

Alejandro Silva Bascuñán* - María Pía Silva Gallinato**

Marco de la declaración de inaplicabilidad

1.- La Constitución de 1980 mantuvo sustancialmente en su art. 80, aunque por cierto con variaciones que no dejan de ser relevantes, la facultad que a la Corte Suprema le otorgara ya el art. 86 de la Constitución de 1925, de declarar la inaplicabilidad, en casos específicos, de los preceptos legales en cuanto sean contrarios a la Ley Fundamental.

Veinte años de aplicación del texto plebiscitario, aunque sólidamente legitimado desde marzo de 1990, justifican reflexionar acerca de si conviene o no conservar sin alteraciones los términos en los que se fija el marco de la atribución del Tribunal Supremo.

Debemos puntualizar, desde luego, que, si los constituyentes de 1980 concordaron en confirmar la solución acogida en 1925, no fue sin previo, detenido y reiterado análisis desarrollado en las sesiones 285 a 288, 302, 332 y 409 de la Comisión Ortúzar y de cuya lectura surge la conveniencia de continuar examinando en su profundidad y alcance la fundamentación del precepto.

La conveniencia que sostenemos se afirma si tenemos presente que el debate en la Comisión Ortúzar, sin duda sustancioso y enriquecedor, precede a los acuerdos referidos después al estatuto del Tribunal Constitucional, y no pudo, lógicamente, considerar el debate la experiencia de veinte años de aplicación de la actual Carta.

Contribuye asimismo a nuestro propósito de examinar la cuestión mencionada haber dado recientemente cuenta, en trabajo por aparecer en la Revista de Derecho y Jurisprudencia con el título "Un constitucionalista olvidado", que se refiere al que hiciera Marcos Silva Bascuñán para recibirse de Bachiller en Leyes, grado que había de obtenerse entonces antes de la licenciatura en Derecho. Presentó él, en efecto, en 1921 una tesis sobre la inconstitucionalidad de las leyes, que fue ampliada una vez promulgada la Carta de 1925, en estudio que se publicara en la Revista Chilena. Uno y otro antecedente llevaron a su autor a tomar a su cargo la relación del problema

* *Profesor Titular de Derecho Político y Constitucional de la P. Universidad Católica de Chile.*

** *Académica de la Facultad de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile y de la Universidad de Chile.*

cuando se incluyera en el temario del 10º Congreso Nacional de Abogados, patrocinado por el Colegio en 1959, oportunidad en que Marcos defendió con vigor el sistema chileno y lo hizo recomendable como conclusión del evento.

Si sigue siendo la atribución de la Corte Suprema en estudio la única vía de índole represiva orientada a defenderse de los efectos de una preceptiva legal inconstitucional que viole las libertades y derechos de hombres y grupos, su desempeño se presenta, en efecto, en un contexto institucional profundamente diferente, no sólo por los cambios en la letra del precepto, sino justamente en razón del establecimiento del Tribunal Constitucional, órgano encargado del control preventivo de leyes orgánicas constitucionales e interpretativas de la Carta (art. 82 N° 1) y de resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados (art. 82 N° 2) y aun de la juridicidad de los decretos con fuerza de ley (art. 82 N° 3).

La inexistencia en la Constitución de 1925 del Tribunal Constitucional con atribuciones como las recién mencionadas, no basta para revelar en todo su alcance la diferencia de contexto en que regía la aplicación de su art. 86 con el que se enmarca su análogo art. 80 en la actual. La Carta de 1925 reflejaba la primacía del Parlamento, depositario en toda su profundidad de lo que cabe entender como poder gubernamental, que se reflejaba justamente, entre otras formas, por la omnipotencia del Congreso como delegado del pueblo soberano, y en relación al cual el Poder Judicial temía verse enfrentado, tanto o más deseoso de no pugnar con el Ejecutivo. Rememorar tal circunstancia explica en parte el poco enjundioso aporte que representó durante el imperio de aquella Carta el mandato a que nos referimos en este trabajo.

El actual art. 80 se halla condicionado, desde luego, de modo directo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en cuanto el inciso final del art. 83 dispone: “Resuelto por el Tribunal Constitucional que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia”.

Son, por otra parte, numerosos los motivos que contribuyen a concluir que la función colegisladora de las Cámaras y de sus miembros se ha restringido sustancialmente, al procurar el constituyente precisar con claridad la órbita de la función legislativa y al reducir en extremo, dentro de ésta, la iniciativa de los parlamentarios.

Si a lo dicho se añade que los órganos colegisladores actúan debiendo correr el riesgo de la intervención obligatoria o del eventual recurso al Tribunal Constitucional, se comprenderá que se hace difícil concebir graves y notorias violaciones de la Carta. Ello ha llevado a que diversos preceptos de los Reglamentos de las Cámaras van señalando la oportunidad y estableciendo los órganos en la que corresponde o a los que compete pronunciarse sobre las eventuales coincidencias o disconformidades con el Estatuto Básico.

2.- En esta ocasión quisiéramos reducirnos exclusivamente a tratar de considerar cuál es la naturaleza de la función que ha de ejercer la Corte Suprema cuando se le presenta la oportunidad de hacer uso de la facultad concedida en el art. 80 de la Ley Fundamental. Aquí queremos sólo repetir y reiterar un punto que habíamos tenido ocasión de enunciar en trabajo sobre el “Tribunal Constitucional” en la obra “La reforma constitucional de 1970” (Editorial Jurídica de Chile, 1970, págs. 199 a 274) y luego en el titulado “Efectos de la resolución de constitucionalidad” (Revista Chilena de Derecho, Vol. 15, Nos. 2-3, 1988, págs. 311 a 340).

Creemos ineludible, antes de abocarnos al fondo del punto sobre el que queremos opinar, recordar cuáles son las características sustanciales de la facultad otorgada a la Corte Suprema. Ellas pueden precisarse en los siguientes puntos:

a) Se trata de una atribución confiada exclusivamente a ella, es decir, que no pertenece a ningún otro órgano ni puede, en consecuencia, ser confiada por el legislador a otra autoridad.

Esta especialidad se explica atendiendo, en primer término, a que la facultad reviste gran trascendencia en el régimen jurídico, y parece lógico confiarla por ello al Tribunal de máxima jerarquía en el Poder Judicial.

Resulta, enseguida, también consecuente que, siendo cabalmente el principio de la jerarquía normativa uno de los valores determinantes de la configuración de un Estado de Derecho, al surgir dudas en la aplicación de postulado tan vital, la última palabra se otorgue al ente al cual se le ha atribuido, como una de sus mayores responsabilidades, afirmar y preservar ese valor en el máximo de su trascendencia. Obsérvese que la atribución se entrega en forma única, exclusiva y excluyente al Tribunal Supremo, y no tan sólo en el nivel superior de la jurisdicción, de modo que la Corte se aboca al problema que resuelve sin verse forzada o limitada por determinaciones de órganos inferiores o de distinta naturaleza.

Por otra parte, cabalmente en razón de la trascendencia de la decisión, llamada por su intrínseca naturaleza a importar apoyo o rechazo a determinaciones adoptadas por los poderes colegisladores, parece también natural que se le confíe como función propia y particular al tribunal superior del Poder Judicial.

b) Se impone representar que la facultad de la Corte en estudio es de carácter jurisdiccional. No la ejerce como órgano consultor o asesor ni para pronunciarse en abstracto ni en un caso concreto, ni antes de toda actuación ni simplemente opinando, ni respecto de los requerimientos que se formulen por otras autoridades o de los que le presenten los gobernados. Piénsese el diverso carácter que tiene esta atribución con la que se concede también a la Corte Suprema en el art. 74, en sus incisos 20 y sgtes., que la convierte en asesora de los poderes colegisladores en materia de organización judicial.

Podría, no obstante, estimarse que la Corte Suprema está legalmente autorizada para

tocar cuestiones de constitucionalidad de las leyes si las plantea en forma puramente abstracta y con inspiración doctrinaria cuando cumple la obligación que le impone el art. 5 del Código Civil, conforme al cual: “La Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas”.

c) Tiene que tratarse de un caso concreto, específico, ya ocurrido, llevado a los hechos, a la realidad. No se trata, pues, de requerir a la Corte una simple opinión sobre un caso dado o de pedirle su parecer sobre una hipótesis de futura o eventual ocurrencia.

d) La situación específica ha de estar presentada ya a la jurisdicción nacional, a través de una gestión que se esté desarrollando ante algún órgano de esta naturaleza en la que ésta haya de tomar una decisión, o haberse presentado para ser resuelta en un juicio, en una controversia. La procedencia del uso de la atribución, incluso en gestiones que no importen litigio, constituye una de las modificaciones más importantes del actual texto si se lo compara con el de 1925, según el que sólo cabía en un juicio o proceso, y justamente en relación a determinar qué se entendía por tal se produjo, sobre todo en un comienzo, bastante controversia, que fue causa de una jurisprudencia orientada a tal amplitud del concepto, que explica la solidez del cambio producido.

e) La facultad puede usarse en dos vías diferentes: o bien mediante una petición que se formule a la Corte Suprema o se le haga llegar, o por medio del ejercicio directo, por el máximo tribunal, con motivo de la decisión que deba adoptar en una gestión o proceso sometido a su fallo.

f) La atribución puede usarse aun de oficio, es decir, aunque no se haya pedido en un asunto de su conocimiento y decisión.

3.- En el objetivo que aquí perseguimos debemos tratar de precisar cuál es el ámbito, sentido o contenido sustancial de la facultad otorgada o, más bien, en torno a qué aspectos debe girar la dilucidación que debe practicar la Corte.

En este punto procede recordar que un precepto legal puede pugnar con la Constitución por dos causas muy diferentes, que se precisan en los términos de inconstitucionalidad “de fondo” e inconstitucionalidad “de forma”.

No cabe duda de que la atribución está pensada, proyectada y ha de ejercerse en cuanto a la pugna, incompatibilidad u oposición sustantiva de determinado texto normativo de rango o jerarquía legal con algún precepto o valor o principio concretado en la Carta Fundamental.

La incompatibilidad susceptible de examinarse puede incidir tanto en normas constitucionales que por su naturaleza revistan ora carácter dogmático o relacional, ora puramente orgánico, procedimental o adjetivo; en una u otra especie normativa se trata, sin duda, de una inconstitucionalidad de fondo.

Diverso es el problema de precisar si se comprende o no dentro de la facultad en análisis lo que procede calificar como “inconstitucionalidad de forma”, correspondiendo entender como tal el no haberse cursado en el hecho la gestación del precepto legal ajustándose a las reglas orgánicas, de competencia, formalidad o procedimiento que debieron cumplirse.

4.- Las explicaciones que preceden nos llevan a tener presente aquí que en relación con la jurisdicción de la Corte Suprema no puede entenderse que ella necesite recurrir a la norma excepcional del art. 80 para plantearse y decidir si en el hecho determinado precepto legal ha sido sometido en su gestación a todas las reglas que han de respetarse para que tenga plena validez.

Así, pues, el haberse observado, o no, en el hecho, las reglas procesales o adjetivas pertinentes, no plantea, en verdad, un problema de inconstitucionalidad propio de la reserva exclusiva de la Corte Suprema que quepa en el ámbito de esta atribución, sino que es materia entregada a la decisión de los órganos de la jurisdicción y en la órbita de su respectiva competencia, que puede irse presentando y resolviendo, en la instancia y en el momento oportuno, y que, por cierto, con mayor razón, más que nadie puede conocerlo y resolverlo la propia Corte Suprema, en el instante en que decide una cuestión de constitucionalidad, pero no en razón del art. 80, sino acudiendo a la amplitud de su jurisdicción.

5.- Las observaciones precedentes colocan nuestro tema en el aspecto crucial a que queremos dirigir este trabajo, que es reflexionar en torno al enfoque, punto de vista o criterio desde el cual el Tribunal Supremo debe dilucidar y decidir cuando se pronuncia en uso de la facultad que le otorga el art. 80.

No hay duda, por cierto, desde luego, que elemento esencial de la decisión consistirá en el enfrentamiento del contenido dispositivo sustancial de la norma legal con el de los preceptos de la Constitución misma, para estar en la posición de comparar este último concepto con el que ya se haya expresado en el precepto legal.

La complejidad está, entre tanto, en si basta o no ese punto de vista.

6.- En nuestra opinión, el aspecto que acabamos de puntualizar no agota, en efecto, la configuración del criterio que debe guiar a la Corte en el desempeño de la facultad, por cuanto la sustancia de la atribución no queda reducida a lo puramente abstracto, sino que ha de ser proyectada al caso. En otras palabras, partiendo de una formulación sólida del contenido sustantivo de lo prescrito en la Constitución, la Corte debe avanzar y, con tal base, analizar luego si la conformidad o disconformidad del precepto legal con la Carta, derivada de una simple confrontación teórica, permanece al proyectarla en la situación jurídica específica, práctica, concreta.

7.- ¿En qué se afirma nuestro parecer de que la tarea de la Corte no es simplemente debatir y definir una conclusión abstracta?

Ella proviene de la constatación de que, por seria y profunda que sea la gestación de un precepto legal, por firme y sólida que en el curso de ella el legislador haya procurado ponerse en el caso de todas las situaciones previsibles, en el hecho la complejidad de la conducta humana y la infinidad de las distintas expresiones de la actividad y propósitos de los integrantes de la sociedad política, hacen que sea absolutamente imposible o casi imposible para quien redacta la ley imaginar y tener en cuenta todas las proyecciones que lleguen a derivarse del texto legal y abarcar y comprender consecuentemente en su dispositivo todos los casos particulares en los cuales el precepto legal vaya a hacerse efectivo.

Es por eso que, llevado lo abstracto de la norma a lo concreto de su aplicación, ella puede ser constitucional o inconstitucional según las características de los problemas específicos que se presenten.

Esa diferencia entre lo puramente abstracto y lo concreto puede deberse a infinidad de motivos o circunstancias, como por ejemplo, el tiempo en que se han generado los hechos, el lugar en que ocurren, la calidad de las personas que intervienen, las finalidades que persigan los actores y, por sobre todo eso y sobre muchos otros factores, el estatuto jurídico de la materia específica en relación a la cual se produce el problema, es decir, su especialidad, considerada como un aspecto particular de un asunto general. En el hecho, en determinado asunto, pueden proyectarse simultáneamente dos ordenamientos jurídicos, que lo rigen desde las distintas materias de ley que pueden proyectarse sobre la unidad del asunto mismo. Así, por ejemplo, el día en que debe cumplir la ciudadanía su obligación electoral, a un oficial de las Fuerzas Armadas puede, simultáneamente, tener que aplicársele tanto la norma que le obliga a votar como la que le fuerza a cumplir su deber en el resguardo del orden público. Ello explica que en una misma situación pueden comprometerse dos o más materias legales.

Se comprende a menudo la presentación del recurso de inaplicabilidad cuando el legislador ha olvidado, al concebir y establecer una norma general, que ésta no puede pretender abarcar las situaciones en que la misma materia o un sector de quienes pudieren comprenderse en lo dispositivo del nuevo precepto, están ya sometidos a un ordenamiento diferente o integran una categoría especial, lo que ocurre con frecuencia dada la complejidad y vastedad ineludibles del ordenamiento jurídico.

Desconocer la densidad del problema jurídico y calificar la atribución de la Corte como de naturaleza estrictamente doctrinaria, de simple parangón entre la sustancia del precepto legal y de la constitucional, es no percibir la diversidad de tarea del legislador y la del juez.

Expresión de la realidad de que el asunto que examinamos tiene los rasgos definitorios que venimos sosteniendo lo pone de manifiesto constantemente el Tribunal Constitucional, cuando, por ejemplo, al examinar determinado proyecto de ley, precisamente

en razón de que su deber no es plantear y pronunciarse sobre cuestiones puramente doctrinarias sino representarse, hasta donde esté a su alcance, las características de los problemas específicos que podrán surgir al aplicarse los preceptos de la ley en gestación, no se limita con frecuencia a resolver si la norma propuesta se conforma o no a la Carta, sino que acompaña también su decisión con entendidos o supuestos para advertir que en tales o cuales hipótesis o eventualidades será o no será ella constitucional.

8.- Partiendo de los presupuestos ya anotados se entiende por qué no es del caso convertir en precedentes interpretativos justificantes de la derogación o modificación de un precepto legal, la mera existencia de determinado número de fallos que juzguen inaplicable por inconstitucionalidad la misma norma, sin perjuicio, por cierto, del valor doctrinario interpretativo que provenga o acompañe a las consideraciones que se formulen en las sentencias pertinentes de la Corte Suprema, en cuanto ellas sostengan una determinada posición en lo sustantivo.

No hay que confundir, en efecto, la jurisprudencia como causa interpretativa del derecho con los efectos de las sentencias, que sólo se aplican a los litigantes y que no derogan ni alteran la regla erga omnes.

De exigirse determinado número de sentencias concordantes para que, de acogerse en ellas la inconstitucionalidad de un precepto legal, se entienda derogado, la aplicación de una nueva regla constitucional de tal dispositivo no dejaría de hacer surgir nuevos problemas. No es fácil, en efecto, que tal número de fallos hayan resuelto situaciones del todo análogas en sus elementos esenciales determinantes, ni que en todos los casos en que se haya controvertido la constitucionalidad de determinado precepto legal, las decisiones sean del todo sustancialmente coincidentes. La nueva regla de ésta encaminada a sentar el presupuesto de derogación deducible de la uniformidad de jurisprudencia tendría que entrar a plantearse diversas posibilidades o discurrir un mecanismo u órgano que las confrontare.

9.- Creemos que la mejor clarificación del problema que hemos planteado se hace posible al comparar y poner de relieve los diversos enfoques con que el Tribunal Constitucional, por una parte, y la Corte Suprema, por otro, practican un análisis y llegan a una conclusión que en parte es semejante y en parte, al mismo tiempo, es profundamente distinta.

Con tal objeto transcribimos lo que decíamos en el ya mencionado trabajo sobre "Efectos de la resolución de constitucionalidad":

"Debemos hacer notar aquí... que, si la índole de la misión confiada a la Corte Suprema es análoga a la del Tribunal Constitucional en el resguardo de la supremacía constitucional frente a la actuación del legislador, el sentido y alcance de la tarea de uno y otro órgano revisten caracteres diferentes...".

"El Tribunal Constitucional, en efecto, al comparar la sustancia preceptiva de una ley

con la de la Carta, debe efectuar una tarea de tipo puramente abstracto, general y predeterminado, puesto que, siendo de diferente jerarquía el precepto legal y el constitucional, participan del rasgo común de ser reglas llamadas a regir en todas las situaciones particulares, concretas, específicas comprendidas en sus respectivos términos.”

“Mientras tanto, la Corte Suprema, en el ejercicio de su facultad de declarar la inaplicabilidad, no puede limitarse a una apreciación basada sólo en comparar el contenido dispositivo de las normas pertinentes de la Carta con el de los preceptos legales vinculados al caso.”

“Se impone, como requisito ineludible para pronunciar la declaración por la Corte Suprema, que ésta considere la situación de hecho en relación a la cual está analizando la posibilidad de ejercer su atribución.”

“Ahora bien, ¿cuál es la situación de hecho que debe tomar en cuenta cuando se pronuncia sobre un recurso de inaplicabilidad, dado que éste puede interponerse en cualquier estado del juicio o de la gestión en que recae el recurso?”

“La respuesta a la pregunta precedente tiene que reconocer la necesidad en que se ve la Corte Suprema de suponer como ciertos los hechos en los términos descritos en el recurso, sin otra ponderación que la de las circunstancias manifestadas, asimismo, por la parte o partes recurridas, contenidas en la contestación del texto del recurso que ha debido dársele a conocer de acuerdo con la tramitación establecida en el autoacordado de 1932.”

“Si no se trata de resolver un recurso sino del ejercicio por la Corte Suprema de su atribución de formular la declaración de inaplicabilidad en las materias en que ella está llamada a conocer, al ejercer la facultad deberá tomar en cuenta los antecedentes que hayan podido o debido acumularse según la respectiva naturaleza del asunto...”

“Precisada la situación de hecho, será indispensable dilucidar, luego, en torno a si ella está comprendida en el ámbito de aplicación del precepto legal, puesto que, si es ajeno el caso a lo dispositivo de la norma, no procederá acoger el recurso ni pronunciar declaración alguna.”

“Será, pues, en la doble premisa de la realidad fáctica y de estar ésta enmarcada en el precepto legal, que el Tribunal Supremo habrá de adentrarse a dilucidar acerca de si la aplicación de la ley al caso en examen representa una pugna con la superior normativa contenida en la Constitución” (Revista citada, pág. 324).

Al pronunciarse la Corte en un momento de la gestión en que el juez aún no resuelve el fondo, y por lo tanto no aplica la norma legal que podría ser inaplicable, simplemente su resolución constituye un pase, una especie de sentencia interlocutoria, para que el juez tome o no en cuenta el precepto legal cuando haya de decidir el caso concreto. El fallo por la Corte Suprema no resuelve el fondo del asunto y no puede constituir un precedente para la derogación de la norma legal.