

L. Iván Díaz García\*

# Las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad en la Constitución chilena<sup>1</sup>

Las enmiendas introducidas el año 2005 a la Constitución de 1980 han reformado profundamente el diseño institucional chileno. Una de las áreas en que los cambios son especialmente significativos es el control de constitucionalidad. En efecto, entre las diversas modificaciones orgánicas y procedimentales, el constituyente reconfiguró la acción de inaplicabilidad e instituyó la acción de nulidad.

El presente trabajo se dedica a analizar precisamente algunos aspectos de esas dos acciones. En particular se intentará demostrar que, coincidiendo en la tutela de la supremacía constitucional, divergen en el objeto sobre el que aplican ese control y en los efectos del mismo. Esta verificación permitirá mostrar, en forma consecencial, dos cosas. Primero, que el constituyente no tenía claridad respecto de esas diferencias al momento de incorporar una y otra acción en la Constitución chilena. Segundo, que la tradicional distinción entre control abstracto y control concreto de constitucionalidad no es suficiente para explicar el significado de cada una de esas acciones.

Con miras al análisis esbozado, el presente artículo se estructura en torno a cuatro apartados. En el primero se hace una somera descripción de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, de acuerdo con su actual configuración en la Constitución chilena. En el segundo, y siguiendo las ideas formuladas por Robert Alexy en su Teoría de los Derechos Fundamentales, se exponen los cimientos desde los cuales debe ser

<sup>1</sup> El presente trabajo es fruto de una inicial conversación electrónica sostenida con el Director de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco y profesor de Derecho Público, Juan Pablo Beca, y con el profesor de la misma Escuela, Doctor Luis Villavicencio, así como de un formal intercambio de opiniones con estos mismos profesores y con el resto del equipo docente de la misma Escuela de Derecho. Por tanto, mi gratitud para cada uno y cada una de ustedes, quienes son copartícipes de los aciertos de este trabajo, pero por cierto del todo irresponsables de sus deficiencias.

\* Profesor.  
Escuela de Derecho.  
Universidad  
Católica de Temuco.

comprendida la distinción entre ambas acciones. En el tercero se explicitan el rol y los efectos de la inaplicabilidad y de la inconstitucionalidad al interior del sistema jurídico nacional. La exposición se cierra con las pertinentes conclusiones.

## I. Regulación de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad

### 1. *El cambio en los enunciados normativos*

En su versión original, la acción de inaplicabilidad se regulaba en la Constitución de 1980 del siguiente modo: “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”<sup>2</sup>.

La nueva redacción constitucional, establecida mediante la ley de reforma constitucional 20.050, de 2005, establece que es atribución del Tribunal Constitucional “[r]esolver, 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”<sup>3</sup>.

La regulación de 2005 se extiende a algunos aspectos procedimentales. Al efecto dispone que la inaplicabilidad “podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”<sup>4</sup>.

Como se sabe, la acción de inaplicabilidad no constituyó una innovación de la Constitución de 1980. Ella se encontraba recogida ya en la Constitución de 1925, específicamente en los incisos segundo y tercero del artículo 86. Sin embargo, el provecho de este interesante mecanismo de tutela de la supremacía constitucional fue escaso. Así lo demuestra Gastón Gómez, al menos respecto del período que va desde 1990

<sup>2</sup> Artículo 80 de la Constitución de 1980, según texto aprobado por el decreto ley 3464, de 1980.

<sup>3</sup> Artículo 82, inciso primero, número 6, de la Constitución.

<sup>4</sup> Artículo 82, inciso undécimo de la Constitución.

hasta 1997. En efecto, sorprendentemente en dicho período sólo fue acogido el 2,8% de las acciones de inaplicabilidad promovidas (es decir, 15 de 530)<sup>5</sup>.

Lo que sí es nuevo en la regulación constitucional chilena es la acción de inconstitucionalidad, también incluida mediante la ley 20.050. A su respecto se dispone que es atribución del Tribunal Constitucional “[r]esolver por la mayoría de 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”<sup>6</sup>.

También en lo procedimental, la reforma constitucional de 2005 prescribió que “una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6º de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad. Se trata, por tanto, de una acción popular. Por cierto, ello opera sin perjuicio de la facultad del propio Tribunal para declararla de oficio. Corresponderá a la ley orgánica constitucional respectiva establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso de que se ejerza la acción pública, como asimismo regular el procedimiento que deberá seguirse para actuar de oficio”<sup>7</sup>.

## *2. Semejanzas y diferencias entre inaplicabilidad e inconstitucionalidad*

La lectura de los enunciados normativos<sup>8</sup> constitucionales permite advertir semejanzas y diferencias entre la acción de inaplicabilidad y la acción de inconstitucionalidad.

En cuanto a lo primero, ambas constituyen mecanismos de tutela de la supremacía constitucional, pues con ellos se pretende declarar la inadmisibilidad constitucional de un determinado precepto legal. Por otra parte, el conocimiento de ambos recursos ha sido entregado al Tribunal Constitucional. En fin, uno y otro proceden respecto de “preceptos legales”, esto es, respecto de normas infraconstitucionales que se han incorporado al sistema jurídico<sup>9</sup>.

Frente a esas semejanzas, también hay diferencias importantes. Por una parte, la inconstitucionalidad debe ser declarada por cuatro quintas partes de los Ministros en ejercicio, y no por la mayoría como es el caso de la inaplicabilidad. En segundo lugar, la inconstitucionalidad es subsidiaria, pues sólo procede respecto de un precepto legal “declarado inaplicable” en “sentencia previa”. Tercero, existe acción pública para declarar la inconstitucionalidad, la que también puede ser pronunciada de oficio. Por otra

<sup>5</sup> Ver Gastón Gómez, El recurso de inaplicabilidad, en Informes de Investigación del Centro de Investigaciones jurídicas de la Universidad Diego Portales, Número 4, año 1, Santiago de Chile, noviembre de 1999.

<sup>6</sup> Artículo 82, inciso primero, número 7, de la Constitución.

<sup>7</sup> Artículo 82, inciso duodécimo, de la Constitución.

<sup>8</sup> Siguiendo a Robert Alexy, se enciende por enunciado normativo el modo en que se expresa una norma. Ver Teoría de los derechos fundamentales, especialmente pp. 50 y 51.

<sup>9</sup> En el presente trabajo se omite un pronunciamiento respecto de la jerarquía de las normas incluidas bajo la expresión “preceptos legales”, pues no interesa dilucidar si se refiere sólo a las de jerarquía legal o también a las de jerarquía inferior a ésta. Para los efectos del mismo basta con establecer que se trata de normas jurídicas infraconstitucionales.

parte, la inaplicabilidad procede respecto de gestiones en actual tramitación judicial, lo que no parece exigido por la inconstitucionalidad. Por último, la Constitución expresamente señala que acogida la acción de inconstitucionalidad el precepto legal es derogado<sup>10</sup>, mientras que acogida la inaplicabilidad lo que se impide es aplicar el precepto en el caso<sup>11</sup>.

Ahora bien, lo que realmente interesa para efectos de este trabajo es distinguir el objeto y los efectos de las acciones de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad. En otras palabras, se trata de explicar cómo puede distinguirse una acción de la otra si ambas tienen por finalidad evaluar la constitucionalidad de un determinado precepto legal.

Pues bien, para diferenciar las acciones de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad se ha sostenido que la primera constituye un mecanismo de control abstracto y la segunda un mecanismo de control concreto. Al efecto tradicionalmente la doctrina ha sostenido que el control concreto produce efectos “inter partes” o “en el caso particular”, que “deja vigente la ley inaplicada” o que “suspende preceptos legales”, y que no tiene “la finalidad de invalidar preceptos legales”<sup>12</sup>. Para explicar el control abstracto, en cambio, se ha dicho que con él se “pretende la derogación o invalidación del precepto legal” y que “produce efecto erga omnes o generales”, o que tiene lugar “cuando quien promueve la acción no está vinculado por ninguna relación jurídica en que intervenga la norma supuestamente inconstitucional”<sup>13</sup>.

Como puede advertirse, estas explicaciones apenas tocan los aspectos más externos de una y otra acción. Para comprender sus profundas diferencias es necesario precisar de qué modo operan cada una de ellas en el control de constitucionalidad. Al efecto será necesario entregar algunos elementos conceptuales a partir de los cuales se construirá la propuesta de este trabajo. A ello se dedica el siguiente apartado.

## II. Normas directamente estatuidas y normas de precisión

El control de constitucionalidad puede recaer tanto sobre conductas como sobre normas jurídicas. Así, por ejemplo, se puede evaluar si la acción del dueño de un restaurante que niega el servicio a dos personas por su edad o aspecto es admitido o rechazado por la Constitución. La misma evaluación se puede hacer, por ejemplo, respecto del

<sup>10</sup> Artículo 83, inciso tercero, de la Constitución.

<sup>11</sup> Artículo 82, inciso primero, número 6°, de la Constitución.

<sup>12</sup> Lautaro Ríos, El control difuso de constitucionalidad de la ley en la República de Chile, en *Ius et Praxis*, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca (Chile, vol. 8, núm. 1, Talca, 2002, pp. 389-418). Ver también Camel Cazor Aliste, La jurisdicción constitucional en Chile, en *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valdivia*, vol. XII, agosto 2001, pp. 91-106.

<sup>13</sup> Lautaro Ríos, El control difuso de constitucionalidad de la ley en la República de Chile, en *Ius et Praxis*, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca (Chile, vol. 8, núm. 1, Talca, 2002, pp. 389-418). Humberto Nogueira, La defensa de la Constitución, los modelos de control de constitucionalidad y las relaciones y tensiones de la judicatura ordinaria y los Tribunales Constitucionales en América del Sur, página 13.

artículo 21 del Código del Trabajo, que en esencia ordena que al menos el 85% de los trabajadores de una empresa sean chilenos.

Por cierto varios son los mecanismos tendientes a realizar ese control de constitucionalidad. Algunos de ellos operan exclusivamente respecto de conductas, como es el caso de la acción de amparo constitucional o el amparo regulado en el Código Procesal Penal. Otros lo hacen tanto respecto de conductas como de normas jurídicas, como es el caso de la acción de protección. Y hay también mecanismos que proceden sólo sobre normas jurídicas, como es el caso de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad.

Como se sabe, el control de constitucionalidad a que se refieren estas dos acciones implica siempre una evaluación de contraste entre una norma que sirve de parámetro o estándar a satisfacer y una norma que se somete a dicha evaluación. Evidentemente la primera es una norma constitucional y la segunda es un precepto legal. Ahora bien, para comprender el modo en que operan estas acciones así como sus efectos es necesario explicar las diversas modalidades que puede asumir esa evaluación o contraste. Para identificar esas modalidades es necesario distinguir entre normas directamente estatuidas y normas de precisión, tanto en el nivel constitucional como en el infraconstitucional. Por tanto, la exposición de tales modalidades se hará al hilo de estas distinciones.

### *1. El contraste entre normas directamente estatuidas*

Para los efectos de este trabajo se entenderá por norma constitucional cualquiera de las prescripciones establecidas en alguna disposición de la Constitución chilena. Por su parte, con la expresión precepto legal se estará aludiendo a cualquier norma infraconstitucional, esto es, a cualquier prescripción expresada en una disposición infraconstitucional.

Así, por ejemplo, el artículo 15 de la Constitución Política que dispone que en las votaciones populares el sufragio será obligatorio para los ciudadanos es una disposición constitucional. Del mismo modo, la oración incluida en el artículo 9° del Código Civil que afirma "La ley puede sólo disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo" es una disposición infraconstitucional. Como se puede advertir, es posible multiplicar largamente los ejemplos.

Ahora bien, para identificar la norma que se expresa a través de una disposición es conveniente utilizar modalidades deónticas. En el ejemplo citado, la disposición constitucional expresa una norma constitucional que, utilizando la modalidad deóntica de mandato, puede ser redactada del siguiente modo: "Se manda que en las votaciones populares el sufragio sea obligatorio para los ciudadanos". La disposición infraconstitucional, por su parte, expresa una norma infraconstitucional que, utilizando la modalidad

deóntica de mandato, puede ser redactada así: “se manda que la ley disponga sólo para lo futuro y que no tenga efecto retroactivo”.

A las normas expresadas a través de disposiciones directamente establecidas en los textos jurídicos indicados se les llamará, respectivamente, norma constitucional directamente estatuida y norma infraconstitucional directamente estatuida<sup>14</sup>.

Corresponde aplicar ahora las nociones recién explicadas al control de constitucionalidad. En su nivel más elemental, este control consiste en realizar una evaluación de contraste entre una norma constitucional directamente estatuida y una norma infraconstitucional directamente estatuida. Este contraste se puede realizar, por ejemplo, entre la citada norma del artículo 15 de la Constitución y la norma incluida en el artículo 2° de la ley orgánica constitucional 18.556, sobre sistema de inscripción electoral y registro electoral. Esta última disposición prescribe lo siguiente: “Para acreditar la existencia de los requisitos a que se refieren los artículos 13 y 14 de la Constitución Política, los ciudadanos y los extranjeros con derecho a sufragio deberán cumplir con el trámite de inscripción en los registros electorales”.

El control de constitucionalidad se traduce en evaluar si esta última norma es admisible desde el punto de vista de la primera. En otras palabras, se debe determinar si el contenido prescriptivo de la norma constitucional directamente estatuida es aceptado o resistido por el contenido prescriptivo de la norma infraconstitucional directamente estatuida. De este modo, si lo que la primera manda, prohíbe o permite es inconciliable con lo que manda, prohíbe o permite la segunda, esta última será contraria a la Constitución.

## *2. El contraste con normas constitucionales de precisión*

Según se ha explicado, en su nivel más elemental el control de constitucionalidad consiste en determinar si el contenido prescriptivo de una norma infraconstitucional directamente estatuida es permitido o resistido por el contenido prescriptivo de una norma constitucional directamente estatuida. Sin embargo, las disposiciones constitucionales muchas veces presentan un contenido prescriptivo vago o indeterminado<sup>15</sup>. Esto significa que su sola lectura no permite saber exactamente qué es lo que las normas expresadas en ellas mandan, prohíben o permiten.

Así, por ejemplo, el artículo 19, número 3, segunda oración del inciso quinto, de la Constitución dispone “Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de

<sup>14</sup> La denominación norma constitucional directamente estatuida ha sido tomada de Robert Alexy, quien la utiliza en el mismo sentido empleado en este trabajo en su libro *Teoría de los Derechos Fundamentales*, página 70.

<sup>15</sup> En este sentido Robert Alexy afirma que los enunciados normativos de la Constitución son semántica y estructuralmente abiertos. La apertura semántica alude a la indeterminación de algunas de las expresiones que los constituyen. La apertura estructural se refiere a que no es posible saber si el enunciado establece deberes de acción u omisión por parte del Estado, o si incluyen derechos subjetivos. *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 66 a 68.

un procedimiento y una investigación racionales y justos”. Esta disposición expresa una norma constitucional directamente estatuida que, utilizando la modalidad deóntica de mandato, puede redactarse del siguiente modo: “Se manda al legislador establecer siempre las garantías de un proceso y una investigación racionales y justos”.

Como se puede advertir, la sola lectura de la disposición transcrita no permite que su destinatario sepa exactamente a qué está obligado. En otras palabras, no es posible precisar con exactitud qué es lo que le manda la norma constitucional directamente estatuida. Esto se debe a la vaguedad de algunas expresiones, como “legislador”, “investigación”, “procedimiento”, “racional” y “justo”. De lo que se trata, por tanto, es de determinar el sentido de estas expresiones para que el destinatario de la norma constitucional pueda cumplir con ella.

El Tribunal Constitucional se pronunció precisamente respecto del significado de esta norma constitucional directamente estatuida en la sentencia 198 de 1995. Singular interés presenta el considerando 10, letra b), en el que se sostuvo:

“Pero el artículo 19, N° 3, inciso quinto de la Carta Fundamental, asegura también que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción se funde en un proceso previo legalmente tramitado, exigiendo al legislador que garantice un racional y justo procedimiento. Es decir, lo que la disposición prescribe es que una vez establecido por el legislador un proceso legal éste debe cumplir además con las cualidades de racional y justo”.

“En el caso en análisis no se cumple y se infringe el precepto constitucional anteriormente referido, pues el artículo 16, en su inciso tercero, otorga facultades a un servicio para que efectúe actuaciones de índole jurisdiccional, pero no se detalla ni se precisa en forma exhaustiva, al igual como lo hace el Código de Procedimiento Penal, para garantizar eficazmente los derechos de las personas, el procedimiento a que se debe someter dicho servicio con las facultades que se le otorgan. Es especialmente grave e ilegítimo, entre otros, que no se señale plazo a la investigación; la oportunidad y número de veces que las medidas pueden decretarse y realizarse; el no contemplar la asistencia de abogado defensor y no otorgar recursos ordinarios o especiales para objetarlas, etc.”.

De acuerdo con lo transcrito, el Tribunal Constitucional ha entendido que el legislador infringe el mandato constitucional del artículo 19, número 3, segunda oración del inciso quinto, si se omite, por ejemplo, el plazo de la investigación. En otras palabras, y para decirlo del modo más simple posible, si se establece un procedimiento legal sin indicar un plazo para la investigación se vulnera el mandato de garantizar un procedimiento y una investigación racionales y justos.

Detrás de esta decisión hay una nueva prescripción dirigida al legislador, la que especifica el significado de la norma constitucional directamente estatuida. Incluyendo tal precisión, sería posible afirmar que cuando la Constitución exige que el legislador

asegure un procedimiento y una investigación racionales y justos, le está imponiendo fijar (entre otras cosas) un plazo de investigación. Bajo la modalidad de mandato, la norma podría expresarse así: "Se manda al legislador establecer plazo a las investigaciones, como garantía de una investigación y un procedimiento racionales y justos".

Esta norma no coincide con la directamente estatuida en el texto constitucional. Sin embargo, en primer lugar es una norma jurídica, pues se trata de una prescripción de conducta que tiene asociada una sanción respaldada por el Estado. Segundo, es una norma jurídica de jerarquía constitucional porque al contrastarla con la norma del proyecto sometido a control de constitucionalidad esta última fue declarada contraria a la Constitución y excluida del referido proyecto. Y, en tercer lugar, es una norma de precisión respecto del significado de la norma constitucional directamente estatuida. Por todo esto, en el presente trabajo serán llamadas normas constitucionales de precisión de las directamente estatuidas o, más simplemente, normas constitucionales de precisión.

Por todo lo dicho es posible afirmar que el control de constitucionalidad de las normas infralegales se realiza no sólo por relación con las normas constitucionales directamente estatuidas. Esta evaluación se realiza también teniendo como parámetro las normas constitucionales de precisión. Por tanto, el juicio de conformidad o disconformidad constitucional de un precepto legal se realiza en relación con ambas categorías de normas constitucionales.

### *3. La evaluación de normas infraconstitucionales de precisión*

A las dos hipótesis de control de constitucionalidad recién expuestas debe añadirse ahora una tercera. En efecto, la evaluación de constitucionalidad también es posible entre una norma constitucional directamente estatuida y una norma infraconstitucional de precisión. Una explicación de tal opción que resulte útil para los fines de este trabajo exige ofrecer un ejemplo algo más complejo.

El Código del Trabajo dispone lo siguiente en los incisos cuarto y quinto de su artículo 2º: "Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación".

De entre las muchas normas infraconstitucionales directamente estatuidas que contempla esta disposición es posible encontrar la siguiente: se prohíben los actos de exclusión basados en motivos de religión que tengan por objeto alterar la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Pues bien, supóngase que un establecimiento educacional perteneciente a una determinada religión exigiera profesar esa misma creencia a sus profesores. Supóngase



también que un profesor de religión deja de cumplir de manera sobreviniente ese requisito. Y lo mismo ocurre poco tiempo después con un profesor de matemáticas. Como consecuencia de ello, el establecimiento pone término a sus contratos de trabajo. En cualquiera de los dos casos los tribunales podrían dar la razón al empleador o al trabajador en los respectivos juicios generando determinadas interpretaciones o significados para la norma del Código del Trabajo.

Así ocurriría en el caso del profesor de religión. En efecto, si los tribunales optan por la perspectiva del establecimiento educacional, se habría generado una interpretación o significado en un determinado sentido. Ella podría expresarse así: se prohíben los actos de exclusión basados en motivos de religión que tengan por objeto alterar la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, a menos que se trate de profesores de religión respecto de establecimientos educacionales pertenecientes a una determinada creencia. Si se prefiere la perspectiva del trabajador, se genera un significado en un sentido distinto. Ella podría expresarse así: se prohíben los actos de exclusión basados en motivos de religión que tengan por objeto alterar la igualdad de trato en el empleo y la ocupación en los casos de profesores de religión.

Lo mismo ocurriría con el profesor de matemáticas. Si los tribunales prefieren la perspectiva del empleador la interpretación o significado de la norma infraconstitucional directamente estatuida sería la siguiente: se prohíben los actos de exclusión basados en motivos de religión que tengan por objeto alterar la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, a menos que se trate de profesores de matemáticas respecto de establecimientos educacionales pertenecientes a una determinada creencia. Si se opta por la posición del trabajador la significación sería divergente y podría expresarse así: se prohíben los actos de exclusión basados en motivos de religión que tengan por objeto alterar la igualdad de trato en el empleo y la ocupación en los casos de profesores de matemáticas.

Los cuatro significados atribuidos a la misma norma infraconstitucional directamente estatuida constituyen normas jurídicas nuevas, pues los tribunales se habrían fundado en ellas para resolver cada caso. Por otra parte, se trata de normas de precisión de la norma infraconstitucional directamente estatuida, pues especifican el significado del citado artículo del Código del Trabajo. Por tanto, a las interpretaciones o significados de una norma infraconstitucional directamente estatuida se les llamará normas infraconstitucionales de precisión.

Es necesario destacar que la generación de normas infraconstitucionales de precisión es inevitable. En efecto, muchas veces las normas infraconstitucionales directamente estatuidas no permiten resolver el caso sometido a decisión. Esto se debe a que, como afirma Tejada Gorráiz, las posibilidades silogísticas del derecho se parecen más a una tela de araña que a la espesa madriguera de un topo<sup>16</sup>. En ese escenario, las normas

<sup>16</sup> Tejada Gorráiz en "La crisis de la ley", apartado 1.

infraconstitucionales de precisión vienen a complementar los espacios dejados entre las telas (o normas directamente estatuidas).

Ahora bien, cada una de las cuatro normas infraconstitucionales de precisión propuestas en el ejemplo puede ser evaluada desde el punto de vista constitucional. Así, por ejemplo, pueden ser contrastadas con el inciso tercero del artículo 19, número 16, de la Constitución chilena. Como se sabe, en aquél se prescribe lo siguiente: “Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal (...)”. Por tanto, el control de constitucionalidad también puede operar respecto de normas infraconstitucionales de precisión. En este caso el contraste se realizará entre cualquiera de ellas y una norma constitucional directamente estatuida.

#### *4. El contraste entre normas constitucionales e infraconstitucionales de precisión*

De acuerdo con lo expuesto hasta este momento, el control de constitucionalidad puede producirse por tres vías: entre una norma constitucional directamente estatuida y una norma infraconstitucional directamente estatuida, entre una norma constitucional de precisión y una norma infraconstitucional directamente estatuida, o entre una norma constitucional directamente estatuida y una norma infraconstitucional de precisión.

A todo ello hay que añadir la posibilidad de contrastar una norma infraconstitucional de precisión con una norma constitucional de precisión. A continuación se analizará esta última posibilidad.

El artículo 205, inciso primero, del Código Procesal Penal prescribe: “Cuando se presumiere que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigare, se encontrare en un determinado edificio o lugar cerrado, se podrá entrar al mismo y proceder al registro, siempre que su propietario o encargado consintiere expresamente en la práctica de la diligencia”.

Uno de los problemas de significado que presenta esta norma se encuentra en las expresiones “propietario” y “encargado”. Pues bien, supóngase que el propietario de la vivienda habita en ella y ha lesionado a su cónyuge. Esta última queda inconciente por dos minutos y el agresor huye del hogar. Frente a esta situación puede ocurrir que quien llame a la policía y permita la entrada sean diversas personas: la madre de la víctima, el hijo menor de edad de la víctima, la persona que se desempeña como trabajadora de casa particular en la vivienda, un vecino que oyó los gritos e ingresó al hogar, la propia mujer una vez que recobra el conocimiento. La policía llega al sitio del suceso 20 minutos más tarde, lo registra pese a la negativa de la víctima y encuentra el arma utilizada en la agresión así como otras evidencias del hecho punible.

Adviértase que cada una de las cinco posibilidades descritas implica dotar de un significado distinto la noción de propietario o encargado. En consecuencia, cada una de ellas puede generar nuevas normas infraconstitucionales de precisión de la directamente

estatuida. Además, todas esas posibilidades pueden ser evaluadas desde su legalidad. Facilitando al máximo el ejemplo, supóngase que la madre, el hijo, la trabajadora y la propia mujer se consideran “encargado” desde el punto de vista legal. Con esto sólo la intervención del vecino tornaría ilegal la entrada y registro policiales.

Pero cada una de las cuatro normas infraconstitucionales de precisión que se han calificado de legales (la que se refiere a la víctima, su madre, su hijo o la trabajadora) pueden ser también evaluadas desde su constitucionalidad. Al efecto debe recordarse que el artículo 19, número 5, inciso primero, de la Constitución chilena dispone que “asegura a todas las personas: 5° La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse y registrarse en los casos y formas establecidos por la ley”. Una de las muchas normas constitucionales directamente estatuidas en esta disposición podría redactarse así: “Se permite allanar el hogar sólo en los casos y formas establecidos por la ley”.

Ahora bien, supóngase que la jurisprudencia constitucional precisa uno de los muchos aspectos vagos de la norma constitucional más arriba transcrita, limitando el amplísimo abanico de posibilidades dejadas al legislador. Al efecto establece que la ley sólo podrá autorizar el allanamiento policial del hogar si se cuenta con autorización judicial o con el consentimiento de quien se encuentra habilitado para permitir o prohibir el ingreso de terceros al inmueble de que se trate. En este caso la norma constitucional de precisión sería del siguiente tenor: “Se permite a la policía allanar el hogar si se cuenta con autorización judicial o con el consentimiento de quien se encuentra habilitado para permitir o prohibir el ingreso de terceros al inmueble de que se trate”.

La evaluación de constitucionalidad implicará contrastar cada una de las cuatro normas infraconstitucionales de precisión con la norma constitucional de precisión. Ello se traduce en determinar si el contenido prescriptivo de la norma infraconstitucional de precisión es admitido o resistido por el contenido prescriptivo de la norma constitucional directamente estatuida. Dependiendo de la decisión, sólo algunas normas infralegales de precisión serán consideradas constitucionalmente válidas. Las demás serían declaradas contrarias a la Constitución.

### III. Funciones y efectos de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad

#### *1. Funciones, o la evaluación de significados*

Según se ha expresado, la Constitución chilena prescribe que el Tribunal Constitucional debe resolver 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<sup>17</sup>. De acuerdo con ello, la doctrina tradicional ha afirmado que la inaplicabilidad constituye un mecanismo de control concreto de constitucionalidad. En tal carácter, su función sería determinar si resulta constitucionalmente admisible aplicar el precepto legal en el caso específico.

Por otra parte, la misma Constitución dispone que el Tribunal Constitucional debe resolver “la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable”<sup>18</sup>. Así, la doctrina tradicionalmente ha afirmado que la acción de inconstitucionalidad constituye un mecanismo de control abstracto de conformidad constitucional. De acuerdo con esta perspectiva, su función sería evaluar si un determinado precepto legal es contrario a la Constitución, con prescindencia de cualquier caso concreto.

Como se puede advertir, estas explicaciones, que no se apartan de los respectivos enunciados normativos constitucionales, poco aportan para comprender la función de estas acciones. Es necesario añadir algo más para comprender por qué un determinado precepto legal puede considerarse inconstitucional para un caso y constitucional para otros y otras veces puede considerarse inconstitucional para todos los casos. Pues bien, la respuesta se encuentra en la explicada distinción entre normas infraconstitucionales directamente estatuidas y normas infraconstitucionales de precisión.

En efecto, la acción de inaplicabilidad se pronuncia siempre respecto de alguna o algunas de las normas infraconstitucionales de precisión. En otras palabras, evalúa exclusivamente la conformidad constitucional de uno o varios de los significados ofrecidos por las normas de precisión. La acción de inconstitucionalidad, en cambio, se pronuncia respecto de la norma infraconstitucional directamente estatuida. Dicho de otro modo, evalúa la admisibilidad constitucional del significado de la norma infraconstitucional directamente estatuida.

Un ejemplo permitirá distinguir de mejor manera las funciones de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. El artículo 19, número 2°, de la Constitución dispone: “Hombres y mujeres son iguales ante la ley”. La norma constitucional directamente estatuida que se expresa a través de esa disposición puede redactarse así: “Se manda que hombres y mujeres sean iguales ante la ley”.

El artículo 225 del Código Civil, por su parte, afirma: “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”. La norma infraconstitucional directamente estatuida en dicha disposición podría expresarse así: “Si los padres viven separados, se manda que el cuidado personal de los hijos corresponda a la madre”.

Ahora bien, supóngase que padre y madre están disputando el cuidado personal de un hijo o hija. Frente a la norma del Código Civil el primero tendría dos posibilidades:

(a) Afirmar que la norma del Código Civil prescribe lo siguiente:

<sup>17</sup> Artículo 82, inciso primero, número 6, de la Constitución.

<sup>18</sup> Artículo 82, inciso primero, número 7, de la Constitución.

- (M) Si los padres viven separados, se manda que el cuidado personal de los hijos corresponda a la madre en los casos en que ambos progenitores cuenten con igual posibilidad de velar por el interés superior del niño.

El padre podría añadir que la interpretación alternativa, sostenida por la madre, sería:

- (N) Si los padres viven separados, se manda que el cuidado personal de los hijos corresponda a la madre sin importar cuál de los progenitores cuenta con mejor posibilidad de velar por el interés superior del niño<sup>19</sup>.

Y concluir que mientras la norma de precisión (M) es perfectamente coherente con el artículo 19, número 2°, de la Constitución, el significado propuesto por la norma (N) es inconstitucional.

(b) Pero el padre tendría como segunda posibilidad afirmar derechamente que la norma del Código Civil es contraria al artículo 19, número 2°, de la Constitución.

Con las posibilidades (a) y (b), alternativas entre sí, es posible diferenciar con claridad los diversos objetos de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad.

Según se ha dicho, mediante la primera se pretende la declaración de inconstitucionalidad de una determinada norma infraconstitucional de precisión. En el ejemplo, el padre podría solicitar que se declare la inaplicabilidad de la norma (N) por contrariar la igualdad ante la ley entre hombres y mujeres establecida en el artículo 19, número 2°, de la Constitución. Por tanto, lo que se estaría haciendo a través de la acción de inaplicabilidad es cuestionar uno de los significados de precisión de la norma infraconstitucional directamente estatuida. Sin embargo, quedarían fuera de todo debate de constitucionalidad las demás normas infraconstitucionales de precisión (en el ejemplo, la norma M) y la propia norma infraconstitucional directamente estatuida (en el ejemplo, la expresada en el artículo 225 del Código Civil).

Mediante la segunda, en cambio, se pretende la declaración de inconstitucionalidad de una norma infraconstitucional directamente estatuida. En el ejemplo, el padre utilizaría la acción de inconstitucionalidad para intentar que la citada norma del artículo 225 del Código Civil sea declarada contraria al mandato de igualdad ante la ley entre hombres y mujeres a que se refiere el artículo 19, número 2°, de la Constitución. Por tanto, el debate de constitucionalidad recae sobre el significado de la norma infraconstitucional directamente estatuida. Sin embargo, el resultado del debate evidentemente podría impactar sobre las normas infraconstitucionales de precisión. A los efectos de una y otra acción se dedica el siguiente apartado.

<sup>19</sup> Evidentemente es posible generar otras muchas normas infraconstitucionales de precisión, dependiendo de las circunstancias de cada caso. Sin embargo, estas dos normas son suficientes para efectos de la explicación que se pretende.

## *2. Efectos, o la exclusión de normas.*

Lo dicho hasta aquí permite prever sin mayores dificultades los efectos de la acción de inaplicabilidad y de la acción de inconstitucionalidad, por cierto diversos. Ambas situaciones se revisarán brevemente a continuación.

### *2.1. Exclusión de normas de precisión por inaplicabilidad.*

En caso de acogerse la inaplicabilidad solicitada, se excluye un determinado significado de precisión para una norma infraconstitucional directamente estatuida. Este efecto alcanza tanto a la actual gestión pendiente como a futuros casos en que se invoque la misma norma de precisión.

Así, los efectos más evidentes e inmediatos de la declaración de inaplicabilidad se producen en la “gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial”, es decir, en el caso en que se invocó la norma. Esos efectos pueden expresarse a través de dos afirmaciones. Por una parte, el juez del mismo no podrá resolver el caso sobre la base de la norma infraconstitucional de precisión declarada inconstitucional.

Por el contrario, y esto es interesante, el juez puede resolver el caso sobre la base de las normas infraconstitucionales de precisión de la misma norma infraconstitucional directamente estatuida que no han sido inaplicadas. Ello se debe a que la declaración de inaplicabilidad a que se refiere el artículo 83, número 2°, de la Constitución recae sobre el precepto legal (o norma infraconstitucional). Por tanto, este es el sentido en que debe entenderse la expresión “precepto legal” a que se refiere el artículo 83, número 6°, de la Constitución.

Vinculando estas afirmaciones al ejemplo recién utilizado, el juez no podrá determinar a cuál de los progenitores otorga el cuidado personal del hijo aplicando la norma infraconstitucional de precisión (N). En cambio sí podrá invocar la norma (M), que también es infraconstitucional de precisión. De acuerdo con esta última norma infraconstitucional de precisión, podrá entregar el cuidado personal del hijo al padre o a la madre dependiendo de quién asegure de mejor manera el interés superior del niño. Sólo si ambos se encuentran en igualdad de condiciones lo concederá a la madre.

Pero si se declara la inaplicabilidad de una norma infraconstitucional de precisión, los efectos no sólo alcanzan a la “gestión pendiente”. Es efectivo que tradicionalmente la doctrina ha sostenido que tales efectos sólo incumben al caso en que se invocó el “precepto legal” declarado inaplicable. Sin embargo, no parece posible afirmar que esta sea la única interpretación viable para la regulación constitucional de esta acción.

Téngase presente que el artículo 19, número 2°, dispone: “La Constitución asegura a todas las personas la igualdad ante la ley”. Este mandato de igualdad importa, según ha expresado el propio Tribunal Constitucional chileno, “que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones dife-

rentes”<sup>20</sup>. Ahora bien, como expresa Paolo Comanducci, determinar si una situación es igual o diversa respecto de otra implica un juicio de valor<sup>21</sup>. Ese juicio de valor se traduce, siguiendo a Michele Taruffo, en una selección de los enunciados fácticos relevantes para el caso<sup>22</sup>.

Pues bien, puede ocurrir que los elementos fácticos relevantes de la “gestión pendiente” en que se declaró la inaplicabilidad coincidan con los de una “gestión pendiente” posterior. En este caso el ya citado mandato constitucional de igualdad impide que se aplique en el segundo caso la norma infraconstitucional de precisión declarada inaplicable en el primero de ellos.

Nuevamente el ejemplo más arriba utilizado puede resultar útil para graficar lo recién expuesto. Según se dijo, la norma infraconstitucional de precisión (N) fue declarada inaplicable en un determinado caso. Si en un caso posterior el padre y la madre disputan el cuidado personal del hijo, puede que la madre invoque el ya transcrito artículo 225 del Código Civil. Frente a ello, puede que el padre afirme que dicha norma debe entenderse en el sentido de la norma de precisión (M) y que la norma de precisión (N) es inconstitucional. En este escenario, el mandato de igualdad del artículo 19, número 2º, de la Constitución exigiría al juez de este segundo caso tratarlo del mismo modo que el primero. Por tanto, estaría obligado a rechazar el significado ofrecido por la norma de precisión (N), sin necesidad de que se solicite un nuevo pronunciamiento de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional.

Como puede advertirse, el efecto que aquí se propone importa reconocer a las sentencias de inaplicabilidad del Tribunal Constitucional el valor de precedente. En otras palabras, sus decisiones tendrían fuerza vinculante respecto de situaciones futuras en que los enunciados fácticos relevantes coincidan con los de una “gestión pendiente” posterior. Por tanto, el juez del caso podría excluir de inmediato una determinada norma infraconstitucional de precisión declarada inaplicable con anterioridad por el máximo intérprete de la Constitución.

A modo de síntesis, esta perspectiva se justifica en el análisis constitucional recién ofrecido y que se resume en dos afirmaciones. Primero, la Constitución no precisa con exactitud el efecto de la declaración de inaplicabilidad, de modo que debe determinarse mediante la interpretación constitucional. Segundo, la Constitución exige trato igualitario para situaciones iguales de acuerdo con lo prescrito en el artículo 19, número 2º, cuyo sentido ha sido determinado por el Tribunal Constitucional en la forma indicada.

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 53 de 1988, considerando 72.

<sup>21</sup> Paolo Comanducci, Igualdad liberal, ponencia presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 7 de agosto de 1995.

<sup>22</sup> Michele Taruffo, Consideraciones sobre prueba y verdad, en Rodrigo Coloma Correa (Ed.), La prueba en el nuevo proceso penal oral, LexisNexis, Santiago de Chile, mayo de 2003.

A lo anterior deben añadirse al menos tres argumentos. En primer lugar, desde la perspectiva de la economía procesal las ventajas son evidentes. En segundo lugar, se hace más eficiente el trabajo del propio Tribunal Constitucional. En lugar de reiterar indefinidamente su doctrina podría abocarse a definir el significado de las normas constitucionales directamente estatuidas frente a los siempre nuevos desafíos que les impone la realidad. Por último, no hay contravención de las normas constitucionales sobre inaplicabilidad. En efecto, el juez del caso no estará determinando la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una norma infraconstitucional de precisión. Ello ya habría sido sentenciado por el Tribunal Constitucional, de modo que el juez se limita a aplicar la doctrina de dicho órgano constitucional.

Por lo demás, debe advertirse que existen importantes mecanismos de seguridad. Primero, el propio juez del caso puede remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional para que se pronuncie respecto de la aplicabilidad de la norma infraconstitucional de precisión que se invoca. Segundo, la parte que considere que los elementos fácticos relevantes de su caso no coinciden con los del anterior también puede acudir ante el Tribunal Constitucional. Para ello podrá solicitar se declare la inaplicabilidad por vulneración del tantas veces citado mandato de igualdad por estar tratándose de la misma manera situaciones diferentes. En fin, siempre quedarán a salvo los recursos ante los tribunales superiores de justicia para alegar la errónea asimilación entre el caso actual y el anterior.

## *2.2. Exclusión de normas infraconstitucionales por inconstitucionalidad.*

La acción de inconstitucionalidad recae, según se ha dicho, sobre la norma infraconstitucional directamente estatuida. La declaración de inconstitucionalidad así solicitada produce la derogación del precepto legal, según declara la propia Constitución<sup>23</sup>. Esto significa que la norma infraconstitucional directamente estatuida es expulsada del ordenamiento jurídico. Con todo, este efecto no puede operar de manera retroactiva<sup>24</sup>.

Tal derogación alcanza, evidentemente, a las normas de precisión de la infraconstitucional directamente estatuida. En efecto, la expulsión de esta última del sistema jurídico arrastra todas las interpretaciones o significados de la misma. En tal sentido puede afirmarse que lo accesorio (las normas infraconstitucionales de precisión) sigue la suerte de lo principal (la norma infraconstitucional directamente estatuida).

La relevante función de la acción de inconstitucionalidad presenta, sin embargo, importantes cortapisas en el diseño constitucional. Por una parte, se ha establecido un quórum difícilmente alcanzable. Para que prospere esta acción es necesario que se inclinen en tal sentido ocho de los diez ministros del órgano jurisdiccional<sup>25</sup>. Sin

<sup>23</sup> Artículo 83, inciso tercero, de la Constitución.

<sup>24</sup> Artículo 83, inciso tercero, de la Constitución. Esta afirmación constitucional reconduce el problema hacia aspectos de retroactividad sin duda interesantes, pero que exceden los fines del presente trabajo.

<sup>25</sup> Artículo 82, inciso primero, número 7°, de la Constitución.



embargo, si se encuentran en ejercicio nueve, ocho, siete, seis o cinco de sus miembros, se requiere, respectivamente, el voto conforme de ocho, siete, seis, cinco y cuatro ministros. En los demás casos se requiere unanimidad. Parece posible sostener que con este elevado quórum el constituyente expresa una importante resistencia hacia la acción de inconstitucionalidad.

Por otra parte, la acción de inconstitucionalidad se ha configurado como subsidiaria de la acción de inaplicabilidad. Según se ha dicho, la primera sólo puede deducirse respecto de “un precepto legal declarado inaplicable”<sup>26</sup>. A diferencia de lo afirmado respecto del quórum, aquí no habría un problema de resistencia hacia la acción de inconstitucionalidad. Lo que más bien reflejaría este carácter subsidiario es una confusión respecto de las funciones de esta acción y la inaplicabilidad. Para decirlo aún más claramente, no había conciencia de la diversidad de objetos de una y otra acción al momento de diseñarlas.

En efecto, no se ve qué razones justificarían la necesidad de declarar la inaplicabilidad de un precepto legal si tanto la norma infraconstitucional directamente estatuida como las normas de precisión de la misma resultan contrarias a la Constitución. Si desde un principio resulta posible advertir esta disconformidad la sucesiva consideración de inaplicabilidad e inconstitucionalidad carece de sentido. Considerando tal diversidad de fines, la acción de inconstitucionalidad debería proceder de manera directa y con total autonomía respecto de la inaplicabilidad.

Nuevamente, y por última vez, la remisión al ejemplo tantas veces citado permitirá clarificar esta perspectiva. En la disputa por el cuidado personal del hijo puede ocurrir que el padre rechace la norma directamente estatuida en el artículo 225 del Código Civil. En tal sentido podría afirmar que cualquier preferencia en favor de alguno de los progenitores que no se encuentre jurídicamente justificada constituiría una vulneración del mandato constitucional de igualdad entre hombres y mujeres. En este caso ninguna referencia sería necesaria a las normas infraconstitucionales de precisión, pues cualquier significado de la directamente estatuida sería igualmente contrario a la Constitución. En dicho escenario es evidente que el diseño constitucional debería permitir al padre deducir directamente la acción de inconstitucionalidad contra la referida norma del Código Civil.

#### IV. Conclusiones

De acuerdo con lo expresado en el presente trabajo, tanto la acción de inaplicabilidad como la de inconstitucionalidad constituyen mecanismos de tutela de la supremacía constitucional. Sin embargo, los objetos y efectos de una y otra son totalmente diversos.

<sup>26</sup> Artículo 82, inciso primero, número 7°, de la Constitución.

La acción de inaplicabilidad tiene por objeto una o varias normas de precisión de una norma infraconstitucional directamente estatuida. Es sobre aquéllas que recae la evaluación de conformidad o disconformidad con la Constitución. Si el Tribunal Constitucional declara la inaplicabilidad de una de tales normas de precisión, no será posible invocar este significado nuevamente. Y ello no sólo en el mismo caso en que se ha deducido la inaplicabilidad, sino en cualquier caso futuro en que exista coincidencia de los enunciados fáctivos relevantes.

Por tanto, la inaplicabilidad no afecta la norma infraconstitucional directamente estatuida ni las demás normas de precisión de esta última que no han sido declaradas inaplicables. Tanto aquélla como éstas son perfectamente aplicables en la gestión pendiente, así como en cualquier otro caso. De este modo, la expresión "precepto legal" incluida en el artículo 83, número 6°, de la Constitución, sólo se refiere a las normas infraconstitucionales de precisión consideradas contrarias a la Constitución. De este modo, y en definitiva, la acción de inaplicabilidad opera como un mecanismo de exclusión de significados de precisión de una norma infraconstitucional directamente estatuida.

La acción de inconstitucionalidad, por su parte, tiene por objeto una norma infraconstitucional directamente estatuida. Es sobre ella que recae directamente el juicio de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional. En caso de acogerse dicha acción, el efecto es la derogación de la respectiva norma. Por tanto, la misma no podrá ser invocada en ningún caso, sin perjuicio de la imposibilidad de que esta derogación opere retroactivamente.

La declaración de inconstitucionalidad alcanza a todas las normas de precisión de la norma infraconstitucional directamente estatuida que ha sido expulsada del sistema jurídico. Por tanto, ninguno de tales significados puede invocarse en gestión alguna. Por cierto en este caso la prohibición de retroactividad es perfectamente aplicable a las normas de precisión, con el mismo alcance que la directamente estatuida.

Por último, debe destacarse que en el diseño de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad el constituyente manifiesta ignorancia y reticencia. Ignorancia respecto de las funciones y efectos de una y otra acción, como lo revela el carácter subsidiario con que se han configurado una respecto de la otra. Reticencia respecto de la acción de inconstitucionalidad, como lo evidencia el elevado quórum exigido para su declaración.

