

“SE ACATA PERO NO SE CUMPLE”. LOS EFECTOS DE LA INAPLICABILIDAD EN EL CASO POR NO PAGO DEL BONO POR DESEMPEÑO INSTITUCIONAL: GÓMEZ MONTOYA CON CORPORACIÓN ADMINISTRATIVA DEL PODER JUDICIAL*

MANUEL ANTONIO NÚÑEZ POBLETE

RESUMEN: Dentro de un contexto general de acomodación y asimilación de las competencias propias del Tribunal Constitucional por parte de los tribunales de justicia, el ensayo explica –a partir un caso particular– el modo en que dichos tribunales deben cumplir el mandato contenido en la sentencia de inaplicabilidad. El texto expone críticamente la doctrina de la Corte de Apelaciones de Valparaíso y de la Corte Suprema, a partir de una noción de inaplicabilidad que limita la competencia de los jueces de la gestión para completar el juicio del Tribunal Constitucional y que elimina radicalmente, para el caso particular, el precepto legal declarado inaplicable. Esta forma de supresión del precepto legal es distinta de la derogación y de la declaración de inconstitucionalidad, razón por la cual no resulta justificado predicar de ella un supuesto carácter no retroactivo.

SUMARIO: 1. El lento proceso de aprendizaje y asimilación de las nuevas competencias constitucionales del Tribunal Constitucional. 2. El caso *Gómez Montoya*: inaplicabilidad y recurso de protección. 3. Sobre el cumplimiento de un fallo de inaplicabilidad: el asunto *Gómez Montoya* en la Corte de Apelaciones de Valparaíso. 4. “Se acata pero no se cumple”: el fallo de la Tercera Sala de la Corte Suprema. 5. Epílogo: después de la reforma de 2005, ¿*obiter dicta* o intentos contrarreformistas?

* El presente trabajo forma parte del Proyecto de investigación núm. 1090607, patrocinado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (FONDECYT) y del cual el autor es investigador principal.

1. EL LENTO PROCESO DE APRENDIZAJE Y ASIMILACIÓN DE LAS NUEVAS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como es bien conocido, con el propósito declarado de dar vida a una “jurisprudencia constitucional especializada y uniforme”¹, la reforma de la Ley N° 20.050 trasladó al Tribunal Constitucional la competencia para declarar la inaplicabilidad de un precepto legal despojando a la Corte Suprema de un poder que le había sido atribuido por la Constitución de 1925. Durante el primer quinquenio de esa reforma el Tribunal ha ido modelando progresivamente el modo de comprender su nueva competencia, tanto en el marco constitucional original como en el renovado por la reforma que la Ley N° 20.381 (*D. Of.* de 28 de octubre de 2009) introdujo a ley orgánica del Tribunal Constitucional. En este proceso, y a partir de la escasa información que aportó el texto constitucional reformado, el Tribunal ha construido un instrumento que él mismo ha identificado con la etiqueta del control concreto y que en no pocas ocasiones ha empujado al Tribunal hacia el campo de la adjudicación ordinaria.

En este mismo quinquenio, los tribunales de justicia en general y la Corte Suprema en particular han experimentado un complejo periodo de aprendizaje y asimilación. Por una parte, han debido aprender los contornos conceptuales y las formas de ejercicio de una competencia que, hasta la reforma del 2005, le era completamente ajena. Muestra de este proceso fue la aprensión inicial a adelantar juicios en el requerimiento de inaplicabilidad, la exagerada radicalidad atribuida a los efectos de algunas sentencias estimatorias de inaplicabilidad² y la tendencia –que se mantiene hasta hoy– a

¹ Proyecto de reforma constitucional Boletín núm. 2526-07, senadores Larraín, Chadwick, Romero y Díez.

² Me refiero a la saga de los desafueros, paradigmáticamente representada por los casos *Girardi* (STC Rol N° 478, 8 de agosto de 2006) y *Longueira* (STC Rol N° 529, 9 de noviembre de 2006) ambos terminados por sentencias estimatorias de inaplicabilidad que se vieron parcialmente frustradas. El primer caso (Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de agosto de 2005, Rol N° 2257-2006, 23 de agosto de 2006), por haber dejado la Corte de alzada sin aplicación todo el instituto procesal constitucional del desafuero, y el segundo caso (Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de diciembre de 2006, Rol N° 7203-2006) por haber servido el fallo estimatorio de inaplicabilidad para sustentar la incompetencia sobreviniente de la Corte de Apelaciones.

utilizar la fórmula familiar de la "medida para mejor resolver"³ como instrumento para requerir la intervención del Tribunal Constitucional. Ejemplo manifiesto de esta última práctica, que devela una concepción relativamente minusvalorada de la inaplicabilidad fue el mediático requerimiento de inaplicabilidad sobre el "matrimonio homosexual", presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago como medida para mejor resolver y con el objeto de requerir "un pronunciamiento relativo a la aplicabilidad o inaplicabilidad del precepto legal contemplado en el artículo 102 del Código Civil"⁴. Este requerimiento dio lugar a la STC Rol N° 1881 de 3 de noviembre de 2011 y, posteriormente, a un fallo de primera instancia que, luego de afirmar que el Tribunal Constitucional había "mal interpretado (...) la medida para mejor resolver decretada"⁵, insistió en que la intención de la Corte de Santiago nunca fue la de requerir de inaplicabilidad. La eliminación expresa de esta motivación por el fallo de apelación, a principios del año 2012⁶, pareciera evidenciar un indicio de corrección conceptual de parte de la Tercera Sala de la Corte Suprema.

De otra parte, el proceso de asimilación de los poderes de control jurisdiccional del Tribunal Constitucional ha supuesto el reconocimiento y aceptación de un poder nuevo y ajeno para la tradicional organización judicial chilena. Nuevo, por cuanto los superpoderes conferidos hace poco más de un quinquenio no conocían precedente en nuestra larga historia judicial y en la breve historia de nuestro Tribunal Constitucional, que hasta el año 2006 carecía de mayores

³ Véanse como ejemplos paradigmáticos: a) la escueta resolución de 19 de julio del año 2006 de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol de ingreso Corte N° 2097-2006 (rol de primera Instancia N° 218922-2005 del Juzgado de Policía Local de Quilicura, ., y que dio lugar al proceso y STC Rol N° 541-2006, de 26 de diciembre de 2006; b) resolución de 1 de octubre de 2006 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 2336-2006, -, STC Rol N° 634-2006, 9 de agosto de 2007; y c) resolución de 1 de agosto de 2008, Corte de Apelaciones de Talca. Rol N° 21-2008, , STC Rol N° 1194, 27 de agosto de 2008.

⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, oficio N° 917-2010, de 21 de diciembre de 2010.

⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de diciembre de 2011, Rol N° 6787-2010, , considerando 12°: "a pesar de haber mal interpretado el Tribunal Constitucional la medida para mejor resolver decretada por esta Corte y de haber rechazado una acción de inaplicabilidad que nunca fue presentada, los señores Ministros de esa Magistratura, a través de los votos particulares, emitieron individualmente opiniones variopintas sobre el tema de fondo discutido en el presente Recurso de Protección, por lo cual, el pronunciamiento solicitado por esta Corte se encuentra indirectamente cumplido".

⁶ Corte Suprema, 4 de abril de 2012, Rol N° 12.635-2011.

atribuciones interventoras sobre las actuaciones jurisdiccionales y reglamentarias de los órganos judiciales (arts. 93.2 y 93.6). Ajeno, pues a partir de esa misma reforma ya no hay ministros de la Corte Suprema desempeñando la doble función de magistrados “supremos” y “constitucionales”⁷ y, por otra parte, el poder de declarar la inaplicabilidad ya no emana de la compleja superintendencia de la Corte Suprema⁸, sino de las atribuciones de un nuevo Tribunal que no carece de raíces en la antigua familia judicial.

La combinación de los factores que caracterizan este proceso de aprendizaje y asimilación explica parte de las dificultades que han pavimentado el proceso de construcción del diálogo entre el Tribunal Constitucional, por una parte, y los tribunales que conocen de las gestiones judiciales a que se refiere el art. 93.6 constitucional. Fuera del ámbito específico de la inaplicabilidad, pero dentro del campo general de los juicios sobre aplicación e inaplicación de las leyes, este cuadro se completa con algunas afirmaciones provenientes de la Corte Suprema⁹ en torno a la competencia general para desaplicar la ley y aplicar directamente la Constitución. Aunque dichas afirmaciones no parecen haber pasado de ser *obiter dicta* contradichas por otras afirmaciones de corte más conservador del mismo tribunal¹⁰, no es descartable que esté nuevamente aflorando la

⁷ Recuérdese que en su diseño original la Constitución de 1980 había contemplado un Tribunal Constitucional integrado por siete magistrados, tres de los cuales eran ministros de la Corte Suprema.

⁸ Véase Corte Suprema, 18 de agosto de 1993, Rol N° 21.483 (417, pp. 605-606). Esta sentencia sustentó la doctrina según la cual no procedía la declaración de inaplicabilidad en juicios seguidos ante tribunales liberados de la superintendencia a que se refería el antiguo artículo 79 de la Constitución.

⁹ Probablemente el fallo más citado y representativo fue el librado por la Segunda Sala de la Corte Suprema, 26 de noviembre de 2008, Rol N° 5420-2008.

¹⁰ De la Tercera Sala de la Corte Suprema puede citarse un pasaje repetido en numerosos fallos sobre la aplicación del antiguo artículo 116 del Código Tributario: “tampoco puede recurrirse para dar solución a este asunto a lo que ha sostenido parte de la doctrina en cuanto a que cualquier tribunal de la República puede prescindir de un precepto inconstitucional dando directa aplicación al principio de supremacía de la Carta Fundamental, por cuanto ello resultaría improcedente en nuestro ordenamiento jurídico superior que establece al Tribunal Constitucional como único contralor de la regularidad de las leyes, además de introducir un factor de incertidumbre jurídica inaceptable con el buen orden institucional, por cuanto, además, en nuestro sistema la jurisprudencia de los tribunales superiores no es obligatoria para los inferiores”, 4 de junio de 2008, Rol N° 2849-2006. En el mismo sentido, véase el fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema, de 13 de julio de 2011, Rol N° 4307-2009, considerando 11° y la reciente decisión de la Corte Suprema, 4 de abril de 2012, Rol N° 12.635-

tesis a favor de las competencias –también constitucionales– de los jueces para aplicar directamente la Constitución y, en su caso, des-aplicar los preceptos legales que pudieren afectar el ejercicio de esa misma competencia. Aunque este reverdecer argumental tiene algo de contradictorio –en buena parte se trata de los mismos argumentos que en su momento fueron desechados por la Corte Suprema en defensa de la inavocabilidad intraorgánica¹¹– no deja de llamar la atención el que haya sido reflatado justamente después que la Corte Suprema fuera privada de la competencia que le daba el antiguo artículo 80 de la Constitución.

2. EL CASO *GÓMEZ MONTOYA*: INAPLICABILIDAD Y RECURSO DE PROTECCIÓN

En el contexto de aprendizaje y asimilación recién reseñado se inscribe la sentencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema, de 30 de noviembre de 2011, Rol N° 4518-2011, dictada en la apelación del recurso de protección acogido por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la causa *Gómez Montoya c. Corporación Administrativa del Poder Judicial* (sentencia de 6 de mayo de 2011, Rol N° 300-2010) tras un fallo estimatorio de inaplicabilidad del Tribunal Constitucional con fecha 12 de abril de 2011 (STC Rol N° 1801).

El problema que dio inicio al litigio fue la aplicación, de parte de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, Zonal V Región, del artículo 4° de la Ley N° 19.531 sobre reajuste e incremento de las remuneraciones del Poder Judicial (sustituido por el artículo 1° de la Ley N° 20.224) al Ministro Mario Gómez Montoya. De acuerdo con este precepto el funcionario judicial carecía del incentivo legal por desempeño si no cumplía con a lo menos seis meses de servicios efectivos en el año calendario. La única excepción que admitía la norma se configuraba en caso de licencia médica por accidentes del trabajo de la Ley N° 16.744 o de descanso por ma-

2011, sobre el caso del matrimonio homosexual: "debe tenerse presente que el control de la constitucionalidad de las leyes corresponde al Tribunal Constitucional, y en esas condiciones no es factible que esta Corte por medio de la presente sentencia desentrañe si el artículo 102 del Código Civil se encuentra conforme o disconforme con las normas constitucionales".

¹¹ Véanse significativamente los fallos de la Corte Suprema de 5 de septiembre de 1995, 442, pp.1156 y ss., y de 28 de diciembre de 1995, 445, pp. 1781 y ss.

ternidad en la situación prevista por los artículos 195 y 196 del Código del Trabajo. Como la enfermedad del actor no se encontraba comprendida en ninguna de las dos situaciones, la Corporación recurrida negó concederle el incentivo, actuación que el solicitante impugnó en sede proteccional por estimarla vulneratoria de su derecho a la integridad, a la igualdad y a la propiedad.

Dado que la actuación de la Corporación se fundamentaba en un sistema de excepciones construido por un precepto legal vigente, la Primera Sala de la Corte de Valparaíso formuló el requerimiento ante el Tribunal Constitucional. La premisa implícita del requerimiento radicaba en la incapacidad de la Corte para inaplicar directamente el precepto legal que se funda la competencia y la actuación de la demandada. Aunque esta premisa pueda ser objetada para este caso particular (Gandulfo 2012, 31), las características difusas de la antinomia entre la norma legal y la Constitución y la imposibilidad de subsumir el caso en una norma precisa de la Constitución aconsejaban la formulación de un requerimiento formal ante el Tribunal Constitucional. En otras palabras, ante la imposibilidad de encontrar una norma constitucional que, aplicada al caso, ofreciera una respuesta unívoca y precisa al presunto problema de discriminación y propiedad planteado por el actor, no quedaba otra alternativa que requerir la intervención de la máxima judicatura constitucional funcional. Si la actuación era legal y, siendo legal, no había antecedentes probatorios suficientes para acreditar que era arbitraria (bien es sabido que una actuación legal puede devenir en arbitraria), la única posibilidad que restaba para agotar el escrutinio del acto impugnado consistía en la declaración de inaplicabilidad. Esta última posibilidad, dentro de una acción de protección, renovaba la vieja polémica sobre la procedencia de la acción de inaplicabilidad al interior de los procesos constitucionales de protección.

Aunque el texto constitucional nunca excluyó el recurso de protección (art. 20 CPR) de la noción de “gestión” a que se refería el antiguo art. 80 CPR y la discusión en la Comisión Ortúzar parece haber girado en torno a la compatibilidad de ambas acciones, hubo ocasiones en que la Corte Suprema estimó que la inaplicabilidad era improcedente cuando la gestión era una acción de protección. En *Inversiones Forestales S.A.*, la Corte argumentó la improcedencia del proceso de inaplicabilidad en función de su incompatibilidad de fines:

“[T]ratándose de un recurso de protección los tribunales deben examinar, como cuestión fundamental, si la conducta del recurrido fue o no arbitraria o ilegal y, para lo que interesa, si ella precisamente tiene este último carácter. De esta manera, la eventual acogida del recurso de inaplicabilidad, en estos casos particulares, no puede producir el efecto de influir en la decisión de los recursos de protección, desde que no obstante ello, la conducta del recurrido continúa siendo ajustada a la ley, y, por ende, una declaración de inaplicabilidad solo tendría un carácter meramente teórico, lo que es ajeno a toda decisión jurisdiccional”¹².

En *ABN Amro Bank y otros*, la Corte Suprema consideró contradictoria la superposición de estos procedimientos en atención a que la aceptación de una encierra una paradoja con relación a la otra:

“[L]a inaplicabilidad cuya declaración se pretende aparece en contradicción con lo que constituye la esencia del recurso de protección que motiva la primera petición; a saber, en la acción de protección se sostiene que la Resolución N° 5.111 sobrepasa el texto del art. 101 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, en tanto que en el recurso materia de esta sentencia se aspira a que se declara inaplicable el referido precepto legal. En otros términos, en tanto que en el recurso de protección el art. 101 es invocado como su fundamento, como su presupuesto, simultáneamente en el de inaplicabilidad se sostiene su inconstitucionalidad, situación que podría importar una paradoja”¹³.

Si bien estos criterios cambiaron tras la reforma de 2005 –el Tribunal Constitucional no ha objetado la procedencia de la inaplicabilidad dentro de la protección¹⁴–, el razonamiento de los fallos anotados denota un modo peculiar de comprender el instituto de la inaplicabilidad que la hace irreconciliable con la revisión judicial de los actos de aplicación de la ley y que, en cierto modo, se proyecta

¹² Corte Suprema, 10 de noviembre de 1995, Rol N° 23.118, considerando 7°, en 185 (1995), pp. 45-52.

¹³ Corte Suprema, 5 de julio de 1996, Rol N° 34.024, considerando 14°, citado en SAENGER y BRUNA (2006), 123.

¹⁴ Las inaplicabilidades más contundentes, incluyendo aquellas que posteriormente dieron lugar a las declaraciones de inconstitucionalidad, se han fallado precisamente en recursos de protección.

años más tarde en el caso *Gómez Montoya*. De acuerdo con este razonamiento, la inaplicabilidad conduce hacia alguna de estas dos consecuencias: o a la desaparición de la causa de pedir de la acción de protección o a una declaración teórica que no afecta el estatus de legalidad del que gozaba el acto impugnado al momento de perfeccionarse. Esta forma de entender la inaplicabilidad extraviaba el sentido original de la fundamentación de ilegalidad en el proceso de protección, pues dictado el fallo estimatorio de inaplicabilidad, la consecuencia natural de este es la ilegalidad configurada *ex post facto*. Por lo tanto, tratándose de órganos públicos, la desaparición particular del título habilitante para ejercer la competencia cuestionada (esto es, la ley) implica automáticamente la incompetencia del órgano que ejecutó el precepto legal tachado de inconstitucional. Esta incompetencia tiene dos características esenciales, es sobrevenida y particular. Sobrevenida, pues se explica por un acto judicial de efecto legislativo, y particular, porque solo se predica respecto de la causa en que incide la declaración de inaplicabilidad.

Resolviendo la inaplicabilidad en un extenso fallo, el Tribunal explicó la naturaleza iusfundamental del derecho a la licencia médica (considerandos 7° al 13°) y acogió la tesis según la cual el régimen de contraexcepciones del precepto legal impugnado —al excluir a quien no goza de una licencia médica por accidente del trabajo o de un permiso por maternidad— vulnera la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad del funcionario judicial. Dado que, según la doctrina de la Contraloría, el bono reclamado tendría el carácter de remuneración (considerando 25°) y que existen otros incentivos que no excluyen a quienes se encuentran en la situación del actor (considerando 27°), el precepto impugnado “resulta injustificado” y “además violatorio de la necesaria igualdad con que el ordenamiento jurídico debe tratar las situaciones que se refieren a los mismos supuestos” (considerando 28°). Este régimen, que discrimina arbitrariamente entre quienes poseen un tipo de licencia médica o permiso y quienes poseen una licencia médica fundada en otra razón, genera una “merma” en el patrimonio del actor “en la medida que éste deja de integrarse por componentes que la misma ley considera como parte de la remuneración y que no pueden ser excluidos de la misma en virtud de una licencia médica” (considerando 30°). Como consecuencia de lo anteriormente dicho, el Tribunal declara la inaplicabilidad de la oración “por accidentes del trabajo a que se

refiere la Ley N° 16.744" del inciso quinto del artículo 4° de la Ley N° 19.531 y con ello deja abierta la puerta para que el recurso de protección pueda considerar ilegal la negación del incentivo que reclamaba el actor.

Más allá de los aspectos procesales-constitucionales que interesan a este comentario, el fallo del Tribunal pone otro ladrillo a favor de la fragmentada construcción de ese edificio que podemos identificar con la amplia etiqueta de la justicia constitucional laboral, vinculada tanto a los derechos de los trabajadores como a los derechos de los funcionarios públicos. En particular, la sentencia asocia las licencias médicas con el derecho a la vida, a la protección de la salud y a la seguridad social (considerando 7°), con lo que su mérito radica en servir de punto de referencia para un derecho que no había sido tratado con esta profundidad en sede constitucional.

Desde el punto de vista metodológico, el fallo no construye el concepto de licencia médica en solitario. Por el contrario, tanto el análisis general del concepto, como el juicio particular sobre el incentivo denegado al titular de la acción de protección se realizan a partir de la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República. Más allá de la corrección de los criterios administrativos utilizados por el Tribunal, este proceder evidencia una forma de diálogo interinstitucional que parece preocupar al Tribunal Constitucional y en la que, como lo demuestra el fallo de la Corte Suprema en *Gómez Montoya*, no siempre hay reciprocidad.

3. SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE UN FALLO DE INAPLICABILIDAD: EL ASUNTO *GÓMEZ MONTOYA* EN LA CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO

Mientras el fallo desestimatorio de inaplicabilidad devuelve al tribunal de la gestión la libertad para resolver la causa en su mérito, el estimatorio inhibe perentoriamente al juez de la gestión para aplicar el precepto legal declarado inaplicable. Este efecto inhibitorio solo se predica respecto del precepto o preceptos afectados por el fallo de inaplicabilidad y no representa ninguna orientación definitiva para la decisión del asunto. En efecto, como lo he intentado demostrar

con profundidad en otro lugar¹⁵, los caminos del proceso son inescrutables y así como un exitoso fallo estimatorio puede terminar en un rotundo fracaso de la acción (recuérdese la sentencia constitucional del caso *Peña Wasaff*, que terminó en una declaración de extemporaneidad), uno desestimatorio puede igualmente dar buenas razones al juez de la gestión para acoger la pretensión del requirente que ha perdido una inaplicabilidad¹⁶. Lo anterior se explica por la naturaleza del mandato de inaplicabilidad, en cuanto este no se refiere a la solución del conflicto entregado al tribunal de la gestión sino solo a la jurisdicción de este último tribunal para aplicar un fragmento de la normatividad general aplicable a un caso: el precepto legal declarado inaplicable. La jurisdicción para aplicar otras fuentes no afectadas por la sentencia, incluyendo naturalmente la propia Constitución, y para evaluar completamente el caso en su mérito, quedan indemnes frente a la sentencia estimatoria de inaplicabilidad.

Una vez acogida la inaplicabilidad, la Corte porteña admite la protección invocando precisamente el mandato de no aplicación de la sentencia constitucional¹⁷ y declarando la ilegalidad y arbitrariedad de la actuación administrativa impugnada. Aunque bastaba con haber resuelto la ilegalidad sobrevenida de la actuación administrativa impugnada, en razón de la incompetencia que se deriva de la inaplicabilidad del precepto legal que permitía denegar el pago del bono, la Corte no desaprovecha la oportunidad para agregar algunas consideraciones no contenidas en el fallo del Tribunal Constitucional. Por una parte, la Corte reprocha a la ley el no indicar “el motivo concreto que existiría para hacer las exclusiones” (considerando 7°) y, en cuanto al acto impugnado, objeta el “no dar razones suficientes al negar el pago” (considerando 8°). La ausencia de razones torna al acto en contrario a la lógica (considerando 8°), irracionalidad que termina de argumentarse con una extensa motivación acerca de la necesaria extensión al afectado del buen desempeño de la Corte porteña (considerando 9°) y del

¹⁵ Núñez (2012).

¹⁶ Véase, por ejemplo, el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de octubre de 2011, Rol N° 2517-2008, con relación a la STC Rol N° 1463, 23 de septiembre de 2010.

¹⁷ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 6 de mayo de 2011, Rol N° 300-2010, considerandos 8° y 12°.

absurdo que importa privar del incentivo a una persona que se ausentó de sus labores por sufrir una enfermedad catastrófica y que, por la misma razón, "va a necesitar mayores recursos económicos" (considerando 10°).

Si bien la Corte de Valparaíso declara tener "especialmente presente lo señalado al efecto por el Tribunal Constitucional" (considerando 12°), el fallo no es completamente fiel a la sentencia constitucional en la medida en que, cediendo a la tentación de hacer leña del árbol caído, el tribunal de protección añade sutiles razonamientos que, además de escapar a su competencia y ser innecesarios, son ciertamente discutibles desde la teoría constitucional. En efecto, en primer lugar, justificada la ilegalidad no hay necesidad de argumentar la arbitrariedad. En segundo lugar, la coherencia de las decisiones de múltiples órganos jurisdiccionales sobre un mismo asunto aconseja que, una vez que se insta por el ejercicio de la jurisdicción del Tribunal Constitucional, el resto de los órganos jurisdiccionales concernidos con la gestión se abstengan de emitir pronunciamientos que complementen la decisión de dicho tribunal. En tercer lugar, la objeción sobre la negativa del legislador a explicitar los motivos que justifican su decisión es bastante discutible, puesto que aunque una norma pueda juzgarse en su mérito constitucional, no corresponde al legislador explicitar en el texto de la ley la razón de sus decisiones políticas. Finalmente, la objeción relativa a "no dar razones suficientes al negar el pago" tampoco se explica, pues la sumisión de la Administración a la ley era razón suficiente para negar el pago de la bonificación legal.

De allí entonces que el argumento más económico y fiel al fallo de inaplicabilidad consistía en la constatación de la ilegalidad, y por lo tanto, de la incompetencia, sobrevenida del acto administrativo impugnado. En este sentido, la fórmula utilizada por la misma Corte de Valparaíso en el caso *Balmaceda Jarufe* sobre Fondo de Crédito Universitario¹⁸, resultaba más adecuada a los fines de mantener la integridad del juicio constitucional: "tanto el acto de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso cuanto el de la Tesorería General de la República se realizó conforme a una norma que ha sido

¹⁸ STC Rol N° 808, de 12 de agosto de 2008.

declarada inaplicable, para este caso, por inconstitucionalidad vulnerando derechos de aquellos que protege la Constitución Política de la República”¹⁹.

4. “SE ACATA PERO NO SE CUMPLE”: EL FALLO DE LA TERCERA SALA DE LA CORTE SUPREMA

Para resguardar la integridad de los fueros, el Derecho castellano hizo conocida la fórmula “*obedézcase, pero no se cumpla*”, que permitió distinguir entre “obedecer” las leyes y “guardarlas” (González Alonso 1980, 478-479). Un derrotero similar, que refleja bien las concepciones que preponderaron en los años previos a la reforma de la Ley N° 20.050, siguió la Corte Suprema al conocer de la apelación deducida contra el fallo de primera instancia en Gómez Montoya. En una sorpresiva decisión, que dio lugar a inmediatos comentarios de la doctrina (Szczeranski 2011, Covarrubias 2011 y Gandulfo 2011), la Tercera Sala de la Corte Suprema, con el voto en contra del ministro Brito, revocó el fallo de la Corte de Valparaíso señalando que la Corporación Administrativa del Poder Judicial había obrado conforme a derecho al negar el bono al actor de protección. El fallo del Tribunal se obedecía pero no se cumplía.

El voto de mayoría, redactado por el ministro Pierry, se construye sobre tres razonamientos, a saber, a) la distinción entre obligatoriedad e incidencia del fallo; b) El agotamiento pretérito del acto administrativo de aplicación de la ley declarada inaplicable; y c) La irretroactividad de la sentencia de inaplicabilidad. Como se intenta demostrar a continuación, aunque parcialmente algunas de estas razones puedan considerarse correctas, la conclusión general del fallo no es compatible con la fuerza obligatoria de la sentencia de inaplicabilidad ni con la finalidad tutelar del proceso de protección.

A continuación se analizarán cada una de los razonamientos por separado.

¹⁹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 8 de septiembre de 2008, Rol N° 296-2007, considerando 6°.

a) *La distinción entre obligatoriedad y falta de pertinencia de un fallo de inaplicabilidad*

Como paso previo a la decisión de la apelación la Tercera Sala intenta explicar la necesidad de distinguir entre la obligatoriedad y falta de influencia del fallo:

“[S]e hace necesario dilucidar si la declaración de inaplicabilidad pronunciada por el Tribunal Constitucional en sentencia de abril del presente año, que rola a fojas 16 del agregado tenido a la vista, es vinculante para el presente recurso de protección o si por el contrario tal declaración no tiene influencia en la resolución de estos autos”²⁰.

Esta distinción es correcta, pues, como ha quedado dicho, la decisión de inaplicabilidad solo se refiere a una porción del derecho aplicable para la decisión de la gestión y no prejuzga sobre el caso en su globalidad. Por lo mismo, es perfectamente posible que en razón de una circunstancia ulteriormente constatada por el tribunal de la gestión se resuelva de un modo completamente diverso a los pronósticos que pudieron ser posibles hasta la decisión de inaplicabilidad. Así aconteció por ejemplo con alguno de los casos referidos a la Ley de Isapres, donde frente a una sentencia estimatoria de inaplicabilidad²¹ el tribunal de la gestión consideró que la norma declarada inaplicable en realidad “no forma parte del estatuto jurídico que rige la relación contractual existente entre el reclamante y la Isapre”²². El que dicho precepto legal no forme parte del estatuto jurídico que resuelve el caso es uno de los modos más radicales de impertinencia del fallo de inaplicabilidad, que solo juzga a partir de una prognosis que estima que el precepto legal “pueda resultar decisivo” para la resolución del asunto.

Todo proceso posee complejidades que no siempre son previsibles. Estas complejidades se derivan de cuestiones vinculadas a la prueba, a la calificación jurídica de los hechos, a la voluntad de las partes del proceso o a las restricciones que impone el régimen de los recursos procesales –por mencionar algunas– y permiten que la litis siga un curso que no fue previsto por la decisión de inaplicabilidad

²⁰ Corte Suprema, 30 de noviembre de 2011, Rol N° 4518-2011, considerando 1°.

²¹ STC Rol N° 1287, 8 de septiembre de 2009.

²² Corte Suprema, 26 de octubre de 2009, Rol N° 7779-2008, considerando 11°.

y que, por lo tanto, no resulta afectado por ella. Estas variaciones pueden justificar aquello que la Corte de Apelaciones de Santiago ha calificado, sin desobedecer la sentencia constitucional, como la “falta de incidencia” del fallo de inaplicabilidad²³.

De acuerdo entonces con lo dicho, la primera premisa del fallo comentado es correcta y la paradoja es posible: las circunstancias posteriores del proceso puedan explicar que el fallo de inaplicabilidad devenga en inaplicable.

b) *El agotamiento pretérito del acto administrativo de aplicación de la ley declarada inaplicable*

El considerando 3° del fallo de la Corte Suprema sostiene que la aplicación del precepto declarado inaplicable se realizó “antes de la declaración de inaplicabilidad (...) de forma que [la recurrida] se encontraba obligada a obrar como lo ordena ese mandato legal al no encontrarse el recurrente en ninguna de las hipótesis que permiten obtener los incrementos por desempeño institucional y colectivo, esto es, encontrarse amparado por una licencia médica por accidente del trabajo. Así las cosas, la actuación de la recurrida que se impugna se agotó con la aplicación que en su momento hizo del artículo 4° de la Ley N°19.531”. Que la ejecución administrativa del precepto declarado inaplicable se realizó con anterioridad a la dictación de la sentencia de inaplicabilidad es algo evidente, sin embargo, no es tan obvia la consecuencia que la Corte extrae del agotamiento de la competencia del órgano²⁴: “el reproche de ilegalidad contenido en el artículo 20 de la Carta Fundamental debe existir al momento en que se verifica el actuar que inflige el daño al recurrente, pues de otra forma se agrega al obrar de la recurrida un factor de incerteza o falta de previsibilidad que no es admisible considerar por esta vía”. En efecto, el único modo en que podría haber alguna relación entre el agotamiento de la competencia y el reproche de legalidad sería el caso en que se estuviera objetando la competencia del mismo órgano administrativo para invalidar sus

²³ Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de abril de 2011, Rol N° 8063-2009, considerando 5°, con relación a lo resuelto por la STC Rol N° 1449, 9 de diciembre de 2010.

²⁴ Afirmación que tampoco es tan de recibo si se tiene presente que el órgano tiene competencia –más allá de lo discutible que pueda ser la aplicación de la Ley N° 19.880– para conocer de una reposición en contra de sus propias resoluciones.

actuaciones tras un fallo de inaplicabilidad. Lo que se discutía en este caso era una cuestión bien distinta, vinculada a la revisión judicial del acto administrativo. Y sobre esta última cuestión, el fallo sugiere que la objeción *a posteriori*, sustentada en una declaración de inaplicabilidad, no afectaría la validez del acto toda vez que este se habría dictado cuando el precepto estaba vigente para el caso particular.

De la posibilidad de exigir una estándar de legalidad que no existía al momento de dictarse el acto, la Corte extrae una consecuencia supuestamente no querida por la Constitución, cual sería la incerteza y la falta de previsibilidad para las actuaciones administrativas. En verdad, como se verá a continuación, la revisión judicial-constitucional de la legalidad administrativa, supone efectivamente una alteración de las reglas de actuación de la Administración y la posibilidad de que estas cambien con ocasión de una declaración particular de inaplicabilidad (necesaria para una eventual declaración general posterior de inconstitucionalidad) es el precio que la Constitución ha querido pagar para preservar valores superiores a la seguridad y previsibilidad de que disfrutarían los órganos administrativos. Esta seguridad, dicho sea de paso, no podría considerarse equivalente al derecho a la seguridad de las personas –en este caso los funcionarios públicos– frente a la Administración.

c) *La irretroactividad de la sentencia de inaplicabilidad*

El tercer pilar de la decisión descansa en el supuesto carácter no retroactivo de la decisión de inaplicabilidad. Si el acto se dictó, como resulta obvio, bajo el imperio de una ley vigente, no resultaría posible reprochar retroactivamente su legalidad a partir de una decisión posterior de inaplicabilidad. Para la Corte, de la declaración de inaplicabilidad no puede colegirse la ilegalidad de la actuación administrativa, pues “para estimar que obró en disconformidad con la normativa existente a la fecha del pago cuestionado es necesario que tal proceder sea retroactivamente considerado contrario a la ley aplicable al caso concreto en el momento de efectuarse el descuento de los bonos en la liquidación de sueldo del actor” (considerando 4°).

Este razonamiento no es completamente nuevo. Por una parte encuentra precedentes en la práctica anterior a la reforma de la Ley N° 20.050. Además de los casos ya recordados que excluyeron la

inaplicabilidad en la acción de protección (*vid. supra* §2), hubo una línea jurisprudencial que sostuvo la improcedencia de esa acción para revisar situaciones jurídicas ya consolidadas o la legalidad de actos, especialmente administrativos, que ya habían aplicado el precepto impugnado. Por otra parte, y esto es lo más notable, después de la reforma de 2005 la Corte de Apelaciones de Santiago había desobedecido por lo menos dos fallos de inaplicabilidad relativos al Crédito Universitario²⁵ alegando que el acto administrativo de ejecución de la ley se había dictado con anterioridad al fallo de inaplicabilidad.

La razón que parece estar detrás de la irretroactividad del fallo es la intangibilidad del acto a partir de la sumisión de su autor a la legalidad vigente al momento de dictarlo. Esta afirmación, sostenida a partir de lo señalado en la letra b) precedente, es correcta en cuanto es efectivo que la supresión de una ley no afecta la validez de los actos ejecutados con anterioridad por la Administración. Esta ha sido, sin ir más lejos, la propia doctrina del Tribunal Constitucional para evaluar la regularidad constitucional de las indemnizaciones pagaderas a plazo y dispuestas por actos expropiatorios perfeccionados con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1980²⁶. Sin embargo, el efecto que la sentencia de inaplicabilidad genera para el caso en que ella incide es bien distinto de la derogación. En efecto, lo que persigue el fallo constitucional es retirar del ordenamiento jurídico, para el caso específico de que se trata, el precepto legal declarado inaplicable. Y si se trata de un precepto que atribuye una competencia determinada a un órgano administrativo, la consecuencia natural del efecto inhibitorio de la sentencia estimatoria de inaplicabilidad no será otra que resolver la incompetencia sobrevenida del órgano que ejecutó el precepto legal declarado inaplicable. Incluso más, el calificar de sobreviniente a la incompetencia del órgano es solo una forma propedéutica de reconocer el sentido a una decisión judicial que, por definición, es posterior al acto de ejecución. En rigor, siendo inaplicable el precepto legal al caso, debe entenderse que el órgano nunca tuvo

²⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de octubre de 2010, Rol N° 7767-2009, considerando 3°, con relación a la STC Rol N° 1438, 7 de septiembre de 2010; y Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de junio de 2011, Rol N° 7833-2009, considerando 6°, con relación a la STC Rol N° 1437, 7 de septiembre de 2010.

²⁶ STC Rol N° 552, 11 de marzo de 2008.

competencia para dictar el acto. En eso consiste la radicalidad de la peculiar fuerza de ley de una decisión judicial aparentemente modesta por lo particular de sus efectos: el precepto inaplicable es retirado del proceso judicial que permite calificar la legalidad del acto impugnado. Y como si ese precepto no hubiese existido jamás, es que debe juzgarse el conflicto que sirve de objeto para la gestión judicial.

En otras palabras, siendo la inaplicabilidad algo muy diverso de la derogación legislativa y de la declaración judicial de inconstitucionalidad, no es exacto afirmar que al momento de haberse dictado el acto este se haya ajustado a la legalidad vigente. Muy por el contrario, el fallo de inaplicabilidad obliga a los jueces a juzgar el acto como si nunca hubiese existido una ley habilitante que lo autorizara. Si aplicar la ley supone afirmar la competencia, no aplicar la misma ley conduce a la conclusión contraria. La única excepción a esta afirmación, que en *Gómez Montoya* ciertamente no se cumplía, se daría en el caso en que existiera otra norma atributiva de competencia que no hubiese sido afectada por la declaración de inaplicabilidad²⁷. El sentido de la inaplicabilidad es entonces más cercano al de la inexistencia de la ley que al de su derogación. Ciertamente se trata de una inexistencia particular –expresada en una suerte de dispensa judicial– y es por esa razón que tampoco cabe colegir de ella una amenaza para la previsibilidad y seguridad de la actividad administrativa, sea por parte de la propia Administración o por parte de los ciudadanos.

²⁷ Véase el caso paradigmático de la declaración de inaplicabilidad de los artículos 559 inciso 2° y 561 del Código Civil, sentencia de la Corte Suprema de 16 de septiembre de 1992, *Corporación Benefactora y Educacional Dignidad* (*Revista de Derecho y Jurisprudencia* 89.3.2.5a, pp. 270 y ss.) frente a la decisión final de la Corte de Apelaciones de Santiago en el recurso de protección que dio origen al fallo de inaplicabilidad: "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" (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.).

5. EPÍLOGO: DESPUÉS DE LA REFORMA DE 2005, ¿OBITER DICTA O INTENTOS CONTRARREFORMISTAS?

El fallo de segunda instancia en *Gómez Montoya*, unido a las afirmaciones anteriores de nuestro máximo tribunal relativas a la capacidad de los jueces para no aplicar las leyes inconstitucionales sin declaración de inaplicabilidad y las frases deslizadas por la Corte de Santiago en el caso del matrimonio homosexual, pueden ser interpretadas como los prolegómenos de una guerra entre cortes. Recordando las famosas hojas exhibidas en la Iglesia de Wittemberg, alguien podría pensar que los jueces están clavando sus tesis en las puertas del Tribunal de calle Santo Domingo. Y si a Lutero no lo inspiró otra cosa que el “amor a la verdad y el afán de sacarlas a la luz”, a los jueces no constitucionales podrían estarlos guiando una mezcla compleja de motivaciones institucionales difícil de discernir.

Hasta el momento no hay evidencia de que estas dificultades de entendimiento puedan devenir en un enfrentamiento que fracture el sistema de justicia constitucional chilena. Lo único cierto es que parece difícil mantener la polémica sobre las capacidades de los jueces constitucionales y no constitucionales al margen de los delicados equilibrios del poder. Y desde este último punto de vista las dificultades de entendimiento que evidencia casos como *Gómez Montoya* tienen dos aspectos positivos que merecen ser recordados. Por una parte, conflictos de esta naturaleza son los que permiten que el sistema y las instituciones puedan madurar, mientras que por otro lado es saludable para el equilibrio de poderes sobre la interpretación y adjudicación constitucionales que, de cuando en cuando, un poder le recuerde al otro que cuida con celo las atribuciones que le son propias y que ninguno de ellos tiene la última palabra sobre el significado de la Constitución. El beneficio de esta última competencia ya lo subrayaba Montesquieu, antes que se soñara con la existencia de tribunales capaces de juzgar al legislador, en el pasaje más famoso y citado del *Espíritu de las leyes*: que un poder vigile a otro es la mejor garantía de la libertad de las personas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- COVARRUBIAS, Ignacio (2011): "La obligatoriedad de las sentencias del TC en entredicho", , 26 de diciembre de 2011, disponible en <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2011/12/26/La-obligatoriedad-de-las-sentencias-del-TC-en-entredicho.aspx>> [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2011].
- GANDULFO, Eduardo (2011), "La fuerza normativa de la sentencia de inaplicabilidad entre cortes constitucionales y sobre los tribunales judiciales", *Gaceta Jurídica* 378. pp. 25-46.
- GONZÁLEZ ALONSO, B. (1980), "La fórmula 'obedézcase, pero no se cumpla' en el Derecho castellano de la baja Edad Media", *Revista de Historia del Derecho español*, tomo L. pp. 469-487.
- NÚÑEZ, Manuel (2012), "Los efectos de las sentencias en el proceso de inaplicabilidad en Chile: examen a un quinquenio de la reforma constitucional", *Estudios Constitucionales* 10/1 (2012), en prensa.
- SAENGER, Fernando y BRUNA, Guillermo (2006), *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Jurisprudencia 1980-2005* (Ed. Jurídica de Chile, Santiago).
- SZCZARANSKI, Clara (2011): "¿Desobediencia civil?", *Diario Constitucional*, disponible en <<http://diarioconstitucional.cl/mostrararticulo.php?id=116>> [fecha de consulta: 19 de enero de 2012]