertirse en parámetro o medida de legitimidad de la legislación especial.

Luego, en el rol 707-07 la referencia a la garantía de la igualdad permite al Tribunal salvar la argumentación del defecto de elevar las normas del Código Civil en normas paraconstitucionales y, de paso, extender las competencias del Tribunal Constitucional por la vía de ampliar el alcance de la inaplicabilidad.

El fin no justifica los medios. Un desarrollo ulterior de los principios esbozados por la sentencia rol 707 se encuentra en la sentencia rol núm 755-07 (31 de marzo de 2008), que acoge una requerimiento de inaplicabilidad en contra del art. 595 del Código Orgánico de Tribunales por vulnerar la igualdad ante las cargas públicas. En esta última sentencia, el Tribunal valida el fin perseguido por el legislador (al igual que la sentencia rol 707) pero condena los medios elegidos por el mismo: "el medio utilizado por el legislador –la gratuidad– puede transformarse en gravoso si se piensa que el abogado deberá dedicarse sin contraprestación pecuniaria alguna a atender asuntos en desmedro de aquellos que ha asumido libremente, lo que puede tornarse en una situación imposible de sostener, y aun de ejecutar satisfactoriamente, más todavía, si se piensa que la obligación se mantendrá hasta el término efectivo del juicio que puede importar un largo período de tramitación (...) Así, tal carga de gratuidad no aparece como un medio necesario ni se justifica para alcanzar el fin constitucional perseguido" (cons. 41°). Más adelante se lee: "[q]ue la imposición del deber de atender gratuitamente en los términos que establece el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, puede transformarse en una carga contraria a la Constitución" (cons. 52°). En definitiva, tanto puede constatarse la violación del principio de igualdad cuando hay desviación de los fines como cuando es posible demostrar la ilicitud de los medios.

---

[56] *Gaceta Jurídica* 120 (1990), pp. 28 y ss. En el mismo sentido véase la sentencia de inaplicabilidad de 19 de mayo de 1993, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 90.2.5, pp. 149 y ss. En esta última sentencia, la Corte Suprema había declarado que los preceptos del DL. 2.695 no solo abrogan las normas sobre posesión y dominio establecidas en el Código Civil, suprimiendo las garantías de posesión inscrita que constituye presunción de dominio y "que son la base de la actual organización social y económica del país".

V. LA EXPANSIÓN DE LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DEL CONTROL DE LA APLICACIÓN DE LA LEY MÁS ALLÁ DE SUS FINES CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMOS

La declaración de constitucionalidad *in abstracto* de los preceptos impugnados no es obstáculo para que estos puedan ser declarados inconstitucionales en el contexto de su aplicación concreta en una gestión determinada. Así opera la sentencia comentada, al declarar (cons. 11° y 13°) que los preceptos impugnados no infringen el art. 19 núm. 2 de la Carta Fundamental. Lo novedoso radica en la razón que se entrega para declarar que, sin perjuicio de lo anterior, en el caso existe una violación a la garantía de la igualdad. La argumentación, que más abajo se reproducirá, puede resumirse del siguiente modo: la aplicación de la ley especial más allá de los fines que legitiman constitucionalmente su tratamiento diferenciado infringe el derecho a la igualdad que reconoce el art. 19 núm. de la Carta de 1980, circunstancia que podría dar lugar a una privación inconstitucional del derecho de propiedad.

La esencia de la argumentación se encuentra en el cons. 13°, que el procedimiento que crea el DL. 2.695 "*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*" (cursivas añadidas).

¿Y cómo es que el Tribunal considera que, en el caso concreto, no concurren los motivos que justifican la legitimidad constitucional de las normas especiales? La premisa sobre la cual se construye el considerando precedente es explicitada en el cons. 12°: "[q]*ue, 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 reconvencional, *que es una sociedad forestal*, y la demandada y demandante reconvencional, 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" (cursivas añadidas).

5.1 La relevancia de los hechos y el control de la aplicación del Derecho

Arriba se explicaba la importancia de los hechos para el enjuiciamiento de los efectos que produce la aplicación de un precepto legal. Como en otros aspectos, la sentencia 707-07 no sería un ejemplo especialmente relevante si no fuera por el nexo que establece entre los hechos de la causa, los fines que legitiman la legislación especial y la garantía de la igualdad ante la ley. La correcta inteligencia de una sentencia estimatoria de inaplicabilidad y el nuevo carácter garantista de este instituto quizá ameritaban una mayor explicación de las características peculiares de los hechos (por ejemplo, el tamaño y el avalúo del fundo en disputa). Quien no es un *insider* en la causa, debe contentarse con la somera referencia al carácter agrario del predio y a la condición de sociedad forestal del demandante y de persona natural del demandado. Esto permite suponer que los intereses en juego, concretados en los hechos de la causa, distan de calzar con los pequeños poseedores a que se refiere el DL. 2.695.

Una vez que el Tribunal, apreciando los hechos de la causa, concluye que sus peculiaridades no se enmarcan dentro de aquella situación que justifica la aplicación de la ley especial, el Tribunal califica su posible aplicación como contraria a la Constitución. Puesto que el juicio estimatorio de inaplicabilidad descarta la aplicación de la norma especial por no justificarse frente a la general, al juez de la causa solo le restará aplicar la normativa general, en este caso, las normas sobre posesión del Código Civil. Como puede advertirse en este caso el Tribunal dicta una sentencia que además de acoger la pretensión de inaplicabilidad y aun sin decirlo expresamente, deja prácticamente el camino trazado en su totalidad para

el Tribunal encargado de resolver la casación en el fondo. Ella ciertamente contrasta con lo que había resuelto el Tribunal unos meses antes en el fallo de inadmisibilidad rol núm. 794-07 (12 de junio de 2007). En esta sentencia se sostiene que "[q]ue *la aplicación de un precepto legal que resulte contrario a la Constitución* y que corresponde apreciar al Tribunal Constitucional al conocer de una acción de inaplicabilidad, *no es la eventual aplicación incorrecta o abusiva de dicho precepto que pudiere efectuar un tribunal*, la que corresponderá corregir a través de los diversos recursos que contemplan las leyes de procedimiento, sino la aplicación de dicho precepto, que rectamente interpretado y entendido infringe la Carta Fundamental"[57]. Aunque no consta en la sentencia, quizá explique parcialmente la sentencia comentada el hecho que la gestión se ventilaba en el último recurso y tribunal posible.

Sin perjuicio de todas las prevenciones necesarias en un juicio de esta naturaleza, que impiden "extraer conclusiones jurisprudenciales o doctrinas de carácter general", cabe preguntarse si acaso la sentencia comentada no abre una camino que extiende de manera extraordinaria el alcance de la acción de inaplicabilidad, confirmando aquella tesis que ha sostenido que el Tribunal Constitucional puede constituirse en una especie de "tribunal de supercasación" (Vega y Zúñiga, 2006, 155). Sobre este particular, se volverá más abajo.

5.2 ¿Quiénes son los sujetos arbitrariamente discriminados?

La sentencia no desarrolla con mayor profundidad la forma en que se produciría la diferencia arbitraria. Limitándose a sostener que, en la especie, la aplicación concreta de los preceptos impugnados a una situación que escapa a los fines que justifican la legitimidad del DL. núm. 2.695, el Tribunal omite explicar entre quienes se produciría la diferencia arbitraria (cons. 13°). Del contexto, resulta claro que no se trata de una discriminación que afecte a ambas partes del proceso (demandante de reivindicación y demandado), pues de aplicarse o no aplicarse la legislación cuestionada, el resultado de la sentencia definitiva afectaría a ambas partes por igual. Una lectura atenta del fallo permite sostener que, en el razonamiento del Tribunal, la discriminación se produciría entre (a) quienes deben

[57] Rol núm. 794-07 (12 de junio de 2007), cons. 6°.

someter su disputa a las normas generales, en este caso el Código Civil, y (b) entre quienes deben hacerlo conforme a las especiales. El hecho juzgado sería el mismo, pero el estatuto jurídico aplicable a ambas sujetos sería diferente. Luego, desapareciendo las razones materiales que justifican el trato diferenciado, la aplicación de este último se vuelve contraria a la Constitución.

La explicación anterior puede confirmarse con el análisis de dos casos posteriores a la sentencia comentada. Se trata de las sentencias roles núms. 767-07 (30 de octubre de 2007) y 977-07 (8 de enero de 2008).

La sentencia rol núm. 767-07 versaba sobre la constitucionalidad de la aplicación de un precepto legal especial, el art. 1° de la Ley núm. 18.865, que impedía a los jueces de la causa calificar una relación jurídica como relación laboral durante un período determinado de tiempo. Aunque el requirente había invocado solamente la violación de los números 18 y 24 del art. 19 de la Constitución, el Tribunal volvió a recurrir al derecho a la igualdad con que había argumentado en la 707-07. En la sentencia de 30 de octubre de 2007, el Tribunal falló "[q]ue, así, en el caso de declararse que concurren los elementos de la relación laboral, por aplicación de la preceptiva legal en cuestión por parte del tribunal competente, un mismo trabajo profesional produce efectos jurídicos distintos en la regulación o afectación de derechos de los particulares, según quien haya contratado con el afectado, resultando el hecho más gravoso si es aquel a quien se aplica el precepto impugnado, lo que no ocurriría de no mediar la existencia de la legislación especial cuya aplicación se impugna, *lo que altera, en primer término, la garantía de igualdad ante la ley y la de la igual protección en el ejercicio de los derechos, ambas establecidas en los numerales 2º y 3º* del artículo 19 de la Constitución Política" (cons. 12°). Lo resuelto deja claro que los sujetos discriminados son aquellos a quienes se aplica la normativa especial, frente a quienes deben ser juzgados conforme a la normativa general. De este modo, el Tribunal actúa como contralor de la arbitrariedad de la aplicación de un precepto que no ofrece, en el caso concreto, razones suficientes que justifiquen su contenido especial frente a la normativa general.

Posteriormente, el recorrido argumental se repite en la sentencia rol núm. 977-07 (8 de enero de 2008), donde se discute la constitucionalidad de la aplicación de ciertas reglas procesales de la Ley núm. 17.322 sobre cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de

las Instituciones de Seguridad Social. La requirente sostenía que la aplicación del precepto impugnado (que elimina una excepción procesal a la demanda ejecutiva) producía efectos inconstitucionales al dejarlo "en una posición de desigualdad frente a su contraparte en su relación procesal". Siguiendo el criterio que había delineado en la sentencia rol núm. 707-07, el Tribunal diverge de la interpretación que hace el requirente del principio de igualdad y lo aplica como medida de juicio de la relación entre las partes de la gestión ejecutiva pendiente y las partes de aquellos juicios ejecutivos sustanciados conforme a la legislación general. La sentencia de 8 de enero de 2008 señala: [q]ue, aunque no lo alegue la requirente, *la exigencia de igualdad puede hacerse comparando la situación desmedrada en que se encuentra el ejecutado en el juicio ejecutivo especial de cobro previsional en relación a aquellos que se rigen por el estatuto general del Código de Procedimiento Civil*. Al hacer esta comparación resulta evidente la existencia de una diferencia, pues mientras el ejecutado del régimen común puede interponer la excepción de ineptitud del libelo, no puede hacerlo aquel que resulta demandado en juicio de cobranza de cotizaciones previsionales regido por la ley que contiene el precepto legal impugnado" (cons. 9°, cursivas agregadas). El juicio de constitucionalidad concreto termina luego con un examen de legitimidad de las causas que explican el trato diferenciado.

5.3 ¿Puede operar el razonamiento del Tribunal Constitucional cuando no hay ley especial que aplicar?

Otra cuestión que puede plantear la sentencia 707-07 (y también las núms. 767-07 y 977-07) es la posible extensión del criterio aplicado por el Tribunal Constitucional a aquellos casos en que el precepto legal impugnado no coexiste con un precepto general que aplicar. En efecto, la estimación concreta de la sentencia de inaplicabilidad se fundamenta en la existencia de un régimen general y uno especial, de modo que la aplicación de este último, más allá de los límites autorizados por el examen de su racionalidad, desconoce el derecho a no ser discriminado arbitrariamente.

El examen aislado de las peculiaridades de la causa podría dar a entender que esta forma de controlar la arbitrariedad en la aplicación de la ley se limita a aquellos casos en que el precepto impugnado tiene la condición de norma especial. No habiendo ley especial, no habría forma de demostrar que existe un tratamiento

jurídico diferenciado irrazonable para una misma situación. Sin embargo, un análisis global de la jurisprudencia constitucional y particular del control concreto permite sostener que ello no es así. En efecto, el juicio de razonabilidad de la aplicación de un precepto legal a un caso particular no es privativo del análisis de la arbitrariedad a que se refiere el núm. 2 o de la igualdad a que se refieren el núm. 3 del art. 19 de la Constitución. Ese juicio también se aplica a la igualdad económica, sobre la cual ya se había pronunciado el Tribunal en la sentencia rol núm. núm 513-2006 (2 de junio de 2006), con relación constitucionalidad de la aplicación de la Ley núm. 20.017[58], o a las manifestaciones de la igualdad tributaria, como lo demuestra la sentencia más reciente rol núm. 822-07 (13 de noviembre de 2007).

Fuera del enjuiciamiento concreto de la inaplicabilidad por infracción de la igualdad en la aplicación de la ley, el examen de la arbitrariedad ha sido utilizado en causas como las falladas en los roles núms. 506-2006, 505-2006 (ambas 6 de marzo de 2006 y relacionadas con la supuesta constitucionalidad de la aplicación del art. 3° transitorio del DFL núm. 1 de 1982)[59]; 541-06 (26 de diciembre de 2006, sobre la constitucionalidad de las indemnizaciones compensatorias por no pago de peajes)[60], 473-2006, 517-2006 y 535-2006 (todas de 8 de mayo de 2007, sobre el régimen de extinción de las concesiones mineras), para enjuiciar en todas el contenido de un precepto legal y validar su eventual aplicación en la gestión pendiente. También el juicio de proporcionalidad, en todas las variantes y subvariantes en que largamente profundizó la sentencia rol núm. 790-07 (11 de diciembre de 2007, también asociada a la igualdad ante la ley), conduce a examinar la arbitrariedad en la

[58] "No se advierte cómo la aplicación de la nueva normativa pueda ser reprochada de arbitrariedad, según los rasgos caracterizantes de esta noción que se han citado en el considerando vigésimo tercero" (cons. 24°)".

[59] En estas causas, si bien la cuestión fue enfocada en el derecho de propiedad, bien pudo argumentarse utilizando el art. 19 núm. 2 de la Constitución.

[60] En esa ocasión, al igual que en la sentencia núm. 707-07, el Tribunal examinó la finalidad de la ley para concluir que "el alto valor de la multa en relación a la magnitud del incumplimiento, sustento real de la crítica a la norma no constituye el parámetro de proporcionalidad en el caso, por cuanto, como se ha dicho, el mismo se determina con la adecuación del límite a la finalidad lícita perseguida. La multa representa un elemento disuasivo de la generalización de conductas que pongan en riesgo el régimen de concesiones, afectando el interés colectivo que su eficaz desenvolvimiento procura" (cons. 16°). Es importante recordar que en este caso, el juicio sobre la aplicación de la multa no confrontaba el precepto con el art. 19 núm. 2, sino con los números 24 y 26, además del antiguo art. 76 de la Constitución.

aplicación concreta de una norma legal. Por ello, no parece errado concebir la inaplicabilidad como un instrumento de control de la arbitrariedad en la aplicación de la ley[61]. En efecto, si lo propio de la inaplicabilidad es revisar los posibles efectos contrarios a la Constitución que la aplicación de un precepto legal pertinente puede generar en una gestión concreta y si la aplicación de un precepto legal más allá de su ámbito de aplicación es siempre arbitraria (y, luego contraria a la Constitución), resulta que la inaplicabilidad puede erigirse en un formidable instrumento de control de la legislación. Pero hay más, pues una técnica como la propuesta deja abierta la discusión sobre el efecto que una jurisprudencia como la comentada tiene en el plano del control de la jurisdicción. Llevada a su máxima extensión, la tesis desarrollada en la sentencia 707-07, conduciría afirmar que cualquier aplicación abusiva de una norma legal –especial o no especial– podría ser objeto de una declaración de inaplicabilidad. En efecto, el sujeto a quien se ha aplicado –o a quien se puede aplicar– erróneamente la ley podrá siempre alegar que ha sido –o puede ser– arbitrariamente discriminado frente al que ha recibido la aplicación correcta de la misma. Naturalmente, una interpretación de esta naturaleza modifica todo el sistema de recursos procesales y la vieja naturaleza de la inaplicabilidad, circunstancia que someramente se analiza a continuación.

5.4 La nueva naturaleza de la inaplicabilidad y la inédita extensión de las atribuciones del Tribunal Constitucional

Se ha sostenido con razón que "ha cambiado nuestra Constitución. Pero lo ha hecho en una zona poco explorada"[62]. En efecto, el solo énfasis puesto en la dimensión práctica de la inaplicabilidad, esto es en la aplicación concreta del precepto legal, ha supuesto una transformación de extraordinaria envergadura en el cuerpo de atribuciones del Tribunal Constitucional, tan relevante como la "[r]evolucionaria" creación de la declaración de inconstitucionalidad con efectos derogatorio[63].

Hasta la reforma de la Ley núm. 20.050, el Tribunal carecía de atribuciones para controlar el ejercicio de la función jurisdiccional. Los órganos constitucionales controlados por las atribuciones del

---

61 Véase en este sentido Fermandois (2008) pp. 175, 187-192.
62 Fermandois (2008) p. 175.
63 Saenger (2007) p. 343.

antiguo art. 82 eran, básicamente, el Presidente de la República y el Parlamento. La nueva estructura constitucional de la inaplicabilidad, reforzada por la práctica del primer bienio de vigencia de la reforma, agrega de una sola vez a todos los tribunales ordinarios y especiales de la República. De esta forma, todo tribunal ordinario o especial[64] ha quedado potencialmente sujeto a la jurisdicción del Tribunal Constitucional en lo que concierne a la aplicación de un precepto un legal que resulte contraria a la Constitución. Esta relación de sujeción se basa en el deber constitucional de acatar la orden ínsita en la decisión estimatoria de inaplicabilidad, en virtud de cuyo efecto negativo o inhibitorio el tribunal de la causa no puede aplicar el precepto reprochado.

El efecto de la reforma anotada en la estructura judicial chilena es notable, pues al asumir este virtual monopolio (CEA, 2007, 109-110) del control de constitucionalidad de la ley –atribución que solo comparte con la Contraloría, respecto de los decretos con fuerza de ley y en una dimensión que claramente no es comparable– el Tribunal Constitucional ha quedado en una posición que difícilmente tuvo otro Tribunal en la historia de Chile. Debe recordarse que hasta la reforma del año 2005, la Corte Suprema había se había limitado hasta el extremo de configurar la declaración de inaplicabilidad como una manifestación o consecuencia de la superintendencia directiva, correccional y económica que poseía sobre los tribunales indicados en el antiguo art. 79 de la Constitución[65]. Este último razonamiento excluía del control de constitucionalidad todos los preceptos legales que aplicaban el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones, los tribunales electorales regionales y los tribunales militares en tiempo de guerra. Además en la práctica significaba que tanto la Corte Suprema, como el Tribunal Constitucional (y también el Tribunal Calificador de Elecciones) eran tribunales supremos en su categoría. La reforma de 2005 cambió radicalmente las cosas, pues ningún tribunal, ordinario o especial, escapa a esta forma de control de la aplicación de la legislación.

La primacía del Tribunal Constitucional frente al resto de los tribunales de la República, por lo menos en lo que concierne a la interpretación de la Constitución, obliga a tomarse más en serio aquellas afirmaciones que indican que el Tribunal Constitucional es el intér-

[64] Las sentencias roles núms. 505-06 y 506-06 (6 de marzo de 2007) dejaron abierta la cuestión sobre la justicia arbitral.

prete supremo de la Constitución o, como lo ha afirmado nuestro propio Tribunal, que en él radica la "interpretación definitiva e inapelable de la Constitución" (STC rol núm. 591-06, de 11 de enero de 2007, cons. 3°).

En el contexto propio de la dirección de la interpretación constitucional –enmarcada dentro de los límites del control de constitucionalidad de la aplicación de la ley– el Tribunal Constitucional se ha convertido en un contralor especial de la aplicación de la ley y, por lo tanto, de la función jurisdiccional. Esta última dimensión de la inaplicabilidad (que siempre estuvo presente cuando la inaplicabilidad pertenecía al ámbito de competencias de la Corte Suprema, que es también la Corte de Casación), adquiere mayor connotación ahora, pues es un Tribunal ajeno al Poder Judicial el que domina la interpretación de la Constitución. De ahí entonces que no sea tan atrevido referirse al Tribunal Constitucional como un "tribunal de supercasación"[66] o al recurso de inaplicabilidad como una forma de "casación constitucional"[67].

A fines del 2006, Eduardo Aldunate se anticipó al fenómeno que confirmó la práctica del 2007. Él sostuvo que la reforma constitucional había modificado las funciones del Tribunal Constitucional en dos aspectos, pues "ya no se trata solo de un órgano que, en el campo del control de constitucionalidad, realiza un control a preceptos, sino que también a la actividad jurisdiccional. De lo contrario no se entiende como [sic] debería pronunciarse sobre la aplicación de un precepto, y no sobre el precepto mismo. La única forma de operación posible, en términos lógicos, de este control, es que exista un acto de aplicación (idea congruente con la de un recurso en que lo que verdaderamente se está examinando es el actuar del órgano recurrido)"[68].

Es cierto que el Tribunal ha sido extremadamente cuidadoso en declarar su obligado respeto hacia la atribuciones del resto de los jueces (principio de deferencia razonada), indicando varias veces que la inaplicabilidad no es la vía para revisar decisiones jurisdic-

---

[65] Véanse, por ejemplo, las sentencias de 18 de agosto de 1993, *Fallos del Mes* 417, 605 y ss; 13 de octubre de 1993, *Fallos del Mes* 419, 851 y ss; y 23 de noviembre de 1994, Fallos del *Mes* 432, 483 y ss.

[66] Vega y Zúñiga (2006) p. 155.

[67] Aldunate (2007, p. 42) la llama "casación constitucional adivinatoria", en atención a que el juez constitucional debe anticiparse al posible comportamiento del juez "antes de darle la oportunidad de llegar a un resultado que pudiese conciliar el precepto legal con la Constitución".

[68] Idem p. 41.

cionales[69], que ella tampoco permite al Tribunal Constitucional ordenar que "una causa sea conocida conforme a determinados preceptos legales"[70], ni revisar "la eventual aplicación incorrecta o abusiva" de un precepto "que pudiera efectuar un tribunal"[71] , ni subrogar a los jueces del fondo en la determinación de la aplicación de las leyes en el tiempo[72]. Sin embargo, al mismo tiempo que ha afirmado que la inaplicabilidad no es un instrumento idóneo para revisar lo fallado en un caso concreto, ha condicionado esa limitación de competencia a la exigencia del respeto constitucional por la sentencia de fondo.

Una de las primeras sentencias de inaplicabilidad afirmó que "no cabe utilizar la vía de la inaplicabilidad como un medio que persiga enmendar lo ya resuelto por un tribunal en un caso concreto y que se ha materializado a través de una resolución judicial *que ha dado aplicación a un precepto legal que se enmarca en la normativa constitucional*" (cursivas añadidas)[73]. Es claro que, *a contrario sensu*, cuando el precepto legal no se enmarca en la normativa constitucional, la inaplicabilidad funciona como instrumento procesal de revisión de la actividad jurisdiccional. En un sentido parecido puede interpretarse una de las primeras sentencias de 2008, donde se afirma que "el juez constitucional no puede interpretar o corregir la ley ordinaria *si no es con relación a su constitucionalidad*"[74].

---

69 Véanse, entre otras, las decisiones de inadmisibilidad dictada en los roles 794-07 (12 de junio de 2007), 841-07 (13 de septiembre de 2007), 840-07 (6 de septiembre de 2007), 842-07 (4 de octubre de 2007), 947-07 (11 de octubre de 2007), 1008-07 (13 de diciembre de 2007) y 1018-07 (27 de diciembre de 2007).

70 STC rol núm. 806-07 (11 de diciembre de 2007), cons. 5°.

71 STC rol núm. 794-07 (12 de junio de 2007): "Que la aplicación de un precepto legal que resulte contrario a la Constitución y que corresponde apreciar al Tribunal Constitucional al conocer de una acción de inaplicabilidad, no es la eventual aplicación incorrecta o abusiva de dicho precepto que pudiere efectuar un tribunal, la que corresponderá corregir a través de los diversos recursos que contemplan las leyes de procedimiento, sino la aplicación de dicho precepto, que rectamente interpretado y entendido infringe la Carta Fundamental" (cons. 6°).

72 STC rol núm. 790-07 (11 de diciembre de 2007), cons. 28°, con numerosa jurisprudencia del propio tribunal.

73 STC rol núm. 481-2006 (4 de junio de 2006), cons. 13°.

74 STC rol núm. 810-07 (24 de enero de 2008), cons. 9°: "el juez constitucional no puede interpretar o corregir la ley ordinaria si no es con relación a su constitucionalidad. La tarea de interpretar la ley le corresponde a los tribunales de justicia, sean ordinarios o especiales, y, en nuestro sistema judicial, el órgano llamado a unificar su interpretación es la Corte Suprema, a través del recurso de casación. La labor del Tribunal Constitucional consiste en velar por el respeto del principio de supremacía constitucional y, por ende, tratándose de una acción de esta clase, resolver si la aplicación en el caso concreto de que se trate del precepto legal impugnado, resulta o no contraria a la Carta Fundamental y, como efecto natural de una decisión estimatoria, prohibir al juez de la causa aplicarlo en la resolución de ese caso concreto".

La reforma constitucional ha entrado a su tercer año de vigencia, siendo cada vez más claros los nuevos contornos de la inaplicabilidad y más inciertas sus proyecciones dogmáticas. Como toda herramienta verdaderamente constitucional, ella busca limitar el poder en beneficio de la libertad. La tarea pendiente consiste en revisar, en clave libertaria, los límites de esa herramienta y, más mediatamente, los límites de las atribuciones del intérprete "supremo" de la Constitución. El carácter concreto de la inaplicabilidad, asociado al consejo del propio Tribunal en orden a no extraer conclusiones o doctrinas de carácter general, limita naturalmente esta función, como también debería limitar el enorme poder que significa atribuir a un órgano el carácter de supremo intérprete y dueño de la palabra final de una Constitución. El pluralismo interpretativo, ya presente en la disidencias de nuestro Tribunal[75] es un factor que enriquece el diálogo democrático y el progreso del Derecho, al tiempo que limita el poder de quienes han sido investidos, o al menos creen haber sido investidos, del poder de tener la última palabra sobre la Constitución. Esta forma de pluralismo es, en palabras de Maurizio Fioravanti, un factor de equilibrio para la propia Constitución[76]. En países que conocen bien el poder de los tribunales supremos existe literatura extraordinariamente seria que avala esta proposición[77].

VI. CONCLUSIONES

1. En lo que se refiere al control *a posteriori* de la constitucionalidad de las leyes, la reforma constitucional de 2005 puso énfasis en la dimensión práctica o concreta de la aplicación de la ley. En consonancia con lo anterior, el juicio de constitucionalidad de un precepto legal es siempre concreto en sede de inaplicabilidad, hecha la salvedad con la impugnación fundada en vicios de forma.
2. El juicio y la sentencia de inaplicabilidad son inseparables del caso y de sus hechos. Sin perjuicio de lo anterior, el caso no impide valorar las consecuencias futuras de sus decisiones por parte de la Magistratura constitucional.

---

[75] Ver Cea (2007) p. 107.
[76] Fioravanti (1998) pp. 35-36.
[77] Entre otros, pueden tenerse en cuenta los estudios de Tushnet (1999), Vining (1986) o Fisher y Devins (1996).

3. El conflicto de constitucionalidad debe ser claro y preciso, para dar lugar a la sentencia estimatoria, cuyo contenido es esencialmente negativo o inhibitorio.

4. La pretensión de inaplicabilidad solo define la competencia del Tribunal en cuanto a los preceptos impugnados. El juez de constitucionalidad es competente para fundar la declaración de inaplicabilidad en preceptos diversos a los invocados. Con todo, la prudencia y el derecho al debido proceso aconsejan que las partes sean prevenidas de una posible fundamentación de la sentencia que vaya más allá de los vicios constitucionales invocados.

5. La *ratio decidendi* del fallo de inaplicabilidad, en su dimensión interna (esto es, al interior de la gestión afectada por la sentencia), debe ser vinculante para el juez de la causa.

6. La inaplicabilidad permite a los jueces constitucionales revisar la legitimidad constitucional de una norma especial sin violar el principio de deferencia razonada. Para ello, la sentencia comentada recurre a la exposición de motivos de un decreto ley, del mismo modo como otras sentencias recurrirán a la historia fidedigna de la ley. Luego de examinado el fin, a través de los motivos, es preciso el examen de los medios a la luz del principio de proporcionalidad o, como se ha hecho recientemente a propósito del turno gratuito de los abogados, a la luz del principio de igualdad ante las cargas públicas.

7. La inaplicabilidad no impide que, en un mismo juicio de constitucionalidad, un precepto legal sea declarado constitucional en abstracto e inconstitucional en su aplicación concreta. En la sentencia rol núm. 707 la legitimidad constitucional abstracta de una ley, juzgada en función de los fines perseguidos por el legislador, no es obstáculo para declarar, al mismo tiempo, su inaplicabilidad concreta por producir efectos contrarios a la Constitución en el caso *sub lite*.

8. La inaplicabilidad es un procedimiento que permite al Tribunal Constitucional revisar la arbitrariedad en la aplicación de la ley. Lo anterior se constata jurisprudencialmente cuando se revisa la aplicación de una ley especial que contrasta con el principio de igualdad y se proyecta como consecuencia del carácter concreto del juicio de inaplicabilidad para el resto de los casos. Esta funcionalidad es evidente en la sentencia rol núm. 707, donde

es posible constatar cómo el Tribunal previene, vía inaplicabilidad, que la aplicación de una ley más allá de sus fines constitucionalmente legítimos genera una discriminación arbitraria.

9. La inaplicabilidad, en su nueva versión, es un instrumento de control de la legislación y, al mismo tiempo, de control de la aplicación judicial del Derecho. En este sentido, la sentencia rol núm. 707 representa un formidable ejemplo de esta última dimensión del instituto, en tanto recurso procesal. Al lado de su tradicional posición como instrumento de control del principio de supremacía constitucional frente al legislador, la inaplicabilidad se erige como un formidable instrumento de control de la aplicación judicial de las leyes, muy especialmente cuando estas últimas han aprobado favorablemente el examen abstracto de constitucionalidad.

10. En tanto instrumento de control de la aplicación judicial del Derecho sobre todos los tribunales de la República, la inaplicabilidad convierte al Tribunal en el intérprete supremo de la Constitución. Esta última consecuencia plantea nuevamente la cuestión sobre los límites de la jurisdicción constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ALDUNATE, Eduardo (2007): "La reforma constitucional del año 2005 desde la teoría del Derecho y la teoría de la Constitución", *69 Revista de Derecho Público*, I, pp. 35-44.

BORDALÍ, Andrés (2006): "Sentencia de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del juez tributario", *19 Revista de Derecho/Universidad Austral* 2, pp. 231-255.

CEA, José Luis (2007): "Escritos de justicia constitucional", *35 Cuadernos de Justicia Constitucional*, pp. 247.

DÍAZ REVORIO, Francisco (2001): *Las sentencias interpretativas*, Madrid: Lex Nova, .

FERMANDOIS, Arturo (2008): "Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley", *17 Actualidad Jurídica*, pp. 175-192.

FIORAVANTI, Maurizio (1998): *Costituzione e popolo soverano*, Bolonia: Il Mulino.

FISHER, Louis y Neal DEVINS (1996): *Political Dynamics of Constitutional Law* West Publishing Co., St. Paul.

FORSTHOFF, Ernst (1959): *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, en BARION, H. (Ed.), *Festschrift für C. Schmitt,* Duncker & Humblot, Berlin, pp. 35-61.

MARTÍNEZ, José Ignacio (2005): "Recurso de inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y juez ordinario en la reforma constitucional", en NOGUEIRA, H. (Coord.), *La Constitución reformada de 2005*, Librotecnia, Santiago de Chile, pp. 457-472.

NOGUEIRA, Humberto (2005): "El control represivo concreto y abstracto de constitucionalidad de las leyes tras la reforma constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias", en ZÚÑIGA, F. (Coord.), *Reforma constitucional*, Lexisnexis, Santiago de Chile, pp. 593-625.

PEÑA, Marisol (2007): "Cuatro Estudios de Justicia Constitucional", *Cuadernos del Tribunal Constitucional* 36.

PICA, Rodrigo y Tomislav BILICIC (2007): "Algunos aspectos acerca de los efectos de la sentencia que resuelve conflictos de constitucionalidad de la ley", ponencia presentada a las XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público, Valparaíso, inéd.

SAENGER, Fernando (2007): "Acción de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Facultades del nuevo Tribunal Constitucional", *5 Estudios Constitucionales* 1, pp. 305-348.

SCHMITT, Carl (1967): *Die Tyrannei der Werte*, en AA.VV. *Säkularisierung Und Utopie. Festschrift für E. Forsthoff,* W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin, pp. 37-62

SUNSTEIN, Cass R. (1999): *One Case at Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts.

TUSHNET, Mark (1999): *Taking the Constitution Away from the Courts,* Princeton: Princeton University Press, pp. 254.

VEGA, Francisco y ZÚÑIGA, Francisco (2006): "El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y práctica", *4 Estudios Constitucionales* 2, pp. 135-174.

VINING, Joseph (1986): *The Authoritative and the Authoritarian*, Chicago – London: University of Chicago Press, pp. 261.

ZAGREBELSKY, Gustavo: (1988): *La giustizia costituzionale*, Bolonia: Il Mulino, pp. 532;

---------- (1992): *Il diritto mitte*, Einaudi, Turín, pp. 217; (2007): *La virtù del dubbio.* A cura de Geminello PRETEROSSI, Roma.

ZAPATA Larraín, Patricio (2006): "Las sentencias atípicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno (TCCH)", *4 Estudios Constitucionales* 2, pp. 175-187.