

Gustavo Heise Burgos*

Mecanismos de control de constitucionalidad en el derecho chileno y su evolución

En el presente trabajo me propongo abordar el tema de los controles de constitucionalidad en el derecho nacional y la evolución que ha experimentado para luego centrarme en la última reforma constitucional que le otorga al Tribunal Constitucional el control represivo anteriormente radicado en la excelentísima Corte Suprema lo que ha llevado a que el Tribunal Constitucional detente hoy en día el monopolio del control de la constitucionalidad de las leyes.

Antecedentes Históricos y evolución

Como es de conocimiento el principio de la Supremacía Constitucional es uno de los pilares fundamentales del constitucionalismo clásico. Para dicha formulación doctrinaria la Constitución es la ley fundamental sobre la que descansa todo el ordenamiento jurídico, es norma "normarum", norma reguladora de la producción de las restantes normas¹.

Rememorando al juez Marshall, presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos, quien acertadamente señalaba hace más de dos siglos en el caso "Marbury con Madison": "O la Constitución es la ley suprema, inmutable por medios ordinarios, o está en el nivel de las leyes ordinarias, y como otras, puede ser alterada cuando la legislatura se proponga hacerlo. Si la primera parte de la alternativa es cierta, entonces, un acto legislativo contrario a la constitución no es ley; si la última parte es exacta, entonces, las constituciones escritas son absurdos proyectos por parte del pueblo para limitar un poder ilimitable por su propia naturaleza. Ciertamente todos los que han sancionado, las consideraban como ley fundamental y suprema de la nación".

¹ Verdugo Marinkovic, Mario: "Notas sobre el principio de la supremacía constitucional y los decretos supremos de ejecución", revista del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago, Chile 2003.

* Ayudante Derecho Constitucional, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

Como ha señalado Don Humberto Nogueira refiriéndose a este principio “La supremacía constitucional implica que en la cúspide del ordenamiento jurídico se encuentra la constitución establecida como decisión política del poder constituyente y solo modificable por este. La supremacía es una calidad política de toda Constitución, en cuanto ella es un conjunto de reglas que se tienen por fundamentales y esenciales para preservar la forma política²”. De dicho principio emanan una serie de consecuencias, a saber:

1. Las leyes ordinarias deben respetar a la constitución no solo en su letra sino en su espíritu; no hay que soslayar que la constitución encarna valores, principios que se deben respetar por las demás normas del sistema jurídico.
2. Las disposiciones contenidas en la carta fundamental no pueden ser modificadas por normas ordinarias sino a través del procedimiento específico señalado en la misma.

Como se ha señalado la constitución es por su propia naturaleza superior al contenido de las leyes ordinarias. Este importante principio no pasaría de ser una mera declaración si no existieran los mecanismos jurídicos que protegieran por medio de acciones o recursos el carácter supremo de la Constitución.

Podemos señalar que las constituciones del siglo 19 consagraban el control legislativo de la constitución, de manera que solo le correspondía al poder legislativo determinar el sentido y alcance de la norma como se establecía en el artículo 164 en la constitución de 1833; “solo el congreso, conforme a los artículos 40 (31) y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos”. Durante la constitución del 1833 imperó esta situación, lo que llevó a señalar a Guillermo Guerra la situación imperante en el país hasta 1925 era “omnipotencia casi divina del poder legislativo que le permitió dictar, casi a sabiendas, leyes inconstitucionales³”.

De la situación descrita podemos colegir que en la práctica no existía un verdadero control de constitucionalidad de las leyes, lo que llevó a que existieran numerosas normas que atentaban contra la carta fundamental.

Consagración del recurso de inaplicabilidad en la C.P. de 1925.

Posteriormente en el debate Constitucional de 1925, sesión n° 7, se planteó por don Luis Barros Borgoño la conveniencia de establecer algún poder o autoridad que “determinara si las leyes que en lo sucesivo se dicten van o no contra los principios constitucionales; tal poder en los Estados Unidos de América es la Corte Suprema. Entre nosotros podría serlo también nuestra Corte Suprema, o una corte especial”.

² Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional 4-2000, p. 244.

³ A. Silva Bascuñán, tomo III. Tratado de Derecho Constitucional.

Finalmente se llega a la redacción del artículo 86 inciso 2: "La Corte Suprema en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable, para este caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación".

Esta institución consagró en el ordenamiento constitucional chileno un control ex post o represivo de el principio de la supremacía constitucional, pero realizando un control de fondo, que significa que las leyes ya dictadas pueden declararse inaplicables para un caso particular.

La interpretación que se le dio por parte de la jurisprudencia y doctrina a dicho precepto constitucional en general es la siguiente.

1. El tribunal encargado de conocer y resolver para dicho recurso es la Corte Suprema, sea que le corresponda por su propia competencia o con motivo de una contradicción ventilada en otro tribunal.
2. El recurso se podría deducir en cualquier estado del juicio pero es necesario que el juicio estuviera iniciado y no terminado; el término "juicio" se entendió en un sentido amplio.
3. Siempre se estimó por la Corte Suprema que el recurso era de derecho estricto y que debía fundarse en la oposición de un precepto legal a la Constitución y que dicho precepto legal cuya inconstitucionalidad se solicitaba tenía que ser aplicable al caso particular.
4. Por precepto legal debía entenderse toda norma tramitada como ley o en que se hubiera ejercido la función legislativa.
5. Por último la Corte Suprema rechazó recursos que planteaban inconstitucionalidad de forma en la tramitación de la ley. La inconstitucionalidad debía ser por el hecho de que la ley fuera contraria en el fondo a un precepto de la Constitución.
6. Con respecto a los efectos la situación más grave era que la declaración de inconstitucionalidad declarada por la Corte Suprema era para el caso particular manteniéndose vigente el precepto en el ordenamiento jurídico.

Posteriormente, por reforma constitucional de 1970 se creó el Tribunal Constitucional, cuya función más trascendente fue y continúa siendo realizar el control ex ante o preventivo, tanto de forma como de fondo, de la constitucionalidad de las leyes.

Hay que señalar que la Constitución de 1925 establece una norma que representó una limitación para la Corte Suprema en relación a su facultad de control represivo, ya que la Corte Suprema no podía declarar un precepto inconstitucional que ya había sido declarado constitucional por el Tribunal Constitucional.

Como se desprende de tal norma “resuelto por el Tribunal Constitucional que un precepto legal es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia”.

Con lo que después de la creación del Tribunal Constitucional se configuran 2 tipos de controles radicados en 2 órganos, a saber uno preventivo de forma y fondo de constitucionalidad de las leyes, a cargo del Tribunal Constitucional, y un control represivo de fondeo radicado en la Corte Suprema, consagrado antes de la reforma reciente (ley 20050) en el artículo 80 de la Constitución.

Supremacía constitucional en la Constitución de 1980

Podemos señalar con propiedad que ejerce con fuerza en el derecho público consagrando en forma expresa y categórica la doctrina de la supremacía constitucional.

Como bien lo señala el profesor Fernando Saenger, no obstante sus casi 50 años de existencia del recurso de inaplicabilidad el carácter supremo fue sin duda “teórico”. Era más importante la legislación común y ordinaria que el texto de la Constitución (...).

Los artículos 6 y 7 de la Constitución consagran claramente el carácter supremo de ella. Ambas disposiciones dentro del contexto fundamental de nuestra Constitución son el señero que marca toda una filosofía para el ordenamiento constitucional nacional⁴.

Recurso de inaplicabilidad durante la vigencia de la Constitución de 1980.

Como es sabido el texto del artículo 80, establecía que:

“La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquiera 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”.

De la lectura se desprendía que existían 3 formas de que la Corte Suprema conociera el recurso de inaplicabilidad a saber:

- a) La Corte Suprema, de oficio en las materias de que conozca.
- b) La Corte Suprema, a petición de parte en las materias de que conozca, lo que se ha denominado la petición de inaplicabilidad.

⁴ Saenger G., Fernando, Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, Jurisprudencia 1980-2003.

- c) Recursos interpuestos en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal; esta era la situación más frecuente que se utilizaba para plantear una inaplicabilidad.

Requisitos de procedencia

- a) existencia de una gestión pendiente ante otro tribunal, que esté pendiente, o sea, que no esté terminada.
- b) que se pretenda invocar en dicha gestión un precepto legal determinado.
- c) que las normas legales estén en vinculación directa con la gestión.
- d) que se produzca una absoluta contradicción entre el precepto legal y la carta fundamental.
- e) que la norma no haya sido declarada constitucional por el Tribunal Constitucional (control preventivo).

Tratamiento efectuado por la jurisprudencia y la doctrina nacional con respecto al recurso de inaplicabilidad y la derogación

1. Tesis de la Corte Suprema

Bajo el imperio de la Constitución de 1925 existieron fallos contradictorios, en el sentido de que el fallo legal impugnado podía ser anterior o posterior a la norma constitucional vigente.

Bajo el imperio de la Constitución de 1980 se pueden distinguir 2 criterios jurisprudenciales sobre la materia:

Entre 1978 y 1990 la Excma. Corte Suprema había sostenido que si la ley era anterior a la Constitución, existía un problema de derogación tácita que debía ser resuelto por cualquier juez, no siendo ello materia de un recurso de inaplicabilidad.

Uno de los fallos de sumo interés y trascendencia que marcó la pauta seguida en aquel periodo fue el que resolvió sobre un recurso de inaplicabilidad presentado por la Empresa Nacional de Electricidad; la Corte Suprema sostuvo la doctrina que transcribo a continuación y que se mantuvo invariable hasta 1990.

“Un texto constitucional frente a una ley carente de ese rango deroga las normas de esta que sean contrarias a aquel. Y su estudio corresponde a los jueces sentenciadores. Solamente puede plantearse un recurso de inaplicabilidad con referencia a preceptos legales promulgados estando ya en vigencia la norma constitucional con la que se suponen antagónicos.

El recurso de inaplicabilidad debe fundarse en la norma constitucional vigente a la época de dictarse la ley, siempre y cuando tal principio o norma no se encuentre derogada o suprimida por el estatuto fundamental posterior”.

Como se puede desprender de la doctrina expuesta todos los preceptos legales que por su contenido sean contrarios a la Constitución deben entenderse tácitamente derogados y el estudio de tal derogación correspondería a los jueces de la causa⁵.

Otros fallos en que se puede apreciar el criterio seguido durante el periodo

La inaplicabilidad de una ley vigente antes de la entrada de la Constitución “escapa de la órbita propia del recurso de inaplicabilidad, porque lo que realmente plantea es un problema de derogación de una ley común anterior por la Constitución política posterior, esto es, una cuestión de supervivencia de la ley que corresponde resolver a los jueces de la instancia⁶”.

“No procede el recurso de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad si una ley queda en pugna con una Constitución posteriormente dictada. El problema no es de inconstitucionalidad sino de supervivencia de la ley o de derogación tácita de ella, asuntos ambos que toca resolver a los jueces de fondo y no a la Corte Suprema⁷”.

“Que el recurso de inaplicabilidad tiene por objeto resolver una oposición o antinomia entre una ley común y una norma o precepto constitucional vigentes a la fecha en que se interpone el recurso y la fecha en que se resuelve. Presupone que la ley impugnada se haya dictado cuando regía la Constitución cuyos preceptos viola o infringe y a los cuales debía ajustarse para ser calificada de ley constitucional (...) lo que circunscribe el problema a un campo ajeno al recurso interpuesto, como es el determinar si la norma legal en cuestión mantuvo su vigor o fue derogada(...) la cuestión que plantea el recurso es de conocimiento y resolución de los jueces de fondo⁸”.

Periodo 1990 en adelante

A partir de 1990 ha cambiado mayoritariamente el criterio anterior al respecto, señalándose la plena competencia de la Corte Suprema para conocer de la inconstitucionalidad de normas dictadas aún antes de la entrada en vigencia de la actual carta fundamental. Así se ha resuelto:

“No es exacto que sólo incumba a los jueces de la instancia resolver si las leyes anteriores a la Constitución son opuestas a su texto, como tampoco parece acertado estimar que

⁵ Bulnes A, Luz, “El Recurso de Inaplicabilidad en la Constitución de 1980”.

⁶ Corte Suprema, 16.01.87, RDJ 84, sec. 5, p. 16.

⁷ Corte Suprema, 22.12.88, GJ 102, p. 86.

⁸ Corte Suprema, 25.03.87, GJ 81, p. 14.

se trata en la especie de una eventual derogación por la Constitución política posterior de una ley anterior a ella.

Si los jueces de la instancia pueden decidir que la ley general que es la Constitución ha derogado una ley especial común, también puede la Corte Suprema declarar la inconstitucionalidad de esta última conforme al artículo 80 de la carta política (...)”.

“Que al no hacer distingo el artículo 80 de la Constitución política entre leyes anteriores o posteriores a ella, también puede este tribunal declarar la inconstitucionalidad de una ley incompatible con disposiciones de la carta fundamental, en ejercicio de las facultades privativas que se le han conferido como titular del control de constitucionalidad de las leyes⁹”.

Inaplicabilidad y vicios de forma

Invariablemente la jurisprudencia ha señalado que tanto el recurso de inaplicabilidad como la petición de inaplicabilidad deben fundamentarse en un vicio de fondo y no de forma. Así se ha sentenciado:

“La facultad que la Constitución otorga a la Corte Suprema para declarar la inaplicabilidad en los casos a que se refiere, solo procede para resguardar la inaplicabilidad de fondo de las leyes, no la de forma que solo mira a la formación de la ley; pues no es facultad del máximo tribunal anular la ley o derogarla, como ocurriría en el segundo caso, ya que este interesa a todos los ciudadanos por igual y por ende no podría quedar limitado a los casos particulares de que conozca, como en cambio ocurre en el primero, dado que la Constitución consagra únicamente el dejar de aplicarlo en el caso concreto de que se trata, de manera de amparar solamente a las personas afectadas en sus derechos¹⁰”.

Posición doctrinaria

Al respecto cabe mencionar que la posición mayoritaria sostiene que procedería la inaplicabilidad por vicios de forma en atención a los siguientes argumentos:

- a) El artículo 80 no distingue de manera alguna entre normas que infrinjan el procedimiento de elaboración de la ley o disposiciones en que exista contraposición entre el contenido sustantivo de la ley y la carta fundamental.
- b) Si la Corte Suprema acepta su rol de garante de la supremacía constitucional debería interpretar el artículo 80 de un modo amplio de modo de producir certeza jurídica indispensable en un Estado de derecho.

⁹ Corte Suprema, 8.06.90, FM 379, p. 286.

¹⁰ Corte Suprema, 28.09.94, GJ 171, p. 65.

¹¹ Corte Suprema, 19.04.85, RDJ 82, sec 5, p. 86.

El Tribunal Constitucional es objeto de modificaciones muy sustanciales a raíz de la reforma.

1. En cuanto a su composición. 2. en cuanto a su generación. 3. en cuanto a sus competencias.
 1. En cuanto a su composición el número de integrantes pasa de 7 ministros a 10 ministros, en la discusión eran 9 en un comienzo, pero la Cámara de diputados intervino; lo que pretendía la Cámara era tener el poder de elegir 2 pero finalmente se llegó a un consenso en el cual la Cámara de diputados propone 2 y estos son aceptados o rechazados por el Senado.
 2. En cuanto a su generación hay un punto de extraordinaria importancia: acá la generación ya no es más jurídica-política, más un órgano completamente ajeno como es el COSENA, queda absolutamente excluido. Anteriormente este organismo tenía un poder de designación 2 veces el poder del Senado. Ahora lo que hay es una generación jurídica-política. El primer sistema así instaurado en Europa fue en Italia, posteriormente lo sigue España.

La situación queda de la siguiente forma:

- 3 ministros elegidos por el más alto órgano del poder judicial que es la Corte Suprema.
- 3 por la más alta autoridad política de la nación que es el Presidente de la República.
- 4 por el órgano legislativo: 2 por el Senado, 2 por la Cámara de diputados que deben ser aceptados por el Senado.

Otro de los puntos de mucha importancia y que llevaba a una situación totalmente incompatible y desconocida a nivel comparado era el hecho de la doble función que cumplía un ministro de la Corte Suprema que a la vez era ministro del Tribunal Constitucional.

En cuanto a la duración, antes era de 8 años y se pasa a 9, renovándose por parcialidades cada 3.

Antes de señalar el tema de las nuevas competencias que a mi entender es uno de los mayores avances logrados con la reforma, me quiero detener en hacer un breve análisis en 2 instituciones: la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad.

Estas dos instituciones tienen bastantes diferencias tanto de raíz histórica, su naturaleza, sus fines, efectos.

La primera es en la forma como se originan ambas formas de control: la inaplicabilidad, que tiene su origen en Estados Unidos, dando origen a un control difuso como se señala en forma tan clara por el juez Marshall a raíz del caso Marbury Madison en 1803.

En tanto la acción de inconstitucionalidad es la contrapartida europea, que establece un órgano especializado para efectuar el control de la constitucionalidad; este órgano es el Tribunal Constitucional, cuyo mentor fue Hans Kelsen. Este sistema es concentrado.

Naturaleza: La inaplicabilidad cumple la función de impedir que la parte que la invoca en el caso concreto del que conoce el tribunal se vea afectado por un precepto legal cuya aplicación a ese caso concreto resulta contrario a la Constitución. Por lo que el efecto propio es que la sentencia estimatoria tenga efectos interpartes.

En cambio la acción de inconstitucionalidad tiene por objeto impedir el nacimiento de una norma contraria a la carta fundamental en la etapa preventiva o bien expulsar del ordenamiento jurídico aquellas normas vigentes que contrarían a la Constitución. En este proceso lo que se compara son 2 elementos: la norma constitucional y el precepto legal.

La inconstitucionalidad afecta a la coherencia del sistema jurídico y a la nación toda.

Por lo señalado puede advertirse que pueden haber preceptos legales que pueden estar en perfecta consonancia con la carta fundamental y no obstante ello ser inaplicables por ser inconstitucionales en un caso particular.

Luego de este breve análisis quiero señalar que estoy en desacuerdo con la tesis sostenida durante tanto tiempo por la Corte Suprema en virtud del cual entendía el recurso de inaplicabilidad examinando previamente en abstracto la inconstitucionalidad de la norma *per se* y luego determinar si era o no aplicable al caso.

Como se observa en muchos de los fallos que cito. Al respecto el fallo de inaplicabilidad "Fuenzalida, Navarrete y Gastón" manifiesta dicha tesis al señalar lo siguiente:

- 2 "Que, del tenor literal de la norma transcrita (art. 80 de la Constitución) resulta que el recurso de inaplicabilidad procede cuando el precepto a que ella se refiere es "contrario a la Constitución". Ello quiere decir que la norma cuya inaplicabilidad se pretende sea declarada para el caso particular, considerada en, abstracto, pugna con las disposiciones de superior jerarquía contenida en la Carta Fundamental; en otras palabras, significa que el mandato, prohibición o permiso contenido en la norma cuestionada, contrasta en general con aquellos que se consagran en la Constitución, de manera que el precepto constitucional resulta incompatible con la norma cuestionada "en sí", y no solo con la forma específica en que esta última pretende aplicarse en el caso concepto de que se trata¹².

En mi opinión esta doctrina sustentada por la Corte Suprema confunde los fines y presupuestos de ambas instituciones, coartando muchas veces el conocimiento del recurso de inaplicabilidad en situaciones que sería procedente,

¹² Ríos Álvarez, Lautaro, "trascendencia de la reforma constitucional en la fisonomía y las atribuciones del tribunal constitucional", junio de 2005.

imponiéndoles al recurrente la carga jurídica de evidenciar la contradicción en abstracto de la norma impugnada con la carta fundamental.

Es cierto también que el recurso de inaplicabilidad puede abordar un problema de inconstitucionalidad general del precepto legal cuestionado por lo que en ese caso el recurso por sus efectos interpartes deja subsistente una ley inconstitucional, generando una situación de desigualdad, pero lo correcto, que felizmente se hizo, era crear derechamente una acción de inconstitucionalidad.

Ahora bien, volviendo al tema de las nuevas competencias, se puede señalar que se produce una ampliación del espectro del control de constitucionalidad normativo.

- 1- pasa a ser obligatorio el control de las normas de un tratado sobre materias propias de leyes orgánicas constitucionales.
- 2- pasan a tener control de constitucionalidad los auto acordados de la Corte Suprema, Corte de Apelaciones y del Tribunal Calificador de Elecciones.

Ahora para finalizar la exposición veremos los aspectos más importantes a mi entender y que son por una parte el recurso de inaplicabilidad de la Corte Suprema a el Tribunal Constitucional debido fundamentalmente al excesivo formalismo que le dio por tanto tiempo la Corte Suprema a dicho recurso lo que lo hacía un mecanismo muy poco eficaz por esta razón se traslada la competencia al Tribunal Constitucional 96n6 pero con un aspecto muy importante el cual es la forma en que ha sido redactado, acá no se trata de un traslado.

“resolver por la mayoría de sus miembros en ejercicio la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquiera gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial resulte. contraria a la Constitución” hay una importante cambio que es la redacción muy acertada, al establecer “cuya aplicación” es romper con la tesis dominante no obstante que los tribunales constitucionales por su naturaleza no están destinados a ejercer control concreto, sino abstracto; para eso fueron creados; acá se trata de una competencia pero para reforzar la idea de que debe ejercer control concreto.

Lo novedoso es la instauración de la institución así como la legitimación activa especial, ya que se concede acción pública. Hay que ver cómo va a regular la ley orgánica esta situación.

Se instaura el recurso de inconstitucionalidad 7º resolver por los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior.

No obstante que estimo acertados los cambios y la instauración de la inconstitucionalidad de un precepto legal, el reparo que observo es que esta acción se haya dejado sujeta a la declaración previa de inaplicabilidad, que a mi entender me parece incongruente por lo señalado anteriormente.

