

Legal |
Opinión | Artículo 1 de 1

Reflexiones relativas a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional

En respuesta a la columna de Valeria Lübbert: "...Si bien en la mayoría de los casos la suspensión resulta esencial como medida cautelar para evitar que el juez del fondo falle el asunto controvertido, evitando la aplicación de la norma impugnada y antes de que el propio TC se pronuncie sobre la inaplicabilidad deducida, resulta necesaria la búsqueda de alternativas que permitan una agilización de los fallos..."

Jueves, 29 de agosto de 2019 a las 11:44



A⁻ A⁺ Imprimir Enviar

Jorge Barrera y Rodrigo Pica

En [una reciente columna](#), Valeria Lübbert ha abierto un interesante debate sobre el control concreto de constitucionalidad llevado por el Tribunal Constitucional (TC), un eventual retorno de la inaplicabilidad a la Corte Suprema y la legitimación de parte para activar dicho control, así como su cuestionamiento a la creación de un amparo extraordinario.

Para hacerse cargo de estos puntos es necesario partir analizando el contexto de lo que era la acción de inaplicabilidad previa al año 2005, la cual durante 80 años no fue ni eficaz ni exitosa¹.

Ahora bien, la inaplicabilidad del constituyente derivado del año 2005 difiere bastante en naturaleza respecto de la inaplicabilidad que se tramitaba ante la Corte Suprema. En efecto, el antiguo artículo 80 de la Constitución señalaba

que esta última podía declarar inaplicable "*todo precepto legal contrario a la Constitución*", por lo que lo que había no era precisamente un control concreto de constitucionalidad, sino que un control abstracto pero aplicable al caso concreto. Por otra parte, cuando analizamos lo dispuesto en el artículo 93 N° 6 de la Constitución, donde el TC lo que hace es verificar si resulta inaplicable "*un precepto legal cuya aplicación... resulte contraria a la Constitución*", nos enfrentamos a un verdadero control concreto, en donde es la aplicación de la norma en un determinado supuesto específico, lo que resulta contrario a la Carta Fundamental, y no precepto legal en sí mismo, entendiéndose que este se encuentra conforme a la

Constitución en todas sus demás aplicaciones posibles.

Lo anterior podría resultar relevante para entender, por una parte, el por qué las inaplicabilidades impetradas ante la Corte Suprema tenían tan poco éxito, tomando en consideración que la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, si bien tenía efectos solo para el caso concreto, significaba para el máximo tribunal declarar que la norma era inconstitucional en abstracto, lo cual obviamente chocaba — en teoría al menos— con el principio de deferencia al legislador y generaba, al mismo tiempo, una contradicción funcional insalvable: un tribunal de casación, garante de la sumisión a la ley, que al mismo tiempo era tribunal de control de normas que podía romper esa misma sumisión para el juez. Por lo demás, no debemos descartar que la “autorrestricción” por parte de la Corte Suprema, y previo a la reforma del año 2005, haya significado que en la práctica existieran preceptos legales que nacieron a la vida del derecho siendo contrarios a la Constitución, pero que, no obstante aquello, la Corte Suprema terminó tolerando en muchos casos dichas vulneraciones, tal como lo fue su temprana doctrina de los años 30, en la cual se declaraba incompetente para conocer vicios e constitucionalidad de forma.

En otro orden de cosas, relativo al debate suscitado respecto de la legitimación de parte en la inaplicabilidad, dejando el impulso procesal exclusivamente al juez, la columnista tiene un gran punto a su favor, pues, en efecto, si se examina el derecho comparado no es común el control de este tipo a iniciativa de parte. Sin embargo, en Chile, ya la Carta de 1925 lo concibió así y su práctica como herramienta de litigación llega consolidada al siglo XXI como una nota configurativa del control *ex post*, la cual no fue tocada en la reforma de 2005.

Pero, además, en base a la evidencia existente en nuestro país, hemos de concluir que la inaplicabilidad de juez ha sido derechamente un fracaso, pues ha sido muy escasamente utilizada. Por lo pronto, resulta necesario ponderar que el esquema actual le exige al juez fundar la solicitud de inaplicabilidad señalando cómo fallaría la gestión, qué resultado produciría, qué normas aplicaría y por qué lo considera inconstitucional, todo ello con la gestión pendiente. Obviamente, ello obliga a un prejuizgamiento, donde el juez de fondo toma posición, previo a la dictación de su sentencia definitiva.

Por su parte, la iniciativa de parte guarda estrecha relación con ser el destinatario mismo de la aplicación de la ley y no resultaría del todo correcto traspasarle al TC la carga por la existencia de un mayor número de requerimientos de inaplicabilidad ni de inaplicabilidades acogidas, en comparación con lo que ocurría antes del año 2005, pues, por lo demás, y tal como ya hemos sostenido, resultan realidades algo incomparables, habida cuenta que la naturaleza misma de la acción constitucional en comento es distinta y que la estadística existente debiese de partida desglosar las causas relativas tanto a la Ley N° 18.216, sobre penas alternativas, como al año de presidio efectivo de la llamada “Ley Emilia”, que hoy son la gran mayoría de causas que conoce el Tribunal Constitucional.

Asimismo, exigir interés público y no particular podría resultar contradictorio con el carácter concreto de la inaplicabilidad que, por obedecer en muchos casos a cuestiones particulares de una relación jurídico procesal específica, tiene efectos *inter partes* y sobre cualquier materia. De hecho, bajo esta lógica es posible sostener que el proceso de inaplicabilidad no es propiamente de interés público, sino de interés particular, pudiendo obviamente desarrollarse entre privados sin órganos estatales como parte. Por lo demás, en las inaplicabilidades tramitadas, y salvo en un par de casos bastante controvertibles en todos estos años, los colegisladores tampoco han ejercido su derecho a formular observaciones o presentar antecedentes durante los 20 días que les concede el propio artículo 86 inciso segundo de la Ley Orgánica

Constitucional del TC, vía establecida por el propio legislador para proteger el interés público.

Como corolario respecto de este punto, quizás el mayor problema que generaría eliminar la inaplicabilidad a petición de parte podría consistir en su eventual afectación al derecho de acceso a la justicia para los particulares, en la medida que, en efecto, más del 90% de las inaplicabilidades se fundan en derechos fundamentales, de titularidad, ejercicio y disposición de la propia parte. ¿Qué pasaría en los casos de la Ley N° 18.216 o la Ley Emilia en manos de jueces que no vieran su inconstitucionalidad? Han sido precisamente las partes las que han permitido que se haga valer la supremacía constitucional en el caso concreto, pues de no existir legitimación activa de parte la aplicación del precepto impugnado seguiría siendo contraria a la Constitución, solo que dicho efecto inconstitucional no podría ser alegado, sobre todo siendo de escasa frecuencia las inaplicabilidades de juez.

Ahora bien, y sin perjuicio a todo lo anteriormente señalado, creemos que los cuestionamientos que plantea Valeria Lübbert en su columna resultan absolutamente atendibles y que existe al menos un diagnóstico compartido de que las normas que regulan ciertas y determinadas competencias del TC deben ser revisadas.

Quizás en este punto en particular, uno de los temas que hoy debe ser reflexionado en torno a la saturación de causas en el Tribunal Constitucional lo constituye la pertinencia del quórum de 4/5 para declarar inconstitucionalidad *erga omnes* y abstracta sobre esas mismas normas que son declaradas inaplicables con mayoría absoluta, pues el escenario para las partes es que al no haber declaración de inconstitucionalidad se ven casi compelidos a iniciar procesos de inaplicabilidad.

Otra de las cuestiones imprescindibles parece ser la necesidad de definir claramente en la ley orgánica del TC lo que debe entenderse por "falta de fundamento plausible" en materia de inaplicabilidad, pues, a nuestro entender, ese debiera ser el gran filtro de admisibilidad. Sin embargo, hoy no existe definición legal alguna al respecto, siendo necesario que el legislador establezca también la necesidad de argumentar en torno a la relevancia constitucional del asunto que se pretende sea conocido.

Y, por último, si bien en la mayoría de los casos la suspensión resulta esencial como medida cautelar para evitar que el juez del fondo falle el asunto controvertido, evitando la aplicación de la norma impugnada y antes de que el propio TC se pronuncie sobre la inaplicabilidad deducida, resulta necesaria la búsqueda de alternativas que permitan una agilización de los fallos de inaplicabilidad, a fin de que se evite el efecto perverso que, más que con la masividad, dice relación con la suspensión y los plazos que tiene el Tribunal Constitucional para fallar en fondo.

Finalmente, creemos que resulta del todo necesario hacerse cargo de qué ocurre cuando el juez de fondo *ex profeso* no realiza la exclusión de la norma declarada inaplicable y la aplica a la gestión pendiente, a pesar de que se ha dictado una sentencia de inaplicabilidad por parte del TC. En este caso específico, creemos que el Tribunal Constitucional debe contar con competencias para que exista un cumplimiento efectivo de sus fallos, sino el propio control realizado por él podría terminar siendo irrelevante en el futuro.

Con lo anterior, se hace clara la necesidad de un amparo extraordinario como tutela constitucional calificada, tasada estrictamente, excepcional y de *última ratio* para el control de constitucionalidad de sentencia por denegación de tutela judicial efectiva o vulneración manifiesta y grave de derechos fundamentales una vez agotada la vía judicial, un instituto que hoy define al modelo concentrado de

jurisdicción constitucional y que puede observarse en los tribunales constitucionales del mundo, entre ellos los de Alemania, España, Perú y Colombia. Tras décadas de praxis sobre este instituto, está claro que es muy excepcional, pero que sería un mecanismo eficaz de tutela.

** Jorge Barrera Rojas y Rodrigo Pica Flores son miembros del Observatorio Constitucional de la Universidad San Sebastián, además de profesores de Derecho Constitucional y Administrativo y de Derecho Político y Constitucional, respectivamente, de ese plantel. El primero es abogado de la U. de Chile y máster en Public Interest Law and Policy por la U. de California, Los Ángeles, mientras que el segundo es abogado de la U. Central y magíster en Derecho Constitucional por la U. de Talca.*

¹ La jurisdicción constitucional: funcionamiento de la acción o recurso de inaplicabilidad, Crónica de un fracaso, Gómez Bernales, Gastón, *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, n. 3, julio-septiembre 2003, pp. 50-89.

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online