

Raúl Tavolari Oliveros\*

# La cosa juzgada en el control de constitucionalidad

(y una lectura crítica a la ley 20.381 de reforma de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal)

## Resumen

*Analiza la institución de la cosa juzgada en el marco de las sentencias que debe pronunciar el Tribunal Constitucional respecto de conflictos de constitucionalidad, a la luz del derecho comparado y del derecho nacional, abarcando las cuestiones de constitucionalidad sobre autos acordados, proyectos de ley, de reforma constitucional, tratados internacionales, decretos con fuerza de ley, convocatorias a plebiscito y cuestiones de inaplicabilidad.*

## Palabras clave

*Cosa juzgada, control constitucional, derechos, seguridad jurídica, sentencia constitucional.*

Coincido con quienes opinan que la justicia constitucional debe ser considerada como una manifestación del Estado Constitucional, en cuanto supone la consagración del principio de suprallegalidad constitucional, la tutela de los derechos y libertades y la aceptación del principio de división del ejercicio del poder político, de lo que se infiere que el control de constitucionalidad es el mecanismo de defensa de la Constitución; por lo tanto, es el mecanismo de control del ejercicio del poder político, haciendo efectivos los límites a su ejercicio previstos por la Constitución; y finalmente, es el mecanismo de protección y defensa de los derechos humanos.

Adhiero, igualmente, a la consideración relevante que se confiere a la cosa juzgada, sea en cuanto preservadora de la coherencia del ordenamiento jurídico<sup>1</sup>, sea como regla para la existencia del discurso

\*Profesor de  
Derecho Procesal,  
Universidad de  
Chile.

<sup>1</sup> Cfr Jordi Nieva F "La Cosa Juzgada" Atelier. Barcelona 2006. pág 82.

jurídico, sea como elemento indispensable para la afirmación del poder estatal, sea como corolario del derecho de acción sea, en fin, como corolario de del principio de la seguridad jurídica<sup>2</sup>.

Me parece que el análisis de la “Cosa Juzgada en el control de constitucionalidad” no puede abordarse sin un previo y breve desbrozar de los contenidos del enunciado. Es que en él subyace, como elemento determinante, aunque no se le nombre, el de la sentencia constitucional<sup>3</sup>.

Es a ella –o a sus efectos– de seguirse la concepción de Liebman, a la que ha de quedar referida la cosa juzgada y, en consecuencia, un tema de método básico impone, en primer término, referirse a dicha sentencia.

Al efecto, me parece útil recordar más que una definición una suerte de verdadera descripción que efectuara un autor, consignando que

*“...la sentencia constitucional es un acto en el cual se reúnen circunstancias políticas, realidades jurídicas y evidentes necesidades de interpretación fundadas en la hermenéutica constitucional...”*

De estos términos, se desprende un conjunto de consecuencias que quisiera, simplemente, sintetizar, afirmando que no resulta posible, ni aun al influjo de quienes piensan que estas son materias de derecho procesal constitucional (Couture, Sagües, González Pérez) antes que de derecho constitucional procesal (Fix Zamudio, García Belaúnde), efectuar un trasvasije automático o mecánico de institutos procesales a la realidad que impone la justicia constitucional y su instrumento, el proceso constitucional.

Esta comprobación conduce a anticipar que la referencia “cosa juzgada” en el control constitucional no autoriza, necesariamente, a demandar la concurrencia de las condiciones, exigencias y requisitos que para la cosa juzgada se han determinado en el campo del proceso civil.

En el Derecho Comparado<sup>4</sup> y en la doctrina extranjera<sup>5</sup> y nacional se alude con gran frecuencia a la cosa juzgada: *“...En general la sentencia que pronuncia el Tribunal Constitucional en sede de inaplicabilidad produce efectos relativos acotados a*

<sup>2</sup> Cfr Luiz Guilherme Marinoni “Decisión de Inconstitucionalidad y Cosa Juzgada”. Comunitas. Lima 2008.; Cándido Rangel Dinamarco “Instituições De Direito Processual Civil” III Malheiros Edit São Paulo 2001. pág. 296.

<sup>3</sup> Sobre el tema de las sentencias constitucionales, extensamente, Juan Colombo C “Tribunal Constitucional: Integración. Competencia y Sentencia” en “Reforma Constitucional” (F. Zúñiga Coordinador) LexisNexis Stgo. 2005. págs. 576 a 592.

<sup>4</sup> La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional del Perú establece que “Las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad **tienen autoridad de cosa juzgada**, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación” (art 36 1 parr LOTC).

<sup>5</sup> Cfr: Luiz Guilherme Marinoni “Decisión de Inconstitucionalidad...” cit.

*la gestión judicial que la motivó y respecto de quienes tienen la calidad de partes en dicha gestión. En consecuencia produce cosa juzgada en la gestión que motivó la declaración del Tribunal Constitucional...*"<sup>6</sup>

Sin embargo, sorprende la falta de precisiones elementales, que establezcan si esta cosa juzgada es la que conocemos en el proceso civil; si son sus requisitos y modalidades los que se requiere acreditar; necesitamos convenir, además, en la naturaleza de las sentencias cuyos efectos quedan amparados por la cosa juzgada; cabe, en este terreno, distinguir cosa juzgada formal de la material; etc. Apunto, de este modo, entre otros aspectos, a la necesidad de poner en discusión, junto a varias realidades, la de la triple identidad<sup>7</sup>. Ante las decisiones del TC, ¿es menester que ella concorra? En el conflicto constitucional vinculado a actos de la Administración ¿existen partes, en el sentido de sujeto que hace valer o en contra de quien se hace valer la pretensión? ¿Las hay, cuando se pide la inconstitucionalidad de un auto acordado o se resuelven las cuestiones de constitucionalidad suscitadas durante el trámite de aprobación de un tratado internacional? ¿Es parte, el juez que propone la cuestión de inaplicabilidad al T.C.?

Bastaría contestar negativamente, en algunas de las hipótesis de conflictos constitucionales que el artículo 93 de la Carta confía a la decisión del TC, para comenzar a concebir algunas de estas hipótesis: ora la cosa juzgada de que venimos hablando, es una institución construida con elementos diferentes a la cosa juzgada clásica ora, lo que en rigor sucede, es que no existe tal cosa juzgada en materia constitucional, lo que no obsta a que el constituyente o el legislador, en su caso, otorguen a las decisiones del TC, características y peculiaridades tomadas de la regulación tradicional de la cosa juzgada.

### **Estatuto propio de la cosa juzgada constitucional**

A diferencia de lo que acontece en otras latitudes, la Corte Constitucional de Colombia,<sup>8</sup> efectivamente, ha efectuado interpretaciones y precisiones llamadas a perfeccionar un estatuto propio de la cosa juzgada distinguiendo entre las **sentencias de cosa juzgada relativa** y las **sentencias de constitucionalidad condicionada**.

*"...la limitación de la cosa juzgada –ha dicho ese Tribunal– tiene que ver con la posibilidad de que una disposición que ya fue analizada por la Corte,*

<sup>6</sup> Cfr Francisco Vega y Francisco Zúñiga "El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Teoría y Práctica." Estudios Constitucionales" U. de Talca Librotecnia año 4 N° 2 2006 Pág 155

<sup>7</sup> He venido llamando la atención acerca del fenómeno de cosa juzgada sin triple identidad en mis clases e informes.

<sup>8</sup> Corte Constitucional de Colombia. Demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo artículo 20 Ley 393 de 1997. Santa Fe de Bogotá, 4.5.2000. Sen 492/00.

*pueda o no ser estudiada en el futuro. Por ende, existe cosa juzgada relativa cuando la disposición es declarada ejecutable pero, por diversas razones, la Corte ha limitado su escrutinio a los cargos del actor, y autoriza entonces que la constitucionalidad de esa misma norma pueda ser nuevamente reexaminada en el futuro. En cambio, la constitucionalidad condicionada consiste en que la Corte delimita el contenido de la disposición acusada para, en desarrollo del principio de conservación del derecho, poder preservarla en el ordenamiento. Así, la sentencia condicionada puede señalar que solo son válidas algunas interpretaciones de la misma, estableciéndose de esta manera cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente. Pero si la Corte no limita el alcance de la cosa juzgada, entonces ese pronunciamiento material de constitucionalidad condicionada tiene efectos jurídicos definitivos y erga omnes”.*

Como se observa, el punto de la cosa juzgada lo circunscribe esta Corte, a la posibilidad de que la constitucionalidad de una norma legal, que ya fue analizada por la Corte, pueda o no, ser reestudiada en el futuro.

En una cuerda similar, el Código Procesal Constitucional del Perú, dispone en su artículo 82 “las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes, tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación” redacción que da pie a la precisión que, con rigor, se efectúa en la doctrina alemana entre vinculatoriedad y cosa juzgada, como indico más adelante.

Se puede advertir, en esta redacción, cómo también ella extiende los efectos de la cosa juzgada a ámbitos que no le son habituales, como son los órganos que no participaron en la controversia constitucional fallada, característica esta propia de los sistemas de control constitucional concentrados, en los que la generalidad potencia el interés y la res judicata adquiere efectos erga omnes<sup>9</sup>.

En Alemania, el inciso 1º del artículo 31 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Bvergg.) dispone que “Las sentencias del Tribunal Constitucional Federal vinculan a los órganos constitucionales de la Federación y de los Länder, así como a todos los órganos judiciales y a las autoridades administrativas” texto a partir del cual la doctrina es unánime en estimar que las sentencias del Tribunal Constitucional producen cosa juzgada<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Cfr: Osvaldo Gozaini. “La Justicia Constitucional” Depalma Bs Aires, 1994. pág. 350.

<sup>10</sup> Cfr Rubén Hernández V “La vinculatoriedad de las resoluciones de la sala constitucional” en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional (Nº 1.2004. Enero-Junio) Edit Porrúa México. Inst. de Derecho Procesal Constitucional pág. 46.

Con todo, enfatizándose la noción de los efectos vinculantes de las sentencias constitucionales como expresión procesal concreta de los principios de seguridad y paz jurídicas, se advierte de la necesidad de evitar el establecimiento de un sistema rígido de precedentes, que impida al tribunal ir adecuando la interpretación constitucional a los tiempos.

En esta línea, Maunz sostiene que “la cosa juzgada formal, la cosa juzgada material y los efectos de la vinculación, corresponden a las decisiones del Tribunal Constitucional uno al lado del otro; ningún efecto es idéntico a los otros y ninguno sustituye a los demás”<sup>11</sup>.

Se reitera, así, el apuro en fijar un estatuto unívoco y propio de la cosa juzgada constitucional, lo que constituye, en mi concepto, el gran tema, cuando se analiza la cosa juzgada en relación a las decisiones constitucionales<sup>12</sup>. Con todo, y de cara a desarrollar aspectos más prácticos, lo dejo de lado, aceptando hablar de cosa juzgada en forma genérica y de este modo, enfatizar sus denominados **efectos negativos y positivos**.

Como sabemos, los primeros son los que excluyen toda decisión jurisdiccional sobre la misma pretensión procesal entre las mismas partes y los segundos, los que imponen al juez futuro, el deber de ajustarse a lo que ya ha sido juzgado: o, como afirma Ortells, lo decidido ya no puede ser juzgado de modo diferente<sup>13</sup>.

Es sabido, además, que el juzgamiento, como la interpretación constitucional, no se rigen, exactamente, por los parámetros del enjuiciamiento ni la hermenéutica legal, de allí que no sorprendan algunas de las conclusiones a las que se arriba en el campo del proceso constitucional.

### **Cosa juzgada constitucional en Chile**

La Ley 20.381, publicada en el Diario Oficial de 28 de octubre de 2009 introdujo, como todos sabemos, importantes modificaciones orgánicas y funcionales a la Ley Orgánica Constitucional de Tribunal Constitucional (Ley 17.997) siendo, seguramente estas últimas, las de mayor relevancia. Como destaco en nota a pie de página, no obstante lo extenso de sus disposiciones, no hay norma o artículo alguno que aluda siquiera, a la expresión “cosa juzgada”.

<sup>11</sup> Idem pág. 47.

<sup>12</sup> Destaco, como argumento en apoyo a lo que expongo, la manifiesta omisión, en nuestra Constitución y en la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, incluso tras su extensa y esperada reforma introducida por la ley 20.381, de toda referencia a la locución “cosa juzgada”...

<sup>13</sup> Cfr Manuel Ortells Ramos y colaboradores “Derecho Procesal Civil” 3ª edic Cizur Menor (Navarra) 2002. pág. 603.

La dogmática procesal, sin dudas desde antes de Chiovenda<sup>14</sup>, pero, especialmente, a partir de este que, como es conocido, calificó a la cosa juzgada de la “suma preclusión”, viene estableciendo relaciones entre ambos institutos y, de este modo, no sin sentarse como base pacífica, que la preclusión es una institución intraprocesal, se han advertido sus efectos extraprocesales<sup>15</sup>. De este modo y tras describirla, siempre en la línea de Chiovenda, como la pérdida o extinción o consumación de una facultad procesal, se ha podido encontrar su aplicación fuera del proceso en opinión de Grande, cuando precluye una acción procesal art 400.1.1 LEC<sup>16</sup>.

De tal forma que, aun cuando para manejar la denominación del título, esto es, para no dejar de emplear la locución “cosa juzgada”, en lo sucesivo, a menos de referencia especial en contra, mi idea es que la denominación adecuada en Chile frente a la actividad del Tribunal Constitucional, es la de la preclusión extraprocesal o, meramente, preclusión.

Con esta introducción, cabe ahora, volver sobre el tema de la cosa juzgada en el control de constitucionalidad, para reconocer que semejante título abre al intérprete, de inmediato, dos opciones de análisis:

- 1) Desde luego, una casi inmediata, que apunta a determinar si lo resuelto en materia de control de constitucionalidad puede ser objeto de una nueva decisión o si, por el contrario, queda protegido por el manto de inmutabilidad que representa la cosa juzgada
- 2) Una segunda opción, apunta a determinar si la decisión que sobre constitucionalidad se haya emitido, tiene algún efecto sobre las sentencias dictadas por los Tribunales ordinarios y que están amparadas por cosa juzgada.

### **¿Puede volverse a plantear al TC la misma cuestión de constitucionalidad que ya resolvió?**

En función de la primera cuestión que se propone, cabe recordar que en el Derecho Comparado, admitiéndose, casi sin cuestionamientos, la existencia de una “cosa juzgada constitucional”, se enseña que el efecto de la Cosa Juzgada Constitucional consiste –como se anticipara– en que no podrá estudiarse, nuevamente, un asunto ya resuelto de fondo por el Tribunal o Corte Constitucional, en el ejercicio de su función de Control Constitucional y que sus decisiones tienen

<sup>14</sup> Véase el capítulo sobre “Historia de la Cosa Juzgada” en la monografía antes citada de Jordi Nieva.

<sup>15</sup> Cfr Pablo Grande Seara “La extensión subjetiva de la cosa juzgada en el proceso civil” Tirant monografías Valencia 2008. pag 66.

<sup>16</sup> Id cit ant.

fuerza vinculante frente a todas las autoridades, incluido, en general, el mismo Tribunal o Corte Constitucional.

Como la materia en discusión es el control de constitucionalidad, resulta imperioso recordar que tal control se ejerce, entre nosotros, sobre diversos actos y manifestaciones estatales, que la Constitución ha determinado, en 14 de los 16 numerales contenidos en el artículo 93. La amplitud del universo controlable impone sistematizaciones para acotar el tema de la cosa juzgada, preclusión según adelanté, entendiendo que de lo que se trata, en primer término, es de determinar casos en los que, formulado el pronunciamiento de constitucionalidad, no resultará posible volver a emitirlo. Lo afirmo, en estas condiciones, porque parto del incuestionado supuesto de que las decisiones del tribunal no son impugnables.

Bien, bajo estos parámetros, creo indispensable precisar: ha de repararse en el carácter estimatorio o desestimatorio de la resolución<sup>17</sup>. Es controvertible la situación que se produce con una decisión desestimatoria del Tribunal sobre la constitucionalidad de actos jurídicos que se someten al control constitucional. En efecto, rechazado el reproche deducido contra un Decreto Supremo o contra un auto acordado, no es difícil convenir en que la situación no podrá ya variarse en el futuro, lo que importa que la decisión adquirirá la inmutabilidad propia de la cosa juzgada.

En cambio, si la resolución es estimatoria, el D.S. quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo, lo que importa una suerte de instantánea ejecución por ministerio, ya no de la ley, sino de la propia Carta, de lo resuelto y si la materia de la controversia deja de existir, no tiene sentido ontológico pensar en reintentar una acción constitucional para obtener un nuevo pronunciamiento.

El auto acordado, el DFL o la norma legal declarados inconstitucionales en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, en cambio, se entenderán derogados desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, lo que importa que en estos casos –DS, AA, DFL o ley– el acto impugnado dejó de existir, salió del Ordenamiento, literalmente, feneció.

A su respecto, entonces, como se adelantó, el tema de cosa juzgada y, mejor aún, la posibilidad de reabrir discusión no resulta, en los hechos, posible, lo que no

<sup>17</sup> Es, también, la opinión de Humberto Nogueira quien antes de que se modificara la Ley Orgánica del Tribunal, escribía que "... (en esta Ley se) debiera distinguir entre las sentencias que se pronuncian por vicios de forma y de fondo, ya que una sentencia denegatoria o desestimatoria de inconstitucionalidad por vicios de forma, no podría impedir la interposición de nueva acción por vicios de fondo." *nutlimoinald* Cfr: "La Constitución Reformada de 2005" coord H Nogueira. Librotecnia Stgo 2005 "El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional 2005: De las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias" pág. 434.

deja de ser paradójico porque nos movemos en el campo de exclusivo Derecho: la situación recuerda la regla del art. 773 del Código de Procedimiento Civil, que a propósito de la casación, señala que su interposición no suspende el cumplimiento de la sentencia impugnada, a menos que esta ejecución haga imposible cumplir la que se dicte si el recurso se acoge.

Pues bien, analizando, ahora, la situación contraria y para demostrar la fragilidad de la postura que acude, sin más, al concepto de cosa juzgada, basta imaginar la situación que se produciría si el Parlamento redactara y aprobara un nuevo proyecto de ley, con instituciones o prescripciones idénticas al declarado inconstitucional: más allá de aspectos de sentido común, técnicamente, el Tribunal Constitucional podrá volver a declararlo inconstitucional, pero no podrá asilarse en el instituto de la cosa juzgada, evitando un nuevo pronunciamiento sobre el asunto porque, como se desprende el texto del inc. 2º del art. 94, conforme al cual, el único efecto de la sentencia estimatoria de la pretensión, consiste en que *“Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate...”*

La nueva normativa orgánica constitucional que comienza a regir, se hace cargo de estos tópicos y en el Capítulo II Título I de la ley existe un subtítulo denominado “Normas especiales de Procedimiento” que se compone de varios párrafos:

### ***I Control obligatorio de constitucionalidad***

El “Control Obligatorio de constitucionalidad” se refiere a las hipótesis contempladas en el N° 1 del artículo 93 de la Carta, a saber, proyectos de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de los tratados que contengan normas sobre materias propias de estas últimas. Para que este control se verifique, ella dispone que la Cámara de origen, enviará al Tribunal Constitucional el proyecto respectivo dentro de los cinco días siguientes a aquel en que quede totalmente tramitado por el Congreso, norma que se reproduce en la ley, especificándose que “el plazo de cinco días a que se refiere el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución, se contará desde que quede totalmente tramitado por el Congreso el proyecto o el tratado respectivo, lo que certificará el secretario de la Cámara de origen”<sup>18</sup>.

Una vez que el T.C. se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de las normas de un tratado o de un proyecto ley orgánica constitucional o de ley que interprete algún precepto de la Constitución Política –preceptúa, con criterio nota-

<sup>18</sup> Es obvio, empero, que el incumplimiento del plazo no acarrea consecuencias vinculadas con la constitucionalidad de la norma de que se trata. En otros términos, ni queda el TC inhibido de ejercer su competencia constitucional ni, por la circunstancia de no cumplirse con el envío oportuno, queda la norma marginada del control constitucional.

blemente restrictor, el artículo 37-, no se admitirá a tramitación en el Tribunal, ningún requerimiento para resolver cuestiones sobre constitucionalidad de dichos proyectos o de uno o más de sus preceptos.

Y luego se afirma que, **resuelto** por el T.C. **que un precepto legal es constitucional, no podrá declararse inaplicable por el mismo vicio materia del proceso y de la sentencia respectiva.**

Pero como aparece de manifiesto, se guarda silencio en relación a la situación contraria, esto es, ¿qué ocurre si el TC declara inconstitucional las normas de un proyecto? Concretamente, ¿queda el legislador inhibido de aprobar otro proyecto, en que se contengan idénticas disposiciones?<sup>19</sup>.

La respuesta que confiere la Ley, para el evento de declararse constitucional el precepto, alude a que los legitimados para instar por la inaplicabilidad se encontrarán con una respuesta desestimatoria si, en su momento, persistieran en el mismo reproche constitucional acogido por el TC y, en este evento ¿de qué se trataría?, ¿sería de cosa juzgada?, ¿sería de preclusión? ¿O, quizás, de ninguna de ambas?

Me parece que, en la especie está operando, sin denominación, una modalidad propia de la cosa juzgada constitucional. En efecto, no puede tratarse de una preclusión porque esta mira la situación de irrepetibilidad, desde la óptica del agente y, claramente, no es el caso.

¿Cosa juzgada? Es posible: la explicación debe consistir, me parece, que en los eventos en los que el control de constitucionalidad es forzoso, por mandato legal o constitucional y quedan determinados quienes deben efectuar el respectivo requerimiento, como acontece entre nosotros, con las leyes orgánicas constitucionales, parecería ocioso aplicar las categorías procesales tradicionales en busca de una triple identidad y el concepto de cosa juzgada en su efecto negativo, se agota en determinarse que “la constitucionalidad de una norma legal, que ya fue analizada por la Corte, no puede, ser reestudiada en el futuro”.

## ***II Cuestiones de constitucionalidad sobre autos acordados***

El segundo párrafo se denomina “**Cuestiones de constitucionalidad sobre autos acordados**” y acá la situación es la siguiente:

a) Desde luego, debe formularse un requerimiento, que ha de cumplir requisitos, por un agente que reúna determinadas condiciones y “la sala que corresponda exa-

<sup>19</sup> Diríamos, ¿opera el efecto “positivo” de la cosa juzgada?

minará si cumple con los requisitos señalados en el artículo anterior<sup>20</sup> y, en caso de no cumplirlos, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales...”(art 37 B): en otras palabras para conocer los requisitos, es preciso remitirse, en primer término, al artículo 37 A y luego al artículo 39<sup>21</sup>.

No obstante, señala la misma disposición, tratándose de defectos de forma o de la omisión de antecedentes que debían acompañarse, el Tribunal, en la misma resolución a que se refiere el inciso anterior, otorgará a los interesados un plazo de tres días para que subsanen aquellos o completen estos. Si así no lo hacen, el requerimiento **se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.**

Repárese, entonces, que se alude a requisitos de forma y como también a otros que de faltar, conducen a idéntico resultado, el requerimiento se tiene por **“no presentado para todos los efectos legales...”**

Esta situación final, ciertamente, no tiene vinculación alguna con la cosa juzgada ni con la preclusión, porque no habrá disquisición ni entelequia argumental alguna que pueda justificar que una solicitud que **“se tiene por no presentada”** y respecto de la cual no existe plazo alguno para hacerla valer, no se pueda reiterar...

Con todo, se contempla otra modalidad sancionadora:

Procederá declarar la inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, señala el art 37 C, en los siguientes casos:

*1° Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado;*

*2° Cuando se promueva respecto de un auto acordado o de una de sus disposiciones, que hayan sido declarados constitucionales en una sentencia previa dictada de conformidad a este Párrafo y se invoque el mismo vicio materia de dicha sentencia;*

<sup>20</sup> “Artículo 37 A.- En el caso del número 2° del artículo 93 de la Constitución Política de la República, son órganos legitimados el Presidente de la República, cualquiera de las Cámaras o diez de sus miembros en ejercicio; y personas señalada en él legitimadas las que sean parte en una gestión o juicio pendiente ante un tribunal ordinario o especial, o desde la primera actuación en un procedimiento penal, que sean afectadas por lo dispuesto en un auto acordado.

El requerimiento deberá formularse en la forma inciso primero del artículo 39 y a él se acompañará el respectivo auto acordado, con indicación concreta de la parte impugnada y de la impugnación. Si lo interpone una persona legitimada deberá, además, mencionar con precisión la manera en que lo dispuesto en el auto acordado afecta el ejercicio de sus derechos fundamentales.

La interposición del requerimiento no suspenderá la aplicación del auto acordado impugnado.

<sup>21</sup> Artículo 39. El requerimiento deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo. Se señalará en forma precisa la cuestión de constitucionalidad y, en su caso, el vicio o vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación de las normas que se estiman transgredidas.

Al requerimiento deberán acompañarse, en su caso, copias íntegras de las actas de sesiones de sala o comisión en las que se hubiere tratado el problema y de los instrumentos, escritos y demás antecedentes invocados.

En todo caso se acompañará el proyecto de ley, de reforma constitucional o tratado, con indicación precisa de la parte impugnada.

3° Cuando no exista gestión, juicio o proceso penal pendiente, en los casos en que sea promovida por una parte o persona constitucionalmente legitimada, y

4° Cuando no se indique la manera en que el auto acordado afecta el ejercicio de los derechos constitucionales del requirente, en los casos en que sea promovida por una parte o persona constitucionalmente legitimada.

***Declarada la inadmisibilidad por resolución fundada, esta será notificada a quien haya recurrido y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.***

Repárese en esta singular situación: la declaración de inadmisibilidad conduce a que el requerimiento se tenga por no presentado, lo que constituye un verdadero atentado lógico y conceptual. Es que nadie puede ignorar que para que exista juicio de admisibilidad, que puede concluir en uno o en otro sentido, es indispensable que exista una realidad sobre la que el juicio se emite. Con todo, como se dirá, la conclusión última de la ley, genera obvias consecuencias.

### ***III Cuestiones de Constitucionalidad sobre proyectos de ley, de reforma constitucional y tratados en tramitación legislativa***

Estos requerimientos pueden formularse tanto por el Presidente como por parlamentarios y, entiendo, que en relación a estos, se establece, en el art 38 bis, un plazo para deducirlo<sup>22</sup>, el que concluye con la promulgación del proyecto. Consecuentemente se declara que la promulgación se entenderá efectuada por el Presidente de la República cuando ingrese a la oficina de partes de la Contraloría General de la República el respectivo decreto promulgatorio y se acota que, como lo dispone la Carta “en ningún caso se podrán admitir a tramitación requerimientos formulados con posterioridad a ese instante”.

Con arreglo a lo prevenido en el art. 41, si el requerimiento no cumple con las exigencias establecidas en el artículo 39<sup>23</sup>, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales. No obstante, tratándose

<sup>22</sup> Por mandato constitucional (art.93) el Tribunal solo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación.

<sup>23</sup> Artículo 39.- El requerimiento deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo. Se señalará en forma precisa la cuestión de constitucionalidad y, en su caso, el vicio o vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación de las normas que se estiman transgredidas. Al requerimiento deberán acompañarse, en su caso, copias íntegras de las actas de sesiones de sala o comisión en las que se hubiere tratado el problema y de los instrumentos, escritos y demás antecedentes invocados. En todo caso se acompañará el proyecto de ley, de reforma constitucional o tratado, con indicación precisa de la parte impugnada

de defectos de forma o de la omisión de antecedentes que debían acompañarse, el Tribunal otorgará a los interesados un plazo de tres días para que subsanen aquellos o completen estos. Si así no lo hacen, el requerimiento se tendrá por no presentado para todos los efectos legales<sup>24</sup>.

Los requerimientos contra tratados, no se admitirán si se presentan después del quinto día siguiente a la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional.

Acogido, en cambio, a tramitación, dispone el art. 41 bis que dentro del plazo de cinco días, el Tribunal se pronunciará sobre la admisibilidad del mismo y lo declarará inadmisibile en las siguientes hipótesis:

1° Cuando el requerimiento no es formulado por un órgano legitimado.

2° Cuando la cuestión se promueva con posterioridad a las oportunidades indicadas en el artículo 38 bis.

Declarada la inadmisibilidad, el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.

#### ***IV Cuestiones de Constitucionalidad sobre decretos con fuerza de ley***

Si el requerimiento proviene del Presidente de la República, el plazo a que se refiere el inciso séptimo del artículo 93 de la Constitución, se contará desde que se reciba en el Ministerio de origen, el oficio de representación del contralor general de la República.

Para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en el artículo 39 y a él deberá acompañarse el decreto con fuerza de ley impugnado o su respectiva publicación en el Diario Oficial. En caso de ser promovido por el Presidente de la República, deberá adjuntarse el oficio en que conste la representación del contralor general de la República (art. 46 A).

Si el requerimiento no cumple con las exigencias establecidas en el artículo 39, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales. (46 A inc. 3°).

No obstante, tratándose de defectos de forma o de la omisión de antecedentes que debían acompañarse, el Tribunal otorgará a los interesados un plazo de tres días para que subsanen aquellos o completen estos. Si así no lo hacen, el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.

<sup>24</sup> Insólitamente, esta misma oración aparece dos veces en el texto legal... lo que, en mi concepto, representa un nivel de desprolijidad legislativa. francamente, pocas veces visto.

Acogido a tramitación (artículo 46 B), el Tribunal se pronunciará sobre su admisibilidad y la denegará esto es, lo declarará inadmisibile:

1° Cuando el requerimiento no es formulado por un órgano legitimado.

2° Cuando la cuestión sea promovida extemporáneamente.

3° Cuando la cuestión promovida por una de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio se funde en alegaciones de legalidad.

La sentencia que acoja una cuestión respecto de todo o parte de un decreto con fuerza de ley del cual la Contraloría General haya tomado razón, será publicada en la forma y plazo que señala el artículo 31 bis. A partir de la fecha de publicación, la norma respectiva se entenderá derogada, sin efecto retroactivo.

### ***V Cuestiones de Constitucionalidad sobre convocatorias a plebiscito***

Estas cuestiones deberán promoverse dentro del plazo de diez días, contado desde la publicación del decreto que fije el día de la consulta plebiscitaria.

Para ser acogido a tramitación, según el artículo 47 bis, el requerimiento deberá deducirse dentro de plazo y cumplir con las exigencias señaladas en el inciso primero del artículo 39, y habrá que concluir que no lo será, si se presentó extemporáneamente o no cumplió con lo dispuesto en esta norma

Con todo, se declarará inadmisibile la cuestión, si no es formulada por un órgano legitimado, si es promovida extemporáneamente o se refiere a materias de la competencia del Tribunal Calificador de Elecciones (art. 47 bis inc. 3°).

### ***VI Cuestiones de Inaplicabilidad***

El requerimiento correspondiente podrá interponerse respecto de cualquier gestión judicial en tramitación, y en cualquier oportunidad procesal en que se advierta que la aplicación de un precepto legal, que pueda ser decisivo en la resolución del asunto, resulta contraria a la Constitución (art. 47 C).

Para ser acogido a tramitación, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 47 A y 47 B<sup>25</sup>. En caso contrario, no será

<sup>25</sup> Artículo 47 A.- En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado, el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión.

Si la cuestión es promovida por una parte ejerciendo la acción de inaplicabilidad, se deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, en que conste la existencia de esta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.

No obstante, tratándose de defectos de forma o de la omisión de antecedentes que debían acompañarse, el Tribunal, en la misma resolución a que se refiere el inciso anterior, otorgará a los interesados un plazo de tres días para que subsanen aquellos o completen estos. Si así no lo hacen, el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.

Acogido a tramitación podrá ser declarado inadmisibles (artículo 47 F) en los siguientes casos:

- 1° Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado;
- 2° Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;
- 3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada;
- 4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;
- 5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, y
- 6° Cuando carezca de fundamento plausible.

Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, esta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales.

Vuelvo sobre el tema ya enunciado. Esta solución legal me parece absurda e inflexible: si el requerimiento fue declarado inadmisibles.

Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso.

Artículo 47 B.- El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas.

¿qué sentido tiene que la ley le tenga por no presentado para todos los efectos legales? Todavía más, ¿no representa una suerte de contradicción en los términos que, como consecuencia de que una resolución declare inadmisibile un requerimiento, la ley proclame que la consecuencia será que el mismo se tenga por no presentado?

De otro punto de vista, el tema de la preclusión por el ejercicio o consumación del derecho queda desvirtuada con la singular solución legal: el derecho no ejercido podrá reintentarse; la solicitud presentada, ejerciéndolo, y declarada inadmisibile, agota tal derecho. En síntesis, el rigor de la sanción –inadmisibilidada– se atempera hasta desaparecer con el efecto legal consecuente. ¿Será este un efecto querido y buscado por la ley?

La resolución que declare la admisibilidada o inadmisibilidada del requerimiento no será susceptible de recurso alguno.

### **Los efectos negativos de la cosa juzgada constitucional**

Propongo bajo este rótulo contestar a la interrogante en torno a si un requerimiento no acogido por el Tribunal puede renovarse y la respuesta dependerá del motivo por el cual no se le acogió:

Del análisis de los temas sobre los que el T.C. emite decisión, queda en claro que aparecen a lo menos, y conforme a la confusa terminología del legislador, tres motivos para no dictar sentencia dando lugar a lo que se pide:

- a) La circunstancia de que un requerimiento no sea acogido a tramitación;
- b) La circunstancia de que un requerimiento sea declarado inadmisibile y
- c) La circunstancia de que, sustanciado el requerimiento, sea rechazado, por estimar el T.C. que no existió vulneración constitucional.

#### ***I Requerimientos no acogidos a tramitación (y que se tienen por no presentados para todos los efectos legales)***

La ley regula esta posibilidad respecto de las cuestiones de constitucionalidad sobre proyectos de ley, de reforma constitucional y tratados en tramitación legislativa (art. 41) y sobre decretos con fuerza de ley (art 46A inc. 3º)<sup>26</sup>.

Se afirma que no se acoge a tramitación el requerimiento, si no cumple con los requisitos del art 39, y se le tendrá por no presentado, pero se agrega que, si se

<sup>26</sup> Si bien existe regla parecida en materia de inaplicabilidad (art. 47 D), esta la trataré separadamente.

trata de defectos de forma o de la omisión de antecedentes que debían acompañarse, el Tribunal dará un plazo al interesado para que subsane el vicio o salve la omisión y solo si en el lapso no se cumple, se tendrá por no presentado el requerimiento.

De este modo queda de manifiesto que existen dos posibilidades para que el TC tenga por no presentada la impugnación y, obviamente, la primera no la constituyen los “defectos de forma” o la falta de antecedentes, porque, a su respecto, se señalan modos de subsanación. El problema radica en que el artículo 39, **Solo se consagran** requisitos formales o, por decirlo de manera diferente, **todos** los requisitos que allí se enumeran, son formales... En efecto, señala esta disposición:

- i) El requerimiento deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que le sirven de apoyo.
- ii) Señalará en forma precisa la cuestión de constitucionalidad y, en su caso, el vicio o vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación de las normas que se estiman transgredidas.
- iii) Deberán acompañarse, en su caso, copias íntegras de las actas de sesiones de sala o comisión en las que se hubiere tratado el problema y de los instrumentos, escritos y demás antecedentes invocados.
- iv) En todo caso se acompañará el proyecto de ley, de reforma constitucional o tratado, con indicación precisa de la parte impugnada.

Para exponerlo claramente: no obstante que, en estos casos, se dispone que existen DOS circunstancias que conducen a la inadmisibilidad:

- i) omisión de los requisitos del art. 39 y
- ii) falta de cumplimiento, dentro de plazo, de la subsanación de defectos o acompañamiento de antecedentes,

**en atención a que las exigencias del art 39 son, todas ellas, referencias a aspectos formales o antecedentes que deben adjuntarse, la conclusión es que, en estas hipótesis, Solo hay una causal de inadmisibilidad y no, las dos que se desprenden del texto legal.** La falta de rigor y prolijidad del legislador alcanza ribetes extremos...

Superada esta verdadera maraña de redacción, lo que subsiste es que el requerimiento, al final, se tendrá por no presentado para todos los efectos legales.

## ***II El requerimiento declarado inadmisibile***

En todos los casos en que el requerimiento, por ser declarado inadmisibile, se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales, no pueda caber duda alguna

de que se podrá renovar, a condición de que no hubiere vencido el plazo que la Ley o la Constitución establecieron.

Adelanto una conclusión: en la cuerda de lo establecido en la Ley del Tribunal Constitucional español<sup>27</sup>, puede sentarse, como principio, el que la desestimación por razones de forma no impedirá la renovación.

Con todo, cabe advertir que los conceptos de inadmisibilidad de nuestra Carta importan tanto juicios formales como de fondo o sustantivos, lo que torna compleja la tarea de resolver acerca de la renovación.

### ***III Si el requerimiento es rechazado por no existir la infracción constitucional***

Este caso no debería ofrecer complejidades: sentada la constitucionalidad del precepto, el punto debería quedar definitivamente dilucidado.

### ***IV El requerimiento acogido***

La suerte posterior del acto declarado inconstitucional depende de su naturaleza. De este modo, las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate.

En cambio, el decreto supremo impugnado, quedará sin efecto, de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo.

A su turno, los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones, los Decretos con Fuerza de Ley y las normas legales inaplicables, respecto de las cuales la mayoría de los cuatro quintos de los integrantes en ejercicio del TC, declaren inconstitucionales, se entenderán derogados desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo.

Si el Tribunal resuelve que uno o más preceptos de un tratado son inconstitucionales, habrá que atenerse a la extensión de la decisión: la inconstitucionalidad total impedirá que el Presidente de la República ratifique y promulgue el tratado. La inconstitucionalidad parcial facultará al Presidente de la República para decidir si el tratado se ratifica y promulga sin las normas objetadas, en caso de ser ello procedente conforme a las normas del propio tratado y a las normas generales del derecho internacional (art. 35 ley 17.997).

<sup>27</sup> Art.29. 2 LOTC.

## La situación particular del requerimiento de inaplicabilidad

### *a) El requerimiento no acogido a tramitación*

Dispone la Ley (art. 47 D<sup>28</sup>) que no se acogerá a tramitación el requerimiento, si no cumple con las exigencias de los artículos 47A y 47 B<sup>29</sup>, normas que contienen meras exigencias formales, por lo que se trata del caso en que el Tribunal ha de fijar un plazo de tres días para que subsanen y, solo si así no aconteciera, no se le acoge a tramitación (¿no acoger a tramitación, será lo mismo que declarar inadmisibile...?) y se le **tiene por no presentado, para todos los efectos legales**, lo que importa que, como **la fórmula legal significa que nunca existió en el mundo del derecho, se podrá renovar al día siguiente, sin impedimento alguno**<sup>30</sup>.

### *b) El requerimiento declarado inadmisibile*

Posiblemente, el cambio de mayor relevancia introducido por la Ley en el ámbito de las tramitaciones, dice relación con las causales de inadmisibilidat de los requerimientos de inaplicabilidad.

Hasta antes de la reforma, los motivos de inadmisibilidat reconocidos por la jurisprudencia del T.C. eran:

- a) Inexistencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial;
- b) Que la aplicación del precepto legal impugnado no resultara ni pudiere resultar decisivo en la resolución de un asunto;
- c) Que la impugnación no estuviere fundada razonablemente;

Hoy, (art 47 F) se han agregado:

- 1° Que el requerimiento no sea formulado por una persona u órgano legitimado;

<sup>28</sup> Artículo 47 D.- **Para ser acogido a tramitación**, el requerimiento deberá cumplir con las exigencias señaladas en los artículos 47 A y 47 B. En caso contrario, por resolución fundada que se dictará en el plazo de tres días, contado desde que se dé cuenta del mismo, **no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales**.

<sup>29</sup> Artículo 47 B.- El requerimiento de inaplicabilidad, sea promovido por el juez que conoce de la gestión pendiente o por una de las partes, deberá contener una exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y de cómo ellos producen como resultado la infracción constitucional. Deberá indicar, asimismo, el o los vicios de inconstitucionalidad que se aducen, con indicación precisa de las normas constitucionales que se estiman transgredidas.

<sup>30</sup> A riesgo –consciente– de la reiteración excesiva, no puedo dejar de llamar la atención en torno a la fecundidad conceptual de nuestro legislador que, de modo indiscriminado, nos regala, como sanciones autónomas, paralelas y consecuenciales, i) **la declaración de inadmisibilidat**, ii) **la decisión de no acoger a tramitación** y iii) el efecto de tener un requerimiento por **no presentado para todos los efectos legales**.

2° Que la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva;

3° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal;

### **Las hipótesis de inadmisibilidad**

#### ***1° Que el requerimiento no sea formulado por una persona u órgano legitimado***

Esta exigencia no parece ofrecer complejidades, especialmente, cuando se trata de impugnaciones constitucionales con agentes previamente calificados como idóneos (el Presidente de la República, una de las ramas del Parlamento, un determinado número de parlamentarios, etc.).

Podrá tornarse más ardua, cuando tal calificación previa no existe, porque impondrá la necesidad, por ejemplo, de analizar la situación de los terceros en el juicio, del sustituto procesal, etc. Con todo, el tema escapa a la órbita del legislador, porque es la propia Constitución Política la que ha determinado a las personas calificadas para formular los requerimientos y, preciso, es reconocerlo, en ocasiones, imponiendo limitaciones absurdas, como es, por ejemplo, la que impide a los particulares afectados, impugnar la constitucionalidad de un Decreto Supremo.

#### ***2° Que la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva***

Esta hipótesis —a la cual la Ley no le asigna denominaciones— corresponde al efecto negativo de la cosa juzgada, esto es, la prohibición de volverse a juzgar lo que ya fue materia de decisión jurisdiccional.

Se advierten los elementos determinantes para producir este resultado: un mismo precepto legal y un mismo vicio imputado —o analizado— como eventual contradictor del texto constitucional.

El control “preventivo” de constitucionalidad es el que tiene lugar, obligatoriamente, antes de que el proyecto o las normas respectivas entren en vigencia y puede ejercerse, sea por mandato constitucional, en atención a la naturaleza de la disposición o del proyecto (los casos previstos en el numeral 1 del artículo constitucional 93 que se refieren al control de constitucionalidad de las leyes que

interpreten algún precepto de la leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas) o puede, además, verificarse, si durante la tramitación de un proyecto de ley se promueve una cuestión de constitucionalidad (art 93 n°3).

Posiblemente, lo más interesante que impone la disposición, es la determinación de los denominados límites objetivos de la cosa juzgada, vale decir, la determinación de la parte de los fallos que provoca este efecto negativo: ¿se trata solamente de lo decisorio o comprende también aquello que el tribunal consignó en sus motivaciones para fundar su resolución?

Puesto que el texto de la ley 17.997 exige se compruebe que el vicio que se imputa en el requerimiento, haya sido materia de decisión al ejercerse el control preventivo, me parece incuestionable que para resolver la controversia, resultará indispensable analizar las motivaciones del TC al ejercer su control preventivo, establecido, por lo demás que, usualmente, la decisión final de constitucionalidad se limita a sostener que el precepto legal consultado transgredió, o no, la normativa constitucional, sin detallar los aspectos que se tomaron en cuenta para efectuar el control.

Con todo, resulta necesario reparar en que este precepto, en la práctica, recoge la idea de un control abstracto de constitucionalidad, carácter que, incuestionable e inevitablemente, tiene el llamado “control preventivo”<sup>31</sup>.

Lo anterior obliga a guardarse de confundir el examen que impone este texto de la Ley Orgánica Constitucional, con la jurisprudencia del mismo TC que, rei-

<sup>31</sup> En voto de minoría del fallo del rol 1288 de 25 de agosto de 2009, por el que el TC se pronunció sobre la constitucionalidad de las disposiciones de la ley que modificó su LOC, fundando su opinión de que el precepto que comento es inconstitucional, **pero sin aludir, específicamente al reparo que señalo**, los ministros señores Bertelsen y Vodanovic sostuvieron “...3. Que, como este Tribunal ha dicho en reiteradas sentencias (vid. roles N° 478, 546, 473, 517, 535, 588, 589, 608 y 623, entre otros), reflexionando sobre la naturaleza de la actual acción de inaplicabilidad y sus diferencias con la similar prevista en la Carta Fundamental con anterioridad a la reforma del año 2005, destaca especialmente “la constatación de que de la simple comparación del texto de la norma actual con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental, que entregaba esta facultad a la Corte Suprema, se desprende que mientras antes se trataba de una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es *la aplicación* del precepto legal impugnado a un caso concreto, lo que *relativiza el examen abstracto de constitucionalidad*, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior”. Además, “lo dicho deja de manifiesto que las características y circunstancias del caso concreto de que se trate, han adquirido en la actualidad una relevancia mayor de la que debía atribuírseles antes de 2005 pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional” (Rol N° 608, considerando undécimo);

4. Que, por tanto y conforme a la naturaleza de la actual acción de inaplicabilidad, puede perfectamente ocurrir que una norma en abstracto sea constitucional, pero en concreto –en *su aplicación* a una gestión pendiente que se siga ante un tribunal– sea inconstitucional, y esta Magistratura debe hacerse cargo de ello;

terando el sentido del control concreto de constitucionalidad, ha sostenido que “...*si bien, en ocasiones, ha declarado la conformidad de esta regla [se refiere a la que establece una modalidad de solve et repete] con la Carta Fundamental, como ocurrió en los roles N° 92, sobre Instituciones de Salud Provisional, y N° 287, ... en otros ha decidido lo contrario, como recientemente lo hiciera en el Rol N° 536, sobre Ley de Subcontratación ...*”<sup>32</sup>.

El TC compartiendo esta idea, no hizo análisis especial del precepto, en la sentencia por la que resolvió preventivamente, la constitucionalidad de la Ley 20.381 y la materia apenas se toca, tangencialmente, en alguna disidencia.

Es efectivo que la referencia al “mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva” induce a pensar que se trata de idéntico reproche formulado en uno y otro requerimiento, con lo que se **descarta, en principio, la idea de que el control preventivo sea el obligatorio, toda vez que en este, no se imputa a la norma vicio alguno**<sup>33</sup>, pero, sin perjuicio del comentario asentado en la nota a pie de página, me parece incontrovertible que si el reproche constitucional que se formula en el requerimiento de inaplicabilidad, es idéntico al que motivó, durante el tránsito legislativo, la cuestión de constitucionalidad, el sentido de esta norma es que debe declararse inadmisibles el requerimiento, con lo que **pasamos de un control concreto de constitucionalidad, a uno abstracto...**

### ***3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada***<sup>34</sup>

La Constitución autoriza la declaración de inaplicabilidad si la norma de la que se trata se aplica o se puede aplicar “en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial”: hoy, en cambio, se precisa que la gestión debe ser una “judicial pendiente”, lo que resulta casi innecesario cuando se recuerda, en primer término que, el adjetivo “judicial” significa “perteneciente o relativo al juicio, a la administración de justicia o a la judicatura” y, en segundo lugar, que el artículo constitucional 93 n° 6 se refiere a “cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial” con lo que el atributo de la gestión estaba ya precisado.

<sup>32</sup> Idem nota 32.

<sup>33</sup> Aquí aparece la relevancia de lo que, en el ámbito de la cosa juzgada tradicional, se denominan los “límites objetivos”, porque podría suceder que, con motivo de este control preventivo obligatorio, el propio TC hubiere declarado constitucional la norma no sin antes haber reflexionado acerca de algunos de sus términos, modalidades o circunstancias que cabía discutir su constitucionalidad. En estos casos, ¿podría proponerse la inaplicabilidad del precepto afirmándose que su aplicación en la gestión concreta podría ser inconstitucional o se le declararía inadmisible, por mandato de la disposición que comento?

<sup>34</sup> La ley no alude a que la gestión debe estar pendiente “ante un tribunal ordinario o especial” como exige el artículo 93 constitucional pero esta circunstancia –la condición de requisito constitucional del tribunal ante el cual se desarrolla la actividad– excusa la falta de referencia de la Ley orgánica.

Sostener, en cambio, que se requiere de una gestión judicial, “**pendiente en tramitación**” representa incurrir en una tautología inaceptable a este nivel, porque no parece posible concebir la existencia de gestiones judiciales pendientes que no se encuentren en tramitación.

La pendencia como la tramitación, concluyen con la sentencia ejecutoriada, juicio que no merece comentarios.

### **¿Y si la gestión concluye después de iniciada la tramitación del requerimiento?**

Con todo, es preciso resolver, a propósito de la gestión pendiente la vinculación entre juicio de admisibilidad y juicio estimatorio. Si es claro que la pendencia debe darse al momento de la interposición del requerimiento, es dable preguntarse por la suerte de este si, en tanto se sustancia el requerimiento, se dicta sentencia ejecutoriada<sup>35</sup>. Es que, es hora de dilucidar si se ajusta a derecho la sentencia del TC que –como ya ha ocurrido– niega lugar al requerimiento por la circunstancia de dictarse sentencia ejecutoriada mientras la cuestión ante el TC se tramita.

Si bien es cierto que el tema fundamental es que se deje de aplicar un precepto legal que vulnera la Carta –propósito que no se alcanzaría si al pronunciarse el TC, la cuestión que origina el requerimiento ya está fallada– no lo es menos, que la Constitución exige comprobar la existencia de la gestión pendiente, a los **efectos de pronunciarse sobre la admisibilidad del reclamo constitucional**, lo que aporta un elemento temporal manifiesto: la gestión ha de estar en movimiento al darse comienzo a la tramitación constitucional por mucho que, como adelanté, la finalidad de la actividad sea evitar que la gestión se resuelva aplicándose un precepto legal inconstitucional.

Como en relación a una situación diferente, alguna vez apuntara Ballesteros, sería un “verdadero sarcasmo”<sup>36</sup>, que, por ejemplo, por la demora en la tramitación ante el T.C. la gestión judicial quedare afinada antes de que este emitiera su decisión, lo que conduciría al rechazo, porque semejante criterio importaría que parte decisiva de la suerte del reclamo constitucional se juzgaría en la resolución

<sup>35</sup> Dubitativamente, el TC parece privilegiar la pendencia de la gestión al iniciarse la tramitación ante él “...Que, de esta forma, **al momento de ingresar la petición de inaplicabilidad** por parte del referido Juez de Garantía, existía una gestión pendiente, en términos tales que la disposición podía aún ser aplicada en la causa...”; Cr. Rol 1065 de 18 diciembre de 2008

<sup>36</sup> En nota a su Proyecto de Código de Procedimiento Penal y explicando las razones por las que no incluía la posibilidad –tristemente acogida más tarde– de que se pudiere reformar empeorando las sentencias. el insigne Manuel Egidio Ballesteros escribió. “si solo el reo encuentra agravante la sentencia de primera instancia y si solo él solicita su revisión, es un verdadero sarcasmo que el uso de este recurso con el que la ley ha querido favorecerlo pueda tornarse para él en un perjuicio...” Cfr Orígenes del art. 563 en “Los Códigos Chilenos anotados. Código de Procedimiento Penal”, Santiago Lazo Poblete Cruzat Hnos. 1916.

en torno a suspender o no el procedimiento... o que ella quedaría supeditada a la carga de trabajo o a la celeridad del T.C.<sup>37</sup>.

De lege ferenda, entonces, soy partidario de introducir una modificación que conduzca a que, por ministerio de la ley, la tramitación de la gestión se suspenda, una vez que la causa llegue al estado de sentencia.

Esta causal –falta de gestión pendiente– admite una lectura muy simple: no hay gestión pendiente porque su tramitación concluyó. Mas hay otra algo más compleja: no hay gestión pendiente porque no ha comenzado aún. Si en este supuesto, alguien dedujera un requerimiento, con la idea de que en la gestión futura no se aplique, verá que el T.C. declarará inadmisibles sus pretensiones, pero nada impedirá que, nacida a la vida del derecho la pueda reiterar. Es un clarísimo ejemplo de inadmisibilidad por falta de gestión que no obsta a la reiteración o si se quiere –para usar el lenguaje tradicional– que no produce cosa juzgada.

Del mismo modo, si la gestión fue promovida en sede administrativa, la declaración de inadmisibilidad resultará preceptiva. Así, por lo demás, lo ha fallado el T.C. sosteniendo "... resulta evidente que el requerimiento deducido en autos no cumple con la exigencia según la cual este debe incidir en una gestión pendiente ante un "tribunal ordinario o especial", atendido que, en el caso concreto invocado, la Tesorería General de la República no actúa en calidad de tribunal. Que, en consecuencia, al no verificarse el requisito aludido precedentemente, el requerimiento debe ser declarado inadmisibile..."<sup>38</sup>

La declaración anterior, obviamente no impide que llevada la cuestión a sede jurisdiccional, motive un nuevo requerimiento al T.C. por los mismos motivos y en función de las mismas normas denunciadas, lo que da lugar a una reiteración de una pretensión de inaplicabilidad antes declarada inadmisibile: no hay cosa juzgada.

<sup>37</sup> Esta absurda e inaceptable situación parece darse en la causa rol 500-2006, y que comenta acertada y críticamente Eduardo Aldunate. Cfr su "Jurisprudencia Constitucional. Estudio Selectivo". LegalPublishing 2009 pág. 30.

En el rol 1494/2009, fallado el 3 de noviembre de 2009, aparece que tratándose de un recurso de protección, se impetró una inaplicabilidad (y se pidió suspensión del procedimiento) el **17 de septiembre**, día en que también se ordenó dar cuenta de la admisibilidad. La Sala, recién el **29 de ese mes**, ordenó que previamente se acompañaran unas copias, resolución que volvió a emitir, cuando el **16 de octubre**, el recurrente reiteró su pedido de suspensión. El **27 de ese mes**, teniendo los trámites por cumplidos, el TC ordenó se certificara el estado actual de la gestión en la que incidía la inaplicabilidad, certificándose que ella había sido fallada por la C. Suprema **el día anterior**. En razón de lo cual se rechazó el requerimiento por no haber gestión pendiente...

¿Será, realmente, este, el sentido de la exigencia de gestión pendiente o, en cambio será el que dicha gestión no debe estar afinada cuando se impetra el requerimiento? Es que, en una interpretación y aplicación de buena fe, participativa y desprejuiciada, me parece que el interesado cumple, llegando al TC mientras pendía la gestión, toda vez que –como resulta, parcialmente, del caso que transcribo– no siempre le es imputable la demora en que se conceda la orden de suspensión.

<sup>38</sup> Rol 1392. 1.7.2009.

Si la cuestión se ventila ante un árbitro arbitrador, habría argumentos para afirmar que no admite requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, tanto porque a la indubitada condición, de no aparecer el “árbitro arbitrador” mencionado en la dída “tribunal ordinario o especial”<sup>39</sup>, se une la circunstancia de saber, anticipadamente, que no parece probable la existencia de interpretación de preceptos legales cuya aplicación pueda contraria la Constitución, atendido el hecho de resolver el arbitrador con arreglo a su prudencia y a la equidad.

El tema, empero, no parece preocupar al T.C.: así, conociendo en los autos rol N° 1218 –fallados el 7 de julio de 2009– la solicitud de doña María Ximena Osorio Sagredo, quien por sí, e invocando su condición de pensionada, recurrió a esa Magistratura, solicitando se declarara inaplicable, en la causa Rol de Ingreso N° 10.913-2008, de la que conocía, como **árbitro arbitrador**, el intendente de Fondos y Seguros de Salud, la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 –introducido por la Ley N° 20.015– lisa y llanamente acogió el pedido. Es de notar que, a lo menos de la lectura de la sentencia resulta que la cuestión en torno a la naturaleza del tribunal ante el cual estaba pendiente la gestión, no se planteó en la causa.

¿Y si la controversia se ha planteado ante un árbitro de Derecho?

Mi opinión es que una interpretación constitucional cautelante de los derechos individuales y de las garantías de las personas –la mayor de las cuales no puede sino ser el que se la juzgue con arreglo al marco normativo constitucional– debería conducir a estimar que no puede leerse la norma como excluyente de los árbitros de Derecho ni, menos aún en arbitrajes forzosos, esta singularidad nacional.

¿Qué razón, fuera de la exégesis tradicional nacional, podría esgrimirse para afirmar, por ejemplo, que una norma legal que dispusiera que los derechos de los comuneros en el caudal común disminuirán en proporción al envejecimiento del titular del derecho –y que se invoca en un juicio de partición tramitándose ante un árbitro de derecho– no podría ser impugnado de inconstitucional, para obtener se le declarara inaplicable?

Aflora, acá, el apasionante tema de la hermenéutica constitucional, al que más adelante me refiero, brevemente.

<sup>39</sup> La clasificación de tribunales ordinarios, especiales y arbitrales, que emana del artículo 5° del C. Orgánico de Tribunales, no admite dudas y deja sin respaldo legal, las antiguas opiniones que incluían a los árbitros entre los tribunales especiales, como se leía, en la primera edición de la conocida obra de P. Aylwin.

#### ***4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal***

Desde luego, habrá que anotar que la censura debe dirigirse en contra de un precepto legal, en razón de lo cual si se tratare, por ejemplo de una resolución judicial, es procedente declararla inadmisibile, como lo ha hecho el TC, sosteniendo que “de lo expuesto por la requirente, es claro que lo impugnado es una “resolución” o “criterio” del Pleno de la Corte Suprema, según lo señala el propio requirente, y no un precepto legal, como lo exige el artículo 93, inciso primero, N° 6, e inciso undécimo de la Constitución, como presupuesto necesario para deducir la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante este Tribunal Constitucional y, como lo ha señalado, reiteradamente, esta Magistratura, la acción de inaplicabilidad **no resulta procedente como mecanismo para impugnar resoluciones judiciales**”<sup>40</sup>.

Resuelta en la forma indicada, la materia no podrá rediscutirse: hay cosa juzgada.

Corresponde, igualmente sancionar con la inadmisibilidad, si aludiéndose a una disposición legal, lo que en verdad acontece es que se reclama contra la interpretación que de la misma se efectúe. Así ha proclamado el TC: “... el reproche que formula el actor se dirige en contra de la actuación del juez, mas no respecto de un precepto legal que pueda resultar derecho aplicable en la gestión judicial pendiente de que se trata. Es decir, lo que se plantea por **el requirente constituye una cuestión de interpretación de la ley**, que constituye un asunto ajeno al marco de atribuciones de este órgano de jurisdicción constitucional en sede de inaplicabilidad<sup>41</sup>.

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

Esta causal, aun cuando demanda, en mi concepto, arriesgadamente, un juicio adelantado sobre una cuestión de fondo<sup>42</sup>, dará margen a reiteración, lo que se

<sup>40</sup> Rol 1349 02.04.2009. Coincidiendo, en principio, con el criterio, advierto de los peligros que él entraña: no hay aplicación sin interpretación o, a la inversa, toda aplicación de norma, es interpretación práctica de la misma (Kelsen, Cossio, etc.) es que, ¿cómo puedo estimar que la aplicación de una norma (control concreto y no abstracto) vulnerará la Constitución, sin proponer, anticipadamente, una opción de aplicación, lo que representa interpretarla en un sentido y no en otro? Tengo la impresión que el criterio que descarta la interpretación de la norma en el control de constitucionalidad, es propio de un sistema de control abstracto, que constituye una suerte de verdadero ajuste mecánico entre el texto constitucional y el legal, para advertir si hay o no contradicción o coincidencia entre ambos.

El T.C. me parece, deberá proceder con enorme precaución en este terreno, porque el riesgo de deslizarse hacia una actitud de rechazo automático de los requerimientos, a pretexto de plantearse en ellos, meros temas de interpretación de ley, es altísimo.

<sup>41</sup> Rol 1350 7.4.2009.

<sup>42</sup> En sentencia de 29 de enero de 2010, dictada en el rol 1445, el Tribunal Constitucional ha descartado el

explica por motivaciones muy diferentes entre sí. Lo más simple, se traduce en cuestiones formales, como resulta del reciente fallo del TC que, pronunciándose sobre un requerimiento deducido en representación de un imputado penal que, a la sazón estaba en el extranjero, y haciendo notar la imposibilidad de que se juzgue, entre nosotros, a alguien, en su rebeldía, resolvió, que *mientras el requirente no comparezca en el juicio, el precepto legal cuestionado no podrá aplicarse decisivamente en la resolución del asunto que se invoca en el libelo bajo examen, por lo que, en la especie, no se da cumplimiento a uno de los presupuestos que la Carta Fundamental prevé para declarar la admisibilidad de un requerimiento de inaplicabilidad*<sup>43</sup>;

Operará en la especie, el brocardo “rebus sic stantibus” que en Chile Pereira Anabalón y Francisco Hoyos<sup>44</sup> emplearan para dar a luz a la noción de la cosa juzgada sustancial provisional, lo que significa que variando las circunstancias de hecho –presencia del imputado en el territorio nacional– la cuestión podrá volver a promover. No hay cosa juzgada.

peligro de que su sentencia constituya un juicio adelantado sobre el fondo y, además, ha consignado que la omisión en que incurra el recurrente en el sentido de dejar de impugnar constitucionalmente otros preceptos contrarios a la Carta, no obsta a que el requerimiento se acoja.

Ha declarado que él “...no se encuentra convocado a establecer con absoluta certeza si los preceptos impugnados serán considerados por el juez del fondo para decidir el caso concreto, sino que **basta que tenga la convicción de que puedan ser derecho aplicable;**”

Ha agregado el T.C: *“La necesidad de velar por el pleno respeto del principio de supremacía constitucional que persigue la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal determinado en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, obliga a esta Magistratura a examinar si el precepto legal que se encuentra vigente y que se ha impugnado a través de la acción deducida, podría resultar contrario a la Carta Fundamental en su aplicación al caso concreto examinado. Para realizar el referido juicio de constitucionalidad basta que el juez que conoce de la gestión pendiente tenga la posibilidad de aplicar dicho precepto en la decisión que ha de adoptar y que, al hacerlo, pueda vulnerarse la Constitución, independientemente de que existan otros preceptos legales que también pueda considerar, los que deben estar, asimismo, indiscutiblemente subordinados a la Ley Fundamental. Por lo expresado, reiteradamente esta Magistratura ha insistido en que, en concordancia con lo dispuesto en el N° 6° del inciso primero, e inciso undécimo, del artículo 93 de la Constitución, para fundar una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es suficiente que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto, correspondiendo al Tribunal únicamente verificar la posibilidad de que el precepto legal sea aplicado a un caso, para quedar obligada a pronunciarse sobre la acción deducida, y que la acción de inaplicabilidad es un medio de accionar en contra de la aplicación de normas legales determinadas contenidas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable”* (roles 501, 505, 790).

**Contradictoriamente, pocos días más tarde**, el propio TC ha resuelto –en sentencia de 10 de marzo de 2010, dictada en el rol 1590– que la falta de referencia a todos los preceptos legales que, en el caso concreto, podrían atentar contra el texto constitucional importa incumplir la exigencia de razonable fundamentación. Sostuvo el TC: “Que, como ya se indicó, el requerimiento se dirige a solicitar la inaplicabilidad del numeral 2° de la citada disposición, el cual se ubica dentro de su inciso segundo. Mas, si se analiza la argumentación que se contiene en el libelo, **la impugnación constitucional abarca también a los incisos tercero y cuarto del precepto legal;**

Que dicha inadvertencia afecta la fundamentación acerca del conflicto de constitucionalidad que el actor ha decidido someter al conocimiento de esta Magistratura y, por consiguiente, hace evidente que su impugnación carece del requisito de admisibilidad ya referido...”

<sup>43</sup> Rol 1482-09 21 de octubre de 2009.

<sup>44</sup> Cfr: Francisco Hoyos “Temas Fundamentales de Derecho Procesal” Edit Jurídica de Chile Santiago 1987 pág. 204. Hugo Pereira A “La Cosa Juzgada en el Proceso Civil” Edit ConoSur Ltda. Santiago 1997 págs. 108 y sgts.

No obstante, el gran tema es el de redacción actual del texto constitucional en comento: la regulación de la inaplicabilidad antes de que fuera confiada al TC, se contenía en el artículo 80 de la Carta que establecía:

*“La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares, todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento”.*

Hoy, en cambio, el numeral 6° del artículo constitucional 93, proclama que es atribución del TC *“...resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución...”*

Coinciden la doctrina<sup>45</sup> y la jurisprudencia del Tribunal, en la relevancia del cambio constitucional que acentúa lo que se ha dado en llamar el control “concreto” sobre el “abstracto”. En otras palabras, en tanto la Corte Suprema se limitaba a contrastar –diríamos, mecánicamente– el texto legal impugnado, con la norma constitucional, para acoger la acción, si advertía que aquel no se ajustaba a las prescripciones de esta, el TC, en cambio, debe velar por determinar si “la aplicación” de la norma legal puede resultar atentatoria al la Ley Fundamental<sup>46</sup>.

Una y otra vez, vuelve el TC<sup>47</sup> sobre el punto, declarando que

*“...al ejercer la atribución a que se refiere el N° 6° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución “la decisión de esta Magistratura no está constreñida a la simple constatación abstracta de si existe o no en el texto del precepto impugnado una infracción constitucional, es 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 emergerá de las particularidades de su aplicación al caso concreto sublite.” (Rol 810).*

O bien, aclarará todavía más, resolviendo que “[ la circunstancia de que] se declare inaplicable determinado precepto legal, **ello no significa que siempre este sea per se inconstitucional**, sino que, únicamente, en el caso concreto dentro del

<sup>45</sup> Cfr Entre muchos otros A Silva Bascañán, Humberto Nogueira, José Eduardo Aldunate, Gastón Gómez B, Francisco Zúñiga, L. Ríos, etc.

<sup>46</sup> Véase, al efecto, la esclarecedora prevención del ministro Mario Fernández en el rol 408.

<sup>47</sup> Rol 1436

cual se formula el requerimiento, dicha norma legal impugnada no podrá aplicarse por resultar, si así se hiciere, contrario a la Constitución<sup>48</sup>.

Por todo lo cual, el propio TC se ocupa de aclarar que de una declaración de inaplicabilidad “no es posible extraer conclusiones jurisprudenciales o doctrinas de carácter general, acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de determinados preceptos legales. Por lo tanto ello no impediría que un precepto legal declarado inaplicable en sucesivos casos concretos, pueda permanecer dentro del ordenamiento jurídico y otros sean tan ostensiblemente institucionales per se que justifiquen su inmediata expulsión del orden jurídico nacional”<sup>49 50</sup>.

Aunque no sea el tema, no resulta posible dejar de anotar que la reforma constitucional extendió el manto de cobertura de la inaplicabilidad: si bien es efectivo que siempre se exigirá incidencia en la decisión de la gestión pendiente, creo que, en ocasiones, no será preciso que el T.C. aventure en intensas especulaciones futuras, acerca de la forma en que la aplicación podría redundar en afectación de derechos constitucionales, como acontecerá si el texto legal denunciado, de suyo, infringiera la normativa constitucional: en estos casos, en mi opinión, el sentido común, deja en evidencia que, objetivamente, concurre el riesgo de una aplicación legal inconstitucional, situación que dispensa al T.C. de entrar a establecer, profundamente, las peculiaridades del caso mismo, materia de la gestión judicial.

En fin, a los efectos de lo que se analiza, este criterio tan sólidamente asentado en el texto constitucional, en el pensamiento doctrinal y, lo que es determinante, también en el criterio jurisprudencial, conlleva desde los inicios, la posibilidad de que las pretensiones de inaplicabilidad de un texto legal se **reiteren una y otra vez** –lo que descarta el efecto de cosa juzgada– a condición de que se las haga valer en relación a casos diferentes, como el TC reconoce cuando refiriéndose al tema de constitucionalidad de la regla “solve et repete”, reconoció que “...*si bien, en ocasiones, ha declarado la conformidad de esta regla con la Carta Fundamental, como ocurrió en los roles N° 92, sobre Instituciones de Salud Provisional, y N° 287, ...en otros ha decidido lo contrario, como recientemente lo hiciera en el Rol N° 536, sobre Ley de Subcontratación ...*”<sup>51</sup>

<sup>48</sup> Rol 546

<sup>49</sup> Rol 546

<sup>50</sup> Comentando la norma constitucional que autorizaba a la Corte Suprema a declarar inaplicable un precepto legal, con efectos exclusivamente, para el caso de que se trataba, el destacado ex presidente y ex juez del T.C. –recientemente retirado– Juan Colombo sostenía que “**esta alternativa... violenta flagrantemente el principio de la igualdad ante la ley, porque... las leyes son constitucionales o inconstitucionales para todos por igual, lo que se traduce en que no puede haber un sujeto beneficiado con una declaración de inconstitucionalidad en circunstancias que la norma tiene plena validez para todo el resto de los habitantes...**”cfr “Tribunal...”cit. pág. 591.

<sup>51</sup> Idem nota 32.

El punto es relevante: el Tribunal no ha podido sino reconocer que temas sobre los que ha emitido decisión se reiteran, o sea, que la materia fallada, se le ha vuelto a proponer, pero lo grave consiste en que, sobre el mismo punto, su criterio ha variado. Así, por ejemplo en relación a la constitucionalidad del artículo 230 del Código Procesal Penal, las resoluciones dictadas en el rol 815 (19 de agosto de 2008) y 1337 (de 20 de agosto de 2009) sostuvo que su aplicación contraría la Carta Política y en el rol 1244 (2 de junio de 2009) lo declaró constitucional.

Es, a todas luces, la consecuencia manifiesta de un sistema de control concreto de constitucionalidad.

### *6° Cuando carezca de fundamento plausible*

El TC revisando la norma que estableció este requisito dejó constancia que aceptaba que ella "...es constitucional en el entendido que la expresión "fundamento plausible" que en él se contiene corresponde a la exigencia contemplada en el artículo 93, inciso undécimo, de la Constitución Política, de que la acción interpuesta esté "fundada razonablemente"<sup>52</sup>.

La exigencia de fundamentación de las pretensiones que se hacen valer ante los tribunales, constituye un requisito cada vez más común en el Derecho nacional, especialmente desarrollado en el ámbito de las impugnaciones. La cara opuesta de este deber la ofrece la consecuencia de su inejecución. ¿Qué ocurre cuando falta la fundamentación? Pues, en general, en nuestro Derecho se apunta a la declaración de inadmisibilidad (arts. 201 y 782 del C. de P. Civil, art 383 C. Procesal Penal).

El Tribunal Constitucional ha resuelto<sup>53</sup>, recientemente, que esta fundamentación constituye una "condición que implica –como exigencia básica– la aptitud del o de los preceptos legales objetados para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución, lo que debe ser **expuesto circunstanciadamente**. La explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada". (Sentencias roles N<sup>os</sup> 482, 483, 484, 485, 490, 491, 492 y 494, entre otras).

Con todo, creo conveniente detenerse en el contenido mismo del deber que impone la Carta: se trata de fundar "razonablemente" la impugnación constitucional, esto es, el reproche no solo debe fundarse sino, esta actividad debe verificarse en forma aceptablemente adecuada, aun cuando, **excluyendo la exhaustividad**, aspecto que se proyecta en dos dimensiones: hacia la cantidad y hacia la calidad.

La interpretación del TC, me parece equivocada, tanto en la perspectiva de la cantidad como en la de la calidad de tales argumentos: su conclusión, en el

<sup>52</sup> Rol 1288 (25.8.2009)

<sup>53</sup> Rol 1624 (24.3.2010)

sentido de que los argumentos o motivos deben ser expuestos “circunstanciadamente”, vale decir, a estarse al significado del adverbio empleado, “*con toda menudencia, sin omitir ninguna circunstancia o particularidad...*”<sup>54</sup> estimo que el requerimiento debe incluir un número suficiente de fundamentos, **lo que quiere decir que no necesita comprender todos los argumentos posibles**<sup>55</sup>.

En la faceta de la calidad, es preciso convenir en que el adverbio “razonablemente” denota una idea que alude a un modo de actuar que se corresponde con un patrón medio de bondad en la argumentación. No es la argumentación insuperable, es la argumentación que una persona de buen criterio y formación intelectual media, es capaz de desarrollar.

De lo expuesto resulta, entonces, que el TC –autorizado para declarar inadmisibles los requerimientos que no estén razonablemente fundados– habrá de emplear criterios diferentes de examen, para contestar a la pregunta en torno a si se cumple o no con la fundamentación exigida.

Procediendo severamente, el TC ha declarado inadmisibles un requerimiento por cuestiones estrictamente formales que, revisadas, en ocasiones parece una sanción desmedida desde que la corrección de errores de esta naturaleza debe ser una opción siempre vigente. Ha resuelto, empero el TC que “...el hecho de que la parte expositiva del requerimiento no coincida con su petitorio, en cuanto a las normas legales que se pide a este Tribunal inaplicar en la gestión judicial pendiente que se invoca, tampoco permite calificar como razonablemente fundada la acción deducida en este caso...”<sup>56</sup>; En un caso como el que señalo, no cabe dudas que el requerimiento podrá proponerse otra vez, esto es, que la sentencia que lo declaró inadmisibles, no provoca el efecto negativo de cosa juzgada.

Desde la perspectiva de la amplitud o, a la inversa, de la precisión del reproche constitucional, el TC ha declarado inadmisibles una pretensión porque “la impugnación contenida en el presente requerimiento tiene un **carácter genérico o abstracto**, ajeno a la naturaleza de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, según lo ha manifestado reiteradamente este Tribunal (entre otras, en sentencias roles N.ºs. 495, de 30 de mayo de 2006, 523, de 19 de junio de 2007, y 1036, de 7 de febrero de 2008)”<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Según lo define el Diccionario de la RAE.

<sup>55</sup> Insistiendo en la idea de la exhaustividad que, según adelanté, es incompatible con la que expresa el adverbio “razonablemente”, y que hace recordar aquellos tiempos en los que la C. Suprema denegaba las casaciones en el fondo, porque no se habían citado todas y cada una de las disposiciones infringidas, el TC ha resuelto “... Que, sin embargo, en el cuerpo del requerimiento no se contiene una exposición clara, precisa y **completa** de cómo las disposiciones legales que se impugnan violan los preceptos mencionados en el considerando anterior.” Rol 1538 (25 de noviembre de 2009)

<sup>56</sup> Rol 1409. 30.6.2009

<sup>57</sup> idem

Semejante situación, por el contrario, en la que, en la práctica, lo que acontece es que se ha emitido una decisión sobre la cuestión misma en debate, autoriza a sostener que la reiteración de la impugnación no podrá volverse a promover.

Sustantivamente analizando los requerimientos, el TC ha estimado que “No se encuentra fundada razonablemente [la pretensión de inaplicabilidad] ya que no contiene una **exposición precisa del efecto contrario a las invocadas garantías que** la Constitución asegura en el artículo 19, numerales segundo y tercero, incisos cuarto y quinto, que, eventualmente, provocaría la aplicación de la norma legal que se impugna...”<sup>58</sup>

La misma idea la ha expresado de modo diferente resolviendo que

“...el requerimiento no puede considerarse como razonablemente fundado, ya que no entrega argumentaciones sobre los efectos inconstitucionales que, eventualmente, provocaría la aplicación de la norma legal que se impugna en la gestión judicial que se ha invocado...”<sup>59</sup>

Repárese como en estas resoluciones, el TC reprocha meras omisiones argumentativas o expositivas de la solicitud que, por su mismo carácter autorizan a que, subsanadas las omisiones, el requerimiento se reproduzca. No hay cosa juzgada.

No obstante, lo que parece pacífico, se torna complejo e inductivo a cierto grado de incertidumbre cuando, en lugar de declarar inadmisibile el requerimiento por razones como las anotadas, el TC declara, en sentencia final, que “...**debe rechazar la petición del requirente en cuanto a declarar la inaplicabilidad** de los preceptos contenidos en los artículos 229, 230, inciso primero, y 237, inciso antepenúltimo, del Código Procesal Penal, por vulnerar los artículos 1°, 5°, 6° y 7° de la Constitución, por no haber sido fundamentadas, específicamente, tales transgresiones, tanto en el requerimiento como en las alegaciones vertidas en estrados...”<sup>60</sup>

Me parece que la circunstancia de que un mismo defecto, en ocasiones, lleve al TC a declarar inadmisibile el requerimiento y, en otras, a rechazarlo, no altera los efectos de la desestimación, porque lo que ha cambiado, tan solo es la oportunidad de la decisión: en ambos casos, el interesado queda en situación de reiterarlo.

De la exposición precedente resulta que el tema de la renovación por la misma parte, en relación a la misma gestión del requerimiento declarado inadmisibile –materia sobre la cual no existe norma en el Ordenamiento hoy vigente– en consecuencia, quedará sujeto no solo a la causal de inadmisibilidat invocada, sino principalmente, a las razones esgrimidas por el Tribunal. Para decirlo en

<sup>58</sup> Rol 1436. 7. X. 2009

<sup>59</sup> Rol 1480 15.9.2009

<sup>60</sup> Rol 1244 2.6.2009.

términos simples, si la falta de razonable fundamentación se hace consistir, por ejemplo, en que no se han explicado las consecuencias inconstitucionales de la aplicación de la norma legal, no se divisa obstáculo para que corregido el requerimiento, se renueve; ni qué decir cuando la inadmisibilidad radica en un factor temporal o en un evento que lo condiciona. Vencido el plazo o cumplida o fallida la condición, se abre el camino para repetir el requerimiento.

En resumen a la interrogante en torno a si un requerimiento de inaplicabilidad puede, o no, reiterarse, la primera respuesta debe ser afirmativa: es que, conceptualmente, la imposibilidad de volver a requerir la intervención jurisdiccional en un asunto, se explica porque la materia ya fue resuelta: los exámenes formales, que no incursionan al interior de la cuestión de que se trata, no tienen la fuerza suficiente para evitar la renovación, lo que no obsta a que las respuestas deben brindarse atendiendo al motivo específico que motivó esa declaración.

Objetivamente, la única hipótesis en la que, habiéndose declarado inadmisibile el reproche constitucional por falta de fundamentación razonable, no se le puede renovar, tiene lugar cuando bajo este título, el TC sostiene que falta dicha motivación razonable, simplemente, porque el precepto legal denunciado no vulnera la Constitución, aunque a nadie escapa que la materia es propia de la decisión de fondo.

## **II. La resolución que declara inconstitucional una norma legal ¿tiene efectos en procesos ya decididos, con fuerza de cosa juzgada, por la jurisdicción ordinaria?**

Como señalé a los inicios, esta es la segunda interrogante que surge del título, en el que se alude a la cosa juzgada en el control de constitucionalidad y una respuesta negativa parece brotar instantánea.

La institución de la cosa juzgada no está regulada en la Constitución y para buscar respaldo constitucional hay que recurrir al art 74 de la Carta<sup>61</sup> que establece que “...Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o **hacer revivir procesos fenecidos...**” en lo que constituye un plausible ejercicio intelectual para salvar la omisión constitucional, aun cuando, interpretada literalmente la norma que prohíbe al Presidente de la República y al Congreso revivir procesos fenecidos, deberíamos concluir que el Poder Judicial sí está autorizado para revivir estos procesos...

<sup>61</sup> La otra modalidad de fuerza constitucional de la cosa juzgada, consiste en invocar el derecho de propiedad, para resguardar aquello que se incorporó a nuestro patrimonio como consecuencia de la sentencia, sobre invocación jus privatista para un tema público

Pero si aceptamos pacíficamente, con arreglo al inciso final del numeral 3 del artículo 19 de la Constitución que *“ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”* parece difícil admitir que alguien cumpla pena a virtud de disposición legal que el TC ha declarado que infringe la Constitución y, muchísimo menos aún, si el mismo Tribunal sostiene que la aplicación que de la norma se hizo y que motivó el fallo condenatorio, importó vulneración constitucional.

De lege ferenda, entonces, sería hora de incorporar una nueva causal de revisión de las sentencias firmes, que recogiera la posibilidad de impugnarlas, si el TC declaró inconstitucional la aplicación de una norma legal decisiva para fundar tal sentencia.

Un clásico del Derecho Constitucional latinoamericano<sup>62</sup> explicaba que en la interpretación constitucional debe siempre prevalecer el contenido teleológico o finalista de la Constitución, que si es instrumento de gobierno, también, y principalmente, **es restricción de poderes, en amparo de la libertad individual. La finalidad suprema y última de la norma constitucional –agregaba– es la protección y la garantía de la libertad y la dignidad del hombre.** Por consecuencia, la interpretación de la Ley Suprema debe orientarse siempre hacia aquella meta básica. Y en caso de aparente conflicto entre libertad y el interés del gobierno, aquella debe primar siempre sobre este último, porque **no se concibe que la acción estatal manifestada a través de los cauces constitucionales pueda resultar incompatible con la libertad, que es el fin último del Estado**, de la misma manera que resulta un absurdo admitir que el interés del mandatario pueda hallarse en pugna con el interés del mandante, en tanto aquel ejecute el mandato dentro de sus verdaderos límites.

Así, convengo con las afirmaciones con arreglo a las cuales los derechos fundamentales se convierten, por una parte, en el parámetro material básico que debe ser utilizado para la interpretación de todo el Ordenamiento jurídico. Dicho de otra manera, en tanto en cuanto el contenido material central de la Constitución, lo configuran los derechos fundamentales, **afirmar que el ordenamiento jurídico debe interpretarse de acuerdo con la Constitución es, en buena medida, lo mismo que afirmar que el ordenamiento jurídico debe interpretarse de acuerdo con los derechos fundamentales.** Pero, a su vez, esta interpretación está guiada por un criterio directamente deducible de la posición preferente de los derechos fundamentales: la interpretación del ordenamiento de acuerdo con los derechos fundamentales debe llevarse a cabo de la manera que estos resulten

<sup>62</sup> Cfr: Segundo V. Linares Quintana. “La interpretación constitucional” en la obra colectiva “Interpretación Constitucional” Eduardo Ferrer Mc. coordinador. Edit. Porrúa t.II México 2005 pág. 759 y sgts.

más eficaces y en la forma en que estos desarrollen su mayor potencialidad; dicho en términos más acuñados, **no basta la “interpretación conforme con los derechos fundamentales” sino que debe llevarse a cabo la “interpretación más favorable a los derechos fundamentales”**.

Desde esta perspectiva surgen fuertes razones para introducir la modificación propuesta al recurso de revisión.

**Los requerimientos deducidos a partir el 29 de octubre de 2009 hasta el 1 de abril de 2010 (¿correrá la inaplicabilidad la suerte de la protección?)**

Como se sabe, la ley comenzó a regir el día 28 de octubre de 2009 y, revisando los fallos publicados en la página web del Tribunal, desde el día siguiente hasta el 1 de abril en curso, se advierte que invocando sus disposiciones, el rigor excluyente del Tribunal aparece cada día mayor. Durante este breve lapso, la situación es la siguiente:

Requerimientos deducidos	30
Requerimientos acogidos	1
Requerimientos declarados inadmisibles	19 <sup>63</sup>
Requerimientos rechazados	10

La impresionante desproporción entre los requerimientos presentados y el único acogido –que, por lo demás, se refiere al caso de una controversia entre diputados por la aplicación de procedimientos al interior del proceso legislativo– significa que, en esencia, ningún requerimiento de litigante judicial obtuvo sentencia estimatoria lo que puede obedecer, es cierto, a que los abogados hayamos exagerado en nuestro entusiasmo impugnador: pero nadie puede dejar de preocuparse por la tendencia de la estadística.

La dolorosa experiencia reciente de la protección, no puede dejarse de lado. Un instrumento esencial para el Estado de Derecho, no puede mutilarse por el ejercicio abusivo que de él efectúen los ciudadanos. Toca al Tribunal Constitucional establecer un recto equilibrio, que evite llegar a números como los citados, en los que, por decirlo de este modo, de 29 requerimientos fallados en los últimos cuatro meses hábiles, ninguno de ellos fue acogido.

<sup>63</sup> Con todo, de estas 19 inadmisibilidades 10, obedecen a no aparecer el requerimiento razonablemente fundado...