

LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL:
funcionamiento de la Acción o Recurso de inaplicabilidad.
crónica de un fracaso.

Gastón Gómez Bernales.
Borrador para la discusión
octubre de 1999

El presente trabajo tiene por objeto, en primer lugar, registrar y evaluar el funcionamiento de la acción o recurso de inaplicabilidad (a la que está dedicada toda la tercera parte de este trabajo) y en segundo lugar, analizar si dicha acción produce decisiones de inaplicación o constitucionales como una genuina jurisdicción constitucional (a lo que está dedicada la segunda parte). Se trata, en síntesis, de constatar si mediante estas decisiones la Corte Suprema interpreta el texto constitucional desarrollándolo y si se sitúa en la tensión democracia y constitución protegiendo derechos fundamentales y configurando una práctica que de mayor seguridad a los ciudadanos.

Indagar si el llamado recurso de inaplicabilidad funciona acertadamente creo que tiene especial relevancia para la vigencia y arraigo del constitucionalismo en nuestro país. En efecto, el constitucionalismo es una noción que reclama no sólo la existencia de normas que organizan el poder y que poseen cierta inalterabilidad frente al proceso legislativo, sino también y de modo muy preponderante un conjunto de exigencias acerca de las estructuras específicas de esos procedimientos (no cualquier procedimiento legislativo satisface exigencias de, por ejemplo, universalidad del voto, igualdad, consideraciones objetivas de cálculo y peso, etc.) y acerca del contenido de las leyes que regulan la vida pública (que llamaríamos respeto por los derechos). Ahora bien, algunos teóricos han advertido una tensión importante entre los ideales de una democracia participativa en el que los afectados por las decisiones políticas tienen un extenso e igualitario acceso al proceso de formación de las decisiones y el ideal del gobierno limitado, en el cual la mayoría no puede afectar ciertos bienes e intereses, los que, en realidad, se encuentran más allá de su esfera de manipulación. Es evidente, además, que estos ideales de gobierno limitado y democracia participativa presentan una amplia gama de posibles combinaciones –en atención a la experiencia de América Latina y de otros sistemas más estables- que van desde un constitucionalismo mínimo o débil hasta sistemas que desarrollan intensos procesos democráticos e instituciones que afianzan el gobierno limitado o el respeto por los derechos. En estos modelos de constitucionalismo más fuerte se advierten jurisdicciones constitucionales intensas y concentradas que interpretan la Constitución y protegen derechos fundamentales, en suma, jurisdicciones que cuenta con poder para revisar y controlar las leyes que los amenazan configurando derechos. En estos sistemas se advierte también que las jurisdicciones constitucionales desarrollan argumentativamente la constitución generando –si observamos descriptivamente- una verdadera práctica constitucional que tiende a tutelar derechos fundamentales. A juzgar por el funcionamiento de esos sistemas más fuertes, la posibilidad de que los ciudadanos puedan poner en entredicho e invalidar las leyes que afectan esos derechos, dentro de ciertas condiciones, robustece los ideales del constitucionalismo. Si bien advierto que en estos sistemas el problema de la justificación de este control contra mayoritario –como se denomina este rasgo invalidatorio de las jurisdicciones constitucionales- no es nada pacífico, resulta interesante indagar si la acción o recurso de inaplicabilidad en el período de investigación pasa un test mínimo de constitucionalismo. Toda vez que esta acción parece ser la única para invocar derechos fundamentales e inaplicar” leyes.”

Si la jurisdicción constitucional tiene especial trascendencia para el constitucionalismo y los ideales de respeto a bs derechos individuales y de participación democrática, se puede colegir que revisar y

analizar el funcionamiento del recurso de inaplicabilidad es un aspecto importante para detectar la intensidad de estos ideales en nuestro país. Más aún cuando la inaplicabilidad parece provocar, a primera vista, una buena impresión ya que, como se sabe, se ha mantenido relativamente inalterada durante setenta y cinco años. Con todo ¿cumplirá con los propósitos que justifican tenerla? Porque si ella no funciona apropiadamente hay que proponer una revisión global de la jurisdicción constitucional, toda vez que es el único expediente institucional a que los ciudadanos pueden recurrir explícitamente para cuestionar las leyes.

I. Introducción: la inaplicabilidad como jurisdicción constitucional.

1. Sentido de la inaplicabilidad. La acción o recurso de inaplicabilidad es una técnica que la Constitución instituye para resolver conflictos normativos de jerarquía que se suscitan en el sistema jurídico con la aplicación de normas a casos concretos y para tutelar derechos fundamentales¹. Si con motivo de un litigio, juicio o gestión la (o las) norma (s) legal (es) que un juez ha de aplicar para resolverlo está (o están) en conflicto con otra (u otras) norma (s) pero de la Constitución, entonces la inaplicabilidad es la vía para suspender la obligación del juez de aplicar el derecho legislado, los preceptos legales, a casos. Ello supone, naturalmente, que el derecho legislado es indisponible para el juez de fondo llamado a resolver disputas². Por intermedio de la inaplicabilidad se libera entonces a los jueces del sometimiento al imperio de la ley. En suma, por medio de la inaplicabilidad los titulares de derechos subjetivos público recurren hasta la Corte Suprema para que ésta se los resguarde frente al poder legislativo, ordenándole a un juez la ineficacia circunstancial de una o varias normas legales por ser contrarias a la constitución.

Para entender y evaluar correctamente la inaplicabilidad y su incidencia en la interpretación de la constitución y en la seguridad de los derechos que ésta resguarda, es fundamental advertir que ésta funciona en el sistema jurídico como una técnica de control de normas o preceptos legales y no de control o invalidación de enunciados legales y que las resoluciones o sentencias que en los procesos de inaplicabilidad se dictan tienen exclusivamente efectos inter pares o relativos, desconociéndose en nuestro sistema jurídico las sentencias constitucionales de invalidación. En efecto, lo primero que cabe aclarar es que la acción o recurso de inaplicabilidad funciona como control de normas legales y no de enunciados legales, incrementando, con ello, la necesidad de técnicas adicionales que den estabilidad a las interpretaciones de las normas y la constitución. Si la inaplicabilidad funcionara como un control de enunciados por inconstitucionalidad, bastaría con comunicar públicamente la inconstitucionalidad para mantener la unidad de la constitución mediante el expediente de invalidar el enunciado, expulsándolo del sistema jurídico, y provocando con ello efectos generales o erga omnes. Pero la inaplicabilidad no opera como control de enunciados funciona como control de interpretaciones o significados de los enunciados (normas)³. Así, lo que se declara inaplicable por inconstitucional –ineficaz circunstancialmente- a un caso

¹ En la teoría constitucional actual, se ha desarrollado una tendencia muy fuerte que reduce el papel de la jurisdicción constitucional a tutelar derechos subjetivos públicos o fundamentales. Se afirma que basta con que se contemple un amplio recurso directo de los ciudadanos para que la jurisdicción constitucional se satisfaga. Así, tanto el típico recurso de inconstitucionalidad, o los controles abstractos, podrían resolverse por esta vía. Véase, Francisco Rubio Llorente, *La Forma del Poder*, CEC, Madrid, 1993, en particular su artículo “La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho”.

² Esto es justamente la práctica constitucional que se ha afianzado –por diversas razones- en Chile (cualesquiera que sea la opinión que ello nos merezca). Así, lo ha resuelto expresamente la Corte Suprema, ver fallo Cia Minera Tamaya y todos los ingresados por la Minerías para impugnar el Código de Minería (más adelante se detallan).

³ La distinción entre norma (como significado de) y enunciado normativo, está tomada de Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, me parece interesante para ilustrar que la inaplicabilidad versa sobre normas y que son éstas las que en última instancia, se declaran constitucionales o no, pero a los efectos de un caso (no se trata de un control abstracto, en el que se declaran inconstitucionales todas las posibles significaciones de un enunciado normativo, todas las normas que posee).

concreto, si bien formalmente es el enunciado legal, en realidad es la o las interpretaciones o significados que es posible advertir de un enunciado en función a la específica situación o caso en que va a ser aplicada dicha interpretación o norma. De este modo, el problema de determinar si la inaplicabilidad por inconstitucionalidad incrementa la unidad interpretativa de la constitución o por el contrario solo estimula la regularidad formal de las decisiones mas no su unidad interpretativa material, ya que, entre otros aspectos, no se mantienen por los jueces constitucionales ni los métodos ni las interpretaciones de la constitución, o bien, averiguar si la Inaplicabilidad funciona de modo abiertamente discrecional, resultan, todos ellos, objetivos o preguntas decisivas para evaluar el compromiso efectivamente constitucional del sistema y la certeza de esta acción.

Lo segundo que es importante de aclarar en la Inaplicabilidad, y que está en directa relación con la configuración de una práctica de la Constitución, es que ni el sistema jurídico ni la práctica constitucional fijan formalmente extensión a los efectos de una sentencia de inaplicación más allá de la gestión, proceso o causa para la cual directamente se ha solicitado –me refiero solo a aquellas que acogen una inconstitucionalidad pues las de rechazo no generan efecto alguno. Ello puede provocar inestabilidad en las interpretaciones de la constitución y como veremos las provoca. Así, una declaración favorable de inconstitucionalidad no invalida el precepto legal o la ley tachada por el Pleno de inconstitucional y no la expulsa del sistema jurídico, pudiendo volver a aplicarse incluso en supuestos fácticos similares. La Corte, entonces, se pronuncia sobre la consistencia con la constitución de una norma para –y teniendo en cuenta– una gestión o juicio y le está vedado en la practica constitucional efectuar declaraciones de invalidación. Como se advierte se trata de una excepción de inconstitucionalidad. En consecuencia, esta declaración es una ineficacia parcial que obliga al juez ad quo o a la propia Corte a excluir esa disposición legal de los fundamentos de la decisión del caso –que en otras circunstancias por imperativo del principio de legalidad le obliga– pero no llega más allá. Buena parte de estos problemas se deben a que la práctica constitucional no reconoce valor a fórmulas semejantes al precedente.

2. La inaplicabilidad y la jurisdicción constitucional chilena. He afirmado que la inaplicabilidad es la única técnica de revisión de la constitucionalidad de preceptos legales que impera en nuestro sistema. Sin embargo, hay que advertir que el ideal de tutelar derechos fundamentales mediante una jurisdicción constitucional enfrenta un serio contratiempo de diseño en Chile. Mientras en el resto de los sistemas comparados relativamente logrados la función constitucional de control presenta concentración orgánica y respeto al precedente⁴ –esto es, hay un órgano que en definitiva controla e interpreta la constitución para todas las potestades y sus decisiones producen impacto en el resto de la actividad jurisdiccional– en nuestro país existe un sistema difuso de control constitucional y hay varios órganos que interpretan y aplican la constitución, lo que alienta decisiones constitucionales divergentes y contingentes. Así, a la función que cumple el recurso de inaplicabilidad en el control constitucional a posteriori de las leyes se le suma el control preventivo del Tribunal Constitucional, en una verdadera superposición de controles que sólo se explica en el propósito de que este último funcione como órgano de resolución de controversias políticas entre mayorías y minorías democráticas (con todo, las decisiones del Tribunal demuestran que éste ni siquiera ha logrado configurar una jurisprudencia contra mayoritaria sucumbiendo a las presiones de uno u otro grupo). Al cuadro anterior es necesario agregar las funciones de control e interpretativas de la constitución que poseen las Cortes de Apelaciones y la diversas Salas de la Corte Suprema en la tutela de derechos fundamentales mediante las acciones de Amparo, Protección, Amparo Económico, Pérdida y

⁴ Este es, por ejemplo, el caso de los fallos pronunciados mediante el certiorari de la Corte Suprema de Estados Unidos. Por otra parte, el artículo 6º de la Ley Orgánica de Administración de justicia en España, establece que los tribunales de justicia deberán aplicar e interpretar la constitución, conforme los métodos y criterios interpretativos esbozados en los fallos del Tribunal Constitucional. Lo mismo acontece en el TC alemán. En el caso Francés, si bien no existe obligación de seguir sus fallos por la jurisdicción ordinaria, el Consejo de Estado ha aplicado directamente los métodos y criterios elaborados por el TC.

Desconocimiento de la Nacional, Indemnización por Error Judicial y otras. No puede obviarse en esta descripción de los órganos con funciones constitucionales de interpretación constitucional y de protección de derechos, las tareas de la Contraloría y de los Tribunales Calificadores de Elecciones, ni tampoco la potestad que la Corte Suprema ha reconocido a todos los jueces de la República para declarar la derogación tácita de leyes anteriores a la constitución. Por último, el Senado posee atribuciones interpretativas de la constitución en la medida que está llamado a resolver contiendas de competencia entre autoridades administrativas y los tribunales superiores de justicia; atribución, que, como acontece con el conflicto entre la Contraloría y las Corte a propósito de la procedencia de la protección contra el acto de toma de razón, puede tener impacto en derechos individuales.

La descripción anterior da cuenta de la existencia de varios órganos con potestades interpretativas de la Carta y de control constitucional. La presencia de todos estos órganos no debiera en principio preocuparnos si es que hubiese ordenación y las interpretaciones de la Carta tendieran a uniformarse o hubiera modos de confrontarlas. Pero no es el caso puesto que lo que se advierte es un ejercicio aislado de las facultades que la constitución confiere. Ello debilita la supremacía constitucional.

3. Jurisdicción constitucional y constitución.

3. El diseño público de la Inaplicabilidad dificulta el funcionamiento y debate que exige una genuina jurisdicción constitucional. Desde el comienzo se puede afirmar que el diseño institucional de la inaplicabilidad –luego veremos la consistencia de sus decisiones- no constituye un marco acertado para el debate constitucional. La inaplicabilidad en cualquiera de sus dos modalidades, esto es, como recurso o acción, posee escaso diseño de jurisdicción constitucional.

En primer lugar, desde la perspectiva del impulso o iniciativa para la revisión de la constitucionalidad de las normas legales, cabe concluir que tal iniciativa, sin contrapeso, está entregada exclusivamente al titular, sujeto o parte interesada del asunto de fondo que se tramita ante “otro tribunal”. A ello cabe agregar, que la motivación para interponer un recurso proviene no de razones públicas o institucionales sino que está estrechamente vinculada al propósito o pretensión que anima la acción o juicio iniciado y la búsqueda de la satisfacción o tutela del interés privado que, se cree, está afectado. Así, la cuestión de la inaplicabilidad y por lo tanto la de la constitucionalidad de las normas o preceptos legales es un apéndice del asunto, litigio o conflicto privado que anima el pleito de fondo, y solo a raíz y dependiente de él podrá ser revisada constitucionalmente una norma o precepto legal. La revisión de constitucionalidad de las normas legales es un asunto que no tiene autonomía pública del litigio privado. Es más, en casi la totalidad de los casos investigados, la inaplicabilidad funciona solo para evitar la aplicación de preceptos inconstitucionales a litigios o gestiones privadas y a instancias de los interesados provocando escasos efectos horizontales para el resto del sistema jurídico.

En segundo lugar, y fuera de la iniciativa reducida al interés privado que hemos anotado, en el debate constitucional que se provoca como consecuencia del recurso de inaplicabilidad no se divisa la intervención explícita de razones, intereses o puntos de vista públicos expuestos por entes que asuman esa representatividad. En efecto, desde la perspectiva de la legitimación activa, es sintomático que están excluidos de intervenir en el debate actores que en otros sistemas son sumamente influyentes como los “amicus curiae” de la causa, algún defensor público o ministerio de esta clase con papel relevante y está excluido también el juez de fondo llamado a conocer y resolver el caso (ni siquiera se le consulta su parecer). Asimismo, están excluidos del debate los ciudadanos porque la inaplicabilidad no funciona como acción pública.

En tercer lugar, desde el punto de vista del procedimiento, éste está concebido como un procedimiento privado análogo a los elaborados para litigios comunes; así, el impulso depende de la parte, la instancia es abandonable, es posible desistirse –en suma es disponible el procedimiento y lo

debatido- y solo las partes pueden solicitar la suspensión del procedimiento, alegar, presentar pruebas, etc., etc, todo mirando al interés procesal del solicitante. Como se advierte, en el procedimiento previsto no se contempla –ni admite porque dado el carácter inter pares de los efectos de las sentencias resultaría innecesario- ningún espacio procesal para el debate público del problema de constitucionalidad que no sean los alegatos de parte.

Por último, desde la perspectiva de sus efectos, el carácter o efecto inter pares o relativo de las decisiones favorables de inaplicabilidad evidencia agudas diferencias entre diversas causas ya que “beneficia” solo a aquella causa para la cual se decreta formalmente. La Inaplicabilidad no provoca efectos de jurisprudencia o de precedente pues ni el Pleno de la Corte ni los actores del sistema actúan como si los razonamientos que permitieron arribar a una declaración de este tipo no poseen perdurabilidad ni penetración para otros casos.

De lo anterior puede colegirse, que un diseño institucional precario de la inaplicabilidad, que, por lo demás sigue la lógica de los procesos privados, no facilita ni incentiva el genuino debate constitucional de cuestiones de interés y valor público (en general, satisface legítimos intereses privados) y tampoco contribuye a la estabilidad de las interpretaciones de la constitución ni, en consecuencia, a la tutela de derechos subjetivos públicos. Una factor determinante es que la práctica constitucional (el diseño institucional) no reconoce valor al precedente ni estructura un procedimiento acorde con la jurisdicción constitucional.

II. El funcionamiento de la inaplicabilidad, entre 1990 y 1996

En este capítulo se analiza el funcionamiento de la inaplicabilidad a través de cifras o tasas generales. Estas cifras se consignan en un modelo que piensa la jurisdicción constitucional, en especial el recurso de inaplicabilidad, como intercambio entre demanda por tutela de derechos constitucionales (tasa de ingresos anuales) y una oferta que el sistema institucional produce (tasa de fallos anuales). Entendemos, en consecuencia, que estas mediciones o tasas –la oferta y la demanda- son vitales para determinar la productividad en el trabajo de la Corte⁵. Para estos efectos, entonces, hemos construido un modelo con los resultados formales de la inaplicabilidad entre 1990 y 1996⁶.

1. Ingresos de Inaplicabilidad

El cuadro que sigue da cuenta de los ingresos de recursos de inaplicabilidad en el período que abarca el estudio, 1990 a 1996. Las cifras reflejan la demanda por justicia constitucional.

Cuadro número 1

<i>Ingresados</i>	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	TOTAL
ENERO	3	2	5	7	2	7	6	0	32

⁵ Usaré un concepto reducido de productividad, ya que me limitaré a analizar los flujos del sistema –ingresos y egresos. Cuando analice la coherencia de las decisiones constitucionales se podrá advertir indicadores cualitativos –como la coherencia- de sus fallos.

⁶ Es necesario, creo, justificar el período escogido. Se comienza en 1990 porque es el primer año de plena vigencia de la democracia y la constitución. El período anterior está marcado por las circunstancias. Termina en 1996 –inclusive- porque en el plazo de 7 años es posible analizar –dados los promedios de duración de las causas- tres “ciclo” de causas. Con todo, la situación no parece haber cambiado en los años 1997 y 1998, según la información que poseo.

FEBRERO	0	3	0	0	2	0	1	0	6
MARZO	0	3	5	7	5	10	7	0	37
ABRIL	0	8	9	8	9	4	4	0	42
MAYO	0	3	1	7	5	43	2	0	61
JUNIO	1	1	24	7	8	1	5	0	47
JULIO	1	8	52	7	8	4	5	0	85
AGOSTO	1	2	28	3	2	10	1	0	47
SEPTIEMBRE	6	4	10	5	11	3	1	0	40
OCTUBRE	8	5	23	5	16	6	1	0	64
NOVIEMBRE	1	4	19	4	3	3	1	0	35
DICIEMBRE	4	7	6	2	10	4	1	0	34
TOTAL	25	50	182	62	81	95	35	0	530

Si la demanda está determinada, al menos, por la congestión o demora, por la esperanza de resultado favorable y por la intensidad de la necesidad de justicia constitucional, el número reducido de ingresos y la irregularidad de ellos pone en duda el papel, diseño y funcionamiento de la inaplicabilidad como jurisdicción constitucional. La irregularidad que se advierte en los ingresos no tiene explicación en el período, porque no hay hechos que la justifiquen, esto es, especiales circunstancias originadas en el propio recurso, modificaciones procesales que faciliten o dificulten la acción, mayor litigiosidad en el sistema que desaliente los ingresos, aumento de la rapidez de los fallos que la estimule, etc. No se advierte por qué se presentan abruptos aumentos de los ingresos en los años 92 (esta cifra se explica, en parte, debido a que ingresaron en ese año más de 90 causas impugnando el artículo 98 del DFL 252 de 1960 y 21 causas que impugnan la ley 18.525) y 95. Naturalmente, tampoco se advierte por qué en los años siguientes, esto es, 93 y 96 caen notoriamente los ingresos.

2. Jurisdicciones desde las que proceden los ingresos

El siguiente cuadro fija las jurisdicciones desde las cuales provienen los ingresos de inaplicabilidad.

Cuadro número 2

CIVIL	334
PENAL	26
MILITAR	6
PROTECCION	35
M. VISITA	5
MENORES	4

LABORAL	3
ELECTORAL	4
OTRO	58
TOTAL	475

Como se puede advertir del cuadro de más arriba las causas que han sido falladas por la Corte en el período 90-96 provienen mayoritariamente de la jurisdicción civil. Mas del 70 % de los ingresos provienen de dicha jurisdicción. En orden numérico le sigue la jurisdicción constitucional de protección. Cabe agregar, con todo, que dada la última jurisprudencia de la Corte Suprema, el recurso de protección ya no es más una vía desde la cual interponer un recurso de inaplicabilidad porque la Corte los declara inadmisibles.

Lo sorprendente del cuadro anterior, es la escasa cantidad de recursos entablados en materias penales, los que suman 26. Sumados los provenientes de la jurisdicción militar, alcanzan 32. Si cruzamos este dato, con el modo de término de esos recursos, nos encontramos con que la gran mayoría de estos casos penales no llegan a una sentencia jurisdiccional porque, sencillamente, son declarados inadmisibles toda vez que no hay causa o gestión pendiente al momento de conocerlo. Algunas hipótesis que explicarían la escasez de casos relativos a materias penales pueden ser las siguientes. Por una parte, puede deberse a razones de oportunidad y debido proceso, ya que no es atendible suspender el procedimiento con sujetos procesados pues conspira contra el debido proceso. Y si se continúa el proceso penal es difícil que haya revisión constitucional del mismo pues la demora hace que el recurso de inaplicabilidad sea revisado cuando ya no hay proceso penal pendiente. También podría deberse, a que los problemas más decisivos para los penalistas son las normas orgánicas del proceso penal y no las reglas sustantivas, respecto de las cuales se cree que corresponde al legislador invalidar. Por otra parte, es evidente que la inaplicabilidad ha sido diseñada pensando en materias civiles, comerciales u de otro tipo similar, pero no en penales en donde se requiere de parte de la Corte pronunciarse acerca del poder de punición del Estado o desarrollar argumentaciones constitucionales acerca de los límites de este poder. Tampoco es despreciable la idea de que haya razones culturales en la formación de los abogados que influyan en la no presentación de este tipo de acciones.

3. Los fallos de Inaplicabilidad

El cuadro siguiente, muestra el número de causas falladas anualmente, desagregadas por mes en que se pronuncia la sentencia. Si se cruzan estos datos con los que arroja el gráfico de modos de término se advierte que los fuertes incrementos de fallos que se detectan en 1994 y 1996 responden a momentos en que la Corte decide archivar causas por retraso y no a un aumento del trabajo propiamente jurisdiccional (ello es particularmente notorio en julio de 1994; si tomamos en cuenta que la Corte ve inaplicabilidades una vez a la semana se habrían dictado más de 25 por día, lo que es imposible). Lo que sucede, al parecer, es que la Corte advierte su retraso y la acumulación de causas sin movimiento, las que causan una mala impresión al quedar anualmente como pendientes. A partir de junio de 1994 decide ordenar su archivo. Así, entre julio de 1994 y diciembre de 1996 se “fallan” el 69% de las causas del período que cubre esta investigación, representando, en meses, solo el 37%; en cambio, el 31% del resto de las causas es resuelto en el 63% del período.

Cuadro número 3

<i>Fallados</i>	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	TOTAL
-----------------	------	------	------	------	------	------	------	------	-------

ENERO	1	1	2	2	3	3	48	6	66
FEBRERO	0	0	0	0	0	0	1	1	2
MARZO	0	1	1	0	3	12	63	2	82
ABRIL	0	0	5	4	2	1	11	0	23
MAYO	0	0	0	25	8	0	6	0	39
JUNIO	0	0	3	5	9	4	2	0	23
JULIO	0	2	9	2	115	5	9	0	142
AGOSTO	2	0	4	4	4	7	5	0	26
SEPTIEMBRE	1	1	5	28	7	3	5	0	50
OCTUBRE	0	0	1	1	7	4	13	0	26
NOVIEMBRE	0	3	2	2	7	7	7	0	28
DICIEMBRE	0	2	4	5	2	1	9	0	23
TOTAL	4	10	36	78	167	47	179	9	530

4. Forma de término de los recursos de inaplicabilidad

El siguiente cuadro refleja el modo de término de los 530 casos de inaplicabilidad que se han fallado en el período del modelo. Es interesante advertir que más del 50% de las causas obtienen una resolución informal de “archívese por falta de movimiento”, la que, como es evidente, no es una resolución jurisdiccional. La explicación más plausible –no la única- para este hecho reside en que, al parecer, el recurso es usado por la parte para paralizar la acción de fondo y si tal cosa no se lo logra, lo abandona. En este sentido, el recurso sería usado no con genuino interés constitucional sino nada más como medio dilatorio. Aunque, por otra parte, también es posible pensar que el abandono se deba a que la demora en el conocimiento y fallo de la inaplicabilidad desincentiva impulsar una causa que, perdida la suspensión del procedimiento, se estima de dudosa posibilidad de éxito.

Luego, como se ve, los fallos en que se acoge el recurso representan solo 2,83% del total y excluyendo los “archívese” el 5.76%. En cambio, la inadmisión representa el 45,8% del total de los fallos, excluidos los archívese. Las cifras que se exhiben, demuestra la dificultad de obtener un fallo favorable y la tendencia marcada de la Corte a despachar las causas de inaplicabilidad mediante resoluciones meramente procesales sin llegar al fondo del problema. En efecto, si se suman las causas de inadmisión, de archívese y las desistidas se obtiene un resultado apabullante en el sentido de la falta de fallos propiamente jurisdiccionales.

Cuadro número 4

Formas de Término

	TOTAL
Rechazado	80
Desistido	39

Inadmisible	119
Archivese	270
Acogido	15
No procede emitir pronunciamiento	1
Concurrase ante quien corresponda	1
Abandono Procedimiento	1
Otro	1
Sin respuesta	3
TOTAL	530

Es interesante advertir que si se cruzan los fallos acogidos (15) con la materia de que son objeto y con la jurisdicción desde la que proceden, se advierte que de los 15 recursos fallados 9 tienen que ver con el DL 2695 (impugnación al decreto que permite la regularización de la pequeña propiedad raíz) y 6 con otras materias. De los 15 casos, 12 provienen de la jurisdicción civil y en 3 de un recurso de protección (no obstante ahora está prácticamente cerrada esta vía).

5. Fallos: tipo de precepto que se impugna mediante la inaplicabilidad.

El siguiente cuadro detalla la forma de término del recurso tomando en cuenta los tipos de preceptos legales contra los cuales se interpone el recurso. Se advierte bastante uniformidad en lo que se entiende por “precepto legal”, al concentrarse en leyes, decretos con fuerza de ley y decretos leyes. Ello quiere decir, en suma, que existe un acuerdo bastante amplio de impugnar la ley a través de esta vía.

Cuadro número 5

RECURSO DE INAPLICABILIDAD – PRECEPTO LEGAL

	TOTAL
Ley	229
D.F.L.	121
Sentencia	0
Potestad Reglamentaria	5
Contrato	0

Avenimiento	0
D.L.	168
Sin clasificar	7
TOTAL	530

5. Duración promedio del recurso de inaplicabilidad: ingreso y fallo

La demora en resolver los recursos de inaplicabilidad es un factor importante que considera cualquier actor para entablarla (es un costo). El cuadro siguiente mide la demora en meses desde que el recurso ingresó en la Corte Suprema hasta el fallo definitivo de la causa –contra el cual no proceden sino recursos de perfeccionamiento formal del mismo. El resultado es el siguiente:

Cuadro número 6

Meses	Total
0 a 3	39
4 a 6	41
7 a 9	51
10 a 12	73
13 a 15	57
16 a 18	48
19 a 21	43
22 a 24	88
25 a 27	46
28 a 30	17
31 a 33	13
34 a 36	2
37 o más	12

El siguiente cuadro tiene un valor complementario porque explicita o cruza la duración con el modo de término del recurso. De ello se advierte que los acogidos los son preferentemente entre 12 y 15 meses. Asimismo, los rechazados tienen una zona más extensa de duración que va de un año a casi tres años. Los inadmisibles tienen su máxima intensidad entre uno y dos años.

Cuadro número 7

**DURACION TRAMITACION RECURSO DE INAPLICABILIDAD
SEGÚN FORMA DE TERMINO**

Meses	Rechazado	Desist.	Inad.	Archiv	Acogido s	No procede pronunciamiento	Concurre ante quien corresponda	Abandono Procedimiento	Otro	S/R	Total
0 - 3	0	5	29	2	0	1	1	0	0	1	39
4 - 6	8	14	15	3	0	0	0	0	0	1	41
7 - 9	13	4	7	26	0	0	0	0	0	1	51
10 - 12	15	0	10	44	4	0	0	0	0		73
13 - 15	14	2	12	21	7	0	0	0	1		57
16 - 18	4	1	17	24	1	0	0	1	0		48
19 - 21	5	1	8	28	1	0	0	0	0		43
22 - 24	4	0	4	80	0	0	0	0	0		88
25 - 27	7	7	7	24	1	0	0	0	0		46
28 - 30	8	3	3	3	0	0	0	0	0		17
31 - 33	2	1	2	8	0	0	0	0	0		13
34 - 36	0	0	1	1	0	0	0	0	0		2
37 o más	0	1	4	6	1	0	0	0	0		12
TOTAL	80	39	119	270	15	1	1	1	1	3	530

6. Gestión del recurso: ingresos, fallos, arrastres
y factores⁷

Por último, para evaluar el funcionamiento del recurso es importante consolidar las cifras anteriores en un análisis de gestión. El siguiente cuadro pone en evidencia los antecedentes que hemos comentado:

⁷ Este modelo ha sido extraído del texto de Santos Pastor, Sistema Jurídico y Economía, una introducción al análisis económico del derecho, Tecnos, Madrid, página 206 y siguientes. Pero también debo advertir que lo utiliza Carlos Peña en su artículo publicado en. A estas alturas no sé a quien se lo debo.

Cuadro número 8

Años ⁸	Atraso (A)	Ingresos (B)	Fallos (C)	Pendientes (B-C)	Dilación (A/C)	Dilación acumulada B-C/C	Factor e Gestión B/C
1989	33	27	13	14	2,54	107,7%	2,08
1990	47	26	4	22	11,75	150,0%	6,50
1991	69	50	10	40	6,90	400,0%	5,00
1992	109	184	36	148	3,03	411,1%	5,11
1993	257	67	78	-11	3,29	-14,1%	0,86
1994	246	88	167	-79	1,47	-47,3%	0,53
1995	167	106	47	59	3,55	125%	2,26
1996	226	56	179	-123	1,26	-68,7%	0,31
1997	103						

Del cuadro se puede elaborar la hipótesis de que el retraso resulta un factor importante que influye en el ritmo de trabajo (ver factor de gestión) de la Corte. El año 89 comienza el deterioro cuantitativo de su trabajo ya que de cada dos causas ingresadas una es fallada. El deterioro de la gestión se vuelve insostenible pues el 90 de cada 6,5 causas que ingresan una es fallada, el 91 fallan de cada 5 una, cuestión que vuelve a suceder en 92. A partir de ese año, la Corte incrementa su trabajo para cubrir atrasos, pero a pesar del incremento substancial de los fallos entre 1993 y 1996 (en algunos casos, como el 96, llega a ser numéricamente diez veces superior al del 89) el trabajo de la Corte es insuficiente para dar cuenta del crecimiento del atraso y de los nuevos ingresos.

Las cifras permiten, además, sugerir, según creemos, una relación estrecha entre el funcionamiento de la Inaplicabilidad en la Corte Suprema y el conocimiento de los recursos de protección. Ya hemos dicho que hasta el año 1992 la Corte ve deteriorado su nivel de trabajo, lo que podría tener relación con el incremento de las apelaciones de recursos de protección. Ello se puede ver confirmado porque al modificar el Auto Acordado sobre tramitación de la protección y disponiendo en este cuerpo normativo que la vista de la causa con alegatos es prácticamente imposibles en segundo instancia (1992), la Corte Suprema recupera en 1993 su capacidad de gestión en materia de inaplicabilidad. Desde 1992 en

⁸ **Años**, se refiere al año calendario y no al año judicial. **Atraso (A)**, refleja los valores netos acumulados de causas pendientes de todos los años (ello no quiere decir que estén las causas pendientes porque la Corte no las ha resuelto, hay muchos factores que puede influir en ello y no todos imputables al tipo de trabajo del tribunal -por ejemplo, si la causa no es notificada por las partes, figura como "atraso", aunque no se ha movido por la parte que lo ingresó-). Este dato se ha obtenido del modelo realizado por nosotros y ha sido cruzado con los datos que reconoce la propia Corte Suprema en el discurso inaugural del año judicial respectivo. **Ingresos (B)**, refleja el número total de ingresos anuales de inaplicabilidad reconocidos en el discurso inaugural del presidente de la Corte Suprema y doblemente chequeados (la razón del chequeo es simple, la cifra que arroja los discursos inaugurales refleja también otros "reclamos" que no son inaplicabilidades); por una parte, con un registro de todas las causas ingresadas según acredita el "libro de ingresos" de la Corte Suprema (cifra que no coincide con la que la propia Corte dice -en el discurso inaugural- que han ingresado). Todas las cifras afirman cuestiones distintas. **Fallos (C)**, refleja el número de fallos que efectivamente se han dictado en la Corte. La cifra ha sido obtenida del modelo que hemos elaborado, en consecuencia, ha sido chequeada de todos los expedientes de inaplicabilidad fallados que se encuentran en el archivo de la Corte Suprema y ha sido chequeada tanto con los discursos inaugurales, con el libro de ingresos y con el libro de fallos. A pesar de que las cifras no son del todo coincidentes, mantienen un alto nivel de cercanía, que no tiene mucho objeto relatar aquí porque no indice en las cifras generales. **Pendientes (B-C)**, refleja la resta entre los ingresos y los fallos de un año determinado; ello grafica la incidencia del trabajo anual en el trabajo acumulado. **Factor de gestión (B partido por C)**, es un índice que permite detectar cómo trabaja la Corte, midiendo la relación que se expresa entre los ingresos partidos por los fallos (por cada causa ingresada cuánto se falla).

adelante y a excepción de 1995 todos los restantes años presentan índices de gestión relativamente mejores (el 95 es explicable por la especialización de las Salas).

Ahora bien, el aumento de la demanda relativa (de un promedio de 20 causas durante la década del ochenta a un promedio de 82.42 causas anuales) y un incremento del retraso (de cifras cercanas a los 33 recursos durante la década del ochenta hasta promedios superiores a 160 causas en la década del noventa) debiera dar traer consigo, en primer lugar, a un aumento de la productividad judicial si hay capacidad no usada o haya economías escala. Este no parece ser el caso. Los datos indican que los fallos jurisdiccionales –excluidos los archívense- entre 1993 y 1996 se mantienen parejos (58 el 93, 43 el 94, 43 el 95 y 46 el 96). Es posible que haya otra consecuencia derivada del aumento de la demanda y del crecimiento del retraso: el deterioro de la calidad de los productos. Sobre esta variable no hemos trabajado explícitamente. Por último, puede haber otra hipótesis: es posible ante un aumento de la demanda y un crecimiento de los retrasos se incrementen las salidas alternativas. Esto último parece ser el caso. Entre 1994 y 1996 se ordena el archivo, como indicamos, de un importante número de causas (de hecho, más del 60% de las causas archivadas lo fueron en este período)

7. El dato oculto en el funcionamiento del recurso de inaplicabilidad: la suspensión del procedimiento.

El siguiente cuadro cruza dos ejes o materias. Por una parte, la forma de término del recurso (rechazo, desistido, inadmisibles, archívense, acogido, no procede pronunciamiento y concúrrase ante quien corresponda) y por la otra el tipo de norma que es susceptible de ser revisada de constitucionalidad. Se trata, en el primer caso, de unas modalidades de termino del recurso que la práctica judicial ha ido configurando porque no hay regulación al respecto. En lo que atañe al tipo de norma susceptible, el núcleo de la práctica constitucional es relativamente clara en lo que concibe como "precepto legal".

Lo primero que resulta evidente es que muy pocas causas llegan hasta un fallo jurisdiccional, esto es, un fallo sobre el fondo del asunto de constitucionalidad debatido. Así, entre desistidos, inadmisibles, archívense y las restantes, suman 435 recursos, o sea el 82,07% de las causas que ingresan no llegan hasta una resolución jurisdiccional (aunque sea de rechazo). En el mismo sentido, el índice permite destacar el escaso porcentaje de causas que son acogidas pues solo el 2,83% de las causas tiene un resultado positivo.

Cuadro número 11

Forma de Término	Ley	D.F.L	P. Reglamentaria	D.L	S/R	TOTAL
Rechazo	60	5	1	14	0	80
Desistido	28	3	0	8	0	39
Inadmisible	53	5	1	57	3	119
Archívese	81	108	3	75	3	270
Acogido	4	0	0	11	0	15
No Proc. Pronuncia.	0	0	0	1	0	1
Concúrrase ante quien correspon.	0	0	0	0	1	1
Abandono del proc.	1	0	0	0	0	1
Otro	0	0	0	0	1	1
S/R	2	0	0	1	0	3
TOTAL	229	121	5	167	8	530

Ahora bien, de los datos entregados es interesante destacar el alto número y porcentaje de causas que aparecen terminadas bajo la rubrica "archívese". Este número de archívese representa casi el 51% del total de las causas ingresadas de inaplicabilidad entre 1989 y 1996, y refleja prácticas que mueven la inaplicabilidad en nuestro sistema. Puesto que la causas en realidad, mediante esta fórmula, no terminan sino que vegetan y por razones no jurisdiccionales son enviadas a las bodegas de la Corte. Hay, entonces, un –o unos- factor oculto que provoca este verdadero abandono.

El alto número de causas terminadas como "archívese" responde, pienso, a la práctica judicial generalizada (a la luz de la cantidad) de utilizar la acción de inaplicabilidad como medio para paralizar la acción ordinaria o común. Es decir, el recurso de inaplicabilidad puede estar siendo concebido por las partes como una prolongación del conflicto suscitado en la instancia y naturalmente a través del expediente de la suspensión del procedimiento detener el curso de la acción para la cual se solicita la declaración de inaplicabilidad. El punto central que anima la interposición del recurso podría ser, entonces, impactar en el juicio o gestión y el debate de constitucionalidad queda subordinado a que se declare la suspensión del mismo o a que, extraordinariamente, la parte persiga un pronunciamiento a pesar de las adversidades procesales y el retraso. De este modo, lo que se advierte de las cifras es que como la inaplicabilidad funciona a impulso de parte –lo que es bastante absurdo, por lo demás, dado el compromiso con aspectos decisivos para el sistema jurídico y político que tiene este tipo de jurisdicción- las causas pasan años antes de que sencillamente la Corte las archive (con ello, además, las causas en efectiva tramitación se distorsionan).

Cuadro número 12

	SUSPENDE	NO SUSPENDE	TOTAL
Rechazo	20	60	80
Desistido	8	31	39
Inadmisible	23	96	119
Archívese	3	267	270
Acogido	8	7	15
No procede Pronunciamiento	0	1	1
Concúrrase ante quien Corresponda	0	1	1
Abandono Procedimiento	0	1	1
Otro	0	1	1
Sin Respuesta	1	2	3
TOTAL	63	467	530

En suma, el alto número de archívese se explica, en parte, en la denegación de la suspensión del procedimiento. En el 2% de las causas que se archivaron se ordenó la suspensión del procedimiento. Ello comparado con el 33% en caso de rechazo, 24% en el caso de inadmisibles y en casi el 50% de las que se acogieron tal resolución no se dictó. Esto permite advertir pienso lo que hemos dicho: la suspensión incide en los archívese. Ahora bien, este dato demuestra que el recurso de inaplicabilidad está siendo usado para intentar paralizar la causa de fondo, a través del expediente de entablar un recurso de inaplicabilidad. Cuando ello fracasa, b que acontece en más del 50% de las causas, el recurso deja de tener interés para la parte que lo interpuso y como la Corte no hace nada por instar por su prosecución queda la causa en estado de continua espera⁹.

Pero, además, se advierte que no hay criterios públicos que permitan con algún grado de certeza anticipar los factores jurídicos que impulsan a la Corte a resolver favorablemente una solicitud de suspensión del procedimiento. Es muy curioso que el 24 % de las causas que se declaran inadmisibles o el 33% de otras que se rechacen hayan sido suspendidas en su tramitación y que un poco más del 50% de las causas que en definitiva se acogieron no hayan disfrutado de una providencia de “suspensión”¹⁰. Es muy probable, pero es una intuición, que esa decisión – que es clave, por lo demás, para el objetivo de obtener un pronunciamiento y favorable – este influida por factores circunstanciales como el relator, el tribunal del que proviene, la historia propia del precepto en la jurisprudencia de la Corte y otras. Probablemente también la Corte Suprema maneja la cantidad de materias de inaplicabilidad que debe conocer y fallar por medio de este expediente, esto es, la Corte es muy posible que – consciente del papel que cumple la negativa a otorgar suspensión del procedimiento - administre el número y materias de que conoce por medio de este expediente.

8. Materias que se fallan por medio de la inaplicabilidad.

⁹ Ello se debe a que, según el auto acordado referido a la inaplicabilidad, deducido el recurso deberá darse traslado a quien pudiese tener interés en la causa de fondo en la inaplicabilidad, lo que ha sido entendido como una principio dispositivo de parte.

¹⁰ Según nuestros datos, todas las causas lo solicitaron.

Cuadro número 13

Materias	Sentencias acogen o rechazan	Inadmisibles	Otras formas de término	Sin respuesta	Total
Ley 1769	0	3	5	0	8
Ley 19260	1	2	6	0	9
Ley 19133	2	0	9	0	11
Ley 18196	4	2	7	0	13
Ley 18525	21	0	0	0	21
Ley 18700	0	10	29	0	39
DFL 252	2	1	103	0	106
DL 2695	15	48	67	1	131
Otros (75 casos)	26	42	57	0	125
No determinado	24	11	30	2	67
Total	95	119	313	3	530

Como se advierte la inaplicabilidad –desde el punto de vista de sus out put o fallos- está bastante concentrada en resolver situaciones puntuales relativas el decreto ley 2695, es más, cerca del 25% del total de los fallos tratan sobre esta materia (ya la analizaremos por separado). Ello sugiere que la inaplicabilidad no ha logrado dar una idea acabada al resto del sistema y a los jueces acerca de si este decreto cuyo objetivo es la regularización de la pequeña propiedad es o no constitucional o en qué hipótesis lo es. Del resto de las materias, interesa advertir que la impugnación de la ley 18.525 corresponde a 21 causas que ingresaron todas en el mismo día y que fueron también todas falladas en el mismo día y por medio de una resolución idéntica donde lo único que cambia es el número de rol y el nombre de la parte. De modo que no pueden las impugnaciones a la ley 18.525 considerarse como casos diferentes. Luego hay 106 causas dirigidas a impugnar el artículo 98 del DFL 252 pero según se advierte del gráfico más del 96% de ellas terminó mediante una resolución no jurisdiccional de archívese por retraso. En los restantes casos prácticamente no hay concentración en las materias. De este modo, se puede decir con absoluto fundamento que el grueso de las impugnaciones de inaplicabilidad están dirigidas a los asuntos de propiedad que involucra el DL 2695¹¹.

III. Decisiones de inaplicabilidad y práctica constitucional.

¹¹ Por otra parte, el 60% de las causas acogidas responde al 2695, el 40% de las inadmisibles corresponden a esta causa (con el agravante de que la inadmisión es en realidad una improcedencia ya que contiene un verdadero pronunciamiento de fondo).

En este capítulo se revisa si las decisiones de inaplicabilidad cumplen los objetivos que toda jurisdicción constitucional debiera satisfacer en una democracia constitucional. Por lo pronto cabe afirmar que la inaplicabilidad no funciona como cualquier tipo de justicia constitucional, ya que presupone que el control y el debate constitucional son llevados hasta jueces comunes –algo que no es pacífico en la teoría contemporánea- atribuyéndoles a éstos un enorme papel en la determinación de los límites del gobierno democrático y en el contenido del constitucionalismo imperante en el régimen político.

Ahora bien, qué funciones debería cumplir la inaplicabilidad de cara a una democracia constitucional. Hay tres funciones de una jurisdicción constitucional de cara a configurar una práctica constitucional íntegra y coherente (que, desde otro punto de vista, constituyen las razones justificatorias para tener justicia constitucional organizada y financiada por el Estado), a saber, (1) garantizar la supremacía constitucional, determinando la pertenencia de las normas inferiores a la constitución al ordenamiento (resuelve el problema de la validez del derecho). En esta función, en el fondo, fija límites a la política, a las decisiones del poder legislativo. Inevitablemente para que no haya decisiones inconsistentes se requiere que las decisiones que se adopten posean continuidad y coherencia; (2) si las constituciones instituyen derechos y las derechos –por definición teórica y dogmática- constituyen un límite al poder político o a las decisiones colectivas o mayoritarias, entonces la justicia constitucional y la inaplicabilidad debieran proteger este tipo de intereses individuales frente a las decisiones particularmente del parlamento de modo similar a las condiciones de generalidad de la propia constitución, esto es, protegerlos con integridad y coherencia. (3) La Constitución debido a su estructura en general abierta se nos presenta como un punto de articulación entre política, moral y derecho. Si bien, la Carta constitucional presenta semejantes indeterminaciones a las del resto del derecho, estas “indeterminaciones son más frecuentes que lo habitual”¹². A las típicas cuestiones de vaguedad y ambigüedad, se unen la presencia de conceptos esencialmente controvertidos –en el sentido de Waldron- las colisiones entre disposiciones constitucionales y el contenido eminentemente complejo de la Carta al recoger valores en su interior de diversas intensidad y extensión: derechos y obligaciones generales y especiales, fines específicos y generales, principios, y valores perfeccionistas¹³. El valor y función de una constitución para el constitucionalismo no deriva exclusivamente de ser antecedente formal de las decisiones de los jueces -a pesar de que los jueces tienden a hacernos creer que sus decisiones se basan solo en razones de autoridad. Si los jueces quieren justificar sus decisiones constitucionales, inevitablemente deberán buscar razones que vayan más allá de las puras cuestiones de validez y por ello deberán apoyarse y desentrañar o fijar el sentido de principios morales, jurídicos y también de mérito relativamente abiertos a la argumentación. Tales decisiones y argumentaciones deben formar una práctica constitucional que disminuya la complejidad social, aumente la estabilidad e incremente la unidad de todo el sistema de decisiones.

Práctica constitucional o regularidad en las decisiones de Inaplicabilidad

Cabe entonces preguntar: las decisiones de inaplicabilidad satisfacen los objetivos que hemos proclamado en el apartado anterior. Para comenzar es necesario diferenciar entre práctica constitucional

¹²

¹³ No me interesa, en este trabajo profundizar las indeterminaciones, solo anotar la relación estrecha de éstas con el tipo de fundamentación de la jurisdicción constitucional y las exigencias que deben reclamarse de su labor. Para una mayor análisis debe verse, Manero, Juan José, La Indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución, en Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. También, véase, de Nino, Carlos Santiago, Fundamentos de Derecho Constitucional, Editorial Astrea, 1992.

argumentativa¹⁴ y regularidad de las decisiones de una justicia constitucional. En síntesis, la diferencia estriba en que la “regularidad” consiste en que un órgano constitucional resuelve un cierto asunto uniformemente, manteniendo una misma respuesta institucional. En cambio, la práctica se refiere a resolver todos los asuntos similares conforme a las mismas razones, y fundando las razones que apoyan una decisión. Mientras la regularidad es una repetición, la práctica es una uniformidad razonada. En este apartado, trato de saber si la Corte Suprema desarrolla los puntos 1, 2 y 3 que definimos con anterioridad como funciones deseables de una jurisdicción constitucional fundando o articulando una práctica en torno a los casos y no meramente con cierta regularidad o repetición de fallos.

El propósito que me he trazado no es determinar la regularidad formal de las sentencias, esto es, si habitualmente se rechazan o acogen solicitudes de inaplicación por inconstitucionalidad sobre una materia (con todo, con estos datos formales comenzamos). Ello, porque la inaplicabilidad es una técnica, como se dijo, sofisticada y argumentativa de jurisdicción constitucional ya que a través de ella se declara inaplicable –ineficacia circunstancial- una norma que se infiere interpretativamente de enunciados legales (supuestamente de modo exclusivo de los textos legales), a los efectos de una situación o caso práctico y la justificación de dicho control es que tal interpretación lesiona el aparato formal de la Constitución o los principios y valores que ésta cobija. Hemos dicho que la constitución posee un grado importante de indeterminación que vuelve irrisorio pretender que las decisiones de infieren directamente del texto, esto es, que el texto es fuente de los razonamientos que apoyan las decisiones. De modo que cuando se le atribuye a la Corte Suprema un papel decisivo para “determinar” el texto mediante la inaplicabilidad es importante determinar, la práctica y la capacidad de producir jurisprudencia de la Corte. Para analizar esto vamos circunscribir nuestro trabajo a tres aspectos. En primer lugar, revisaremos las decisiones sobre constitucionalidad del DL 2695. Luego, en segundo lugar, vamos a analizar si la Corte desarrolla argumentativamente el principio de igualdad y por último, vamos a revisar la llamada derogación tácita o inconstitucionalidad sobrevenida.

El cuadro 14 permite advertir porqué hemos elegido el DL 2695 para efectuar nuestro análisis. Por una parte representa el 25% de los fallos dictados durante el período y un 30% de aquellos excluidos los archívese. Por otra parte, los fallos relativos al DFL 252 más del 96% de ellos terminaron por medio de una providencia de “archívese” que no tiene ningún valor jurisdiccional. Además, los fallos relativos a la ley 18.525 –que pudiera ser otro caso digno de analizar- lo excluí porque todos los casos fueron ingresados el mismo día –por las empresas molineras bajo el mismo abogado- y fueron resueltos, también el mismo día, mediante un fallo idéntico en los 21 casos, en donde lo único que cambia es el nombre de la parte; careciendo, en consecuencia, de utilidad para nuestros propósitos.

¹⁴ No es fácil explicar qué es esto de una práctica constitucional. Cabría decir que las indeterminaciones de un texto constitucional no lo son del mismo modo si concebimos a la constitución no solamente como un texto prescriptivo –un conjunto de decisiones que hay que cumplir, como piensa C. Schmidt- sino como una práctica o convención generada no solo por la sanción de un documento sino también por la acción, actitudes, la dogmática y expectativas de jueces, legisladores, funcionarios y la ciudadanía en general. Naturalmente durante la configuración de una práctica constitucional se ha recurrido al texto valorativamente. Pero una vez que dicha práctica se ha configurado –estoy consciente que esto tampoco es fácil de determinar con precisión- e incluye un cierto desarrollo e incluye convenciones se le da un significado al texto que aminora –no elimina - atenúa, las indeterminaciones, permitiendo inferir proposiciones justificatorias del texto. Aún así, como ha hecho notar Carlos Peña en su texto sobre Práctica Constitucional y derechos subjetivos Públicos (CNRR, 1996) aún así no es fácil explicar porqué una práctica debería obligarnos. Para este tema, véase Carlos S. Nino “La Constitución de la democracia deliberativa. Gedisa. Barcelona. 1997, paginas 41 +y siguientes. También el texto de Carlos Peña, indicado más arriba.

(1) Análisis de las decisiones referidas al Decreto Ley 2.695

1.1 Ingresos y fallos referidos al DL 2695

De los cuadros anteriores sobre las materias en las que inciden las decisiones de inaplicabilidad pronunciadas por la Corte Suprema en los últimos siete años se advierte que el 25% aproximadamente de las decisiones constitucionales versan sobre este DL. En 9 ocasiones lo acogió. En 6 las rechaza y en 48 casos las declara inadmisibles o sencillamente en el resto, ordena su archivo.

D.L.2695
INGRESO

INGRESO	TOTAL
1990	7
1991	17
1992	25
1993	20
1994	14
1995	45
1996	3
1997	0
TOTAL	131

D.L. 2695
FALLO

FALLO	TOTAL
1990	0
1991	1
1992	13
1993	22
1994	20
1995	11
1996	62
1997	2
TOTAL	131

1. 2. Regularidad o práctica en los fallos sobre el DL 2695

Para responder, como dijimos, a la interrogante de si la Corte Suprema mantiene alguna práctica en sus fallos de inaplicabilidad y si desarrolla los derechos fundamentales y argumenta construyendo un tramado constitucional, detallaremos la evolución de las decisiones y los fundamentos más importantes relativos al DL 2695, dejando, para las conclusiones, los comentarios más determinantes.

En la primera decisión del período 1990-1996 sobre la cuestión de la constitucionalidad del DL 2695, en el año 92 (rol 16.622, Duhart A., Juan Carlos, 28,01,92), se trataba de un predio de 280 hectáreas que fue regularizado por medio del DL 2695. El solicitante afirma que adquirió el predio por herencia intestada de su padre y que efectuó las inscripciones especiales de herencia. El tercero inscribió la propiedad arguyendo una posesión ficta de cinco años y luego de la regularización la vendió a un tercero, transfiriéndola por escritura pública y efectuando la nueva inscripción. Se arguye por el solicitante que el regularizador vendió más derechos que los que tenía y que hay objeto ilícito en ello. La decisión es de

inadmisibilidad fundada en que, en este caso, la Corte advierte un intento de revisar la aplicación de normas que produjeron todos sus efectos y la “consiguiente anulación de las situaciones o efectos jurídicos que se originaron y consolidaron en virtud de tal aplicación”. La acción correcta sería, en realidad, de nulidad del título. El titular de la inscripción actual, además, ni siquiera es parte en el juicio de fondo. Hay voto de minoría que sostiene, en síntesis, que para procedencia del recurso de inaplicabilidad basta la solicitud y la contradicción del precepto con una norma constitucional sin que sea correcto pronunciarse sobre el fondo de la acción, lo que corresponde al juez de la instancia.

Unos meses después, la tesis de minoría parece ganar adeptos. La Corte cambia de idea y se pronuncia favorablemente sobre la contradicción normativa sin entrar al fondo de la acción entablada en primera instancia (Puga G., Juan Alfonso, 10.04.92). Ahora desde un juicio ordinario, se solicita la nulidad de la inscripción de dominio de un predio de 0.71 hectáreas. El demandante lo adquirió por herencia, posesión efectiva e inscripción. La actual poseedora usó el DL 2695. La solicitud de inaplicación se refiere tanto al DL en general como a algunos artículos en particular (2, 4, 11, 15, 16). Las razones que la Corte tiene para acoger el recurso se refieren al tipo de contradicción normativa (DL - constitución) y no a razones relativas al caso para el que se efectúa la solicitud. Este DL es inconstitucional porque, sostienen los Ministros, transgrede el artículo 19 número 24 incisos 1, 2, y 3, lesionando el derecho de propiedad, la reserva de ley y expropiando sin cumplir con las exigencias que fija la Carta. Es inconstitucional porque una persona por simple posesión material, más cinco años y una resolución administrativa que la establece, “hace perder la propiedad de un bien raíz legalmente inscrito en el Conservador de Bienes Raíces”. Las normas del Código Civil relativas al dominio y la posesión, artículos 582 y sgtes y 700 y siguientes, integrarían la Constitución y ésta las garantizaría. Entre el Código Civil y el Decreto Ley 2695 no existiría una misma jerarquía normativa porque la Constitución asimilaría las normas del Código Civil¹⁵. EL D.L. 2695 globalmente considerado transgrede la Constitución. No se divisa problema, entonces, para interponer y acoger una inconstitucionalidad contra todo el D.L. sostienen los Ministros. Como curiosidad, el fallo cita en apoyo de sus opiniones las Actas de la Subcomisión de Reforma de la Constitución de 1925. Hay, además, un extenso voto de minoría en el que se indica que, en primer lugar, la inaplicabilidad solo procede respecto de preceptos y no cuerpos legales globales; agregando, luego, que la tesis que sostiene el voto mayoritario lesiona la separación de poderes; en segundo lugar, se enfatiza que hay derogación tácita de modo que no cabría efectuar pronunciamiento alguno; y que, en tercer lugar, no cabe revisar el conflicto entre dos normas legales sino exclusivamente de una de éstas con la Constitución; por último, se sostiene que con ese fallo se atenta contra situaciones adquiridas. El DL satisface las exigencias del 19 número 24 inciso segundo pues es una ley (nada se dice respecto de si el DL es expropiante o no y si da lugar a indemnización).

Unos días después esta mayoría tiende a consolidarse y se dictan tres fallos exactamente iguales en la misma dirección (roles 16.0492, Cardone La Roza, Hector, del 24.04.92, además los roles 16.948 y 16.949, se trata de la misma acción en la instancia y de los mismos solicitantes). La inaplicabilidad se solicitó desde la oposición a una solicitud de saneamiento o regularización. Se trata de un poseedor del predio que lo adquirió en 1961. Se trata, además, de un predio de 4.800 hectáreas. El fallo acoge la acción y declara inconstitucional el DL para todas las causas. La argumentación de la Corte Suprema es exactamente igual a la anterior: el DL 2695 abroga las normas sobre posesión y dominio establecidas en el Código Civil, suprimiendo las garantías de la posesión inscrita que constituye presunción de dominio “y que es la base de la actual organización social y económica del país”. El DL permite la expropiación privando del dominio que está legalmente inscrito a favor de una persona. El DL es inconstitucional en su totalidad. Hay un voto de minoría igual al caso anterior: esto es, no cabe la acción de inaplicabilidad contra

¹⁵ Sin afirmarlo explícitamente, usa la idea de bloque de constitucionalidad, usada en el derecho constitucional europeo. Las razones están ligadas al valor tradicional de las categorías sobre propiedad del Código Civil.

una ley global; no cabe, tampoco, cuando hay derogación tácita, y no susceptible de prosperar un recurso estimando como parte de la constitución al Código Civil. Por último, el DL 2695 tampoco contraviene el Código Civil porque prevé que existe prescripción contra título inscrito.

Casi cinco meses después, la Corte Suprema vuelve a cambiar de criterio sobre este problema. Ahora va a declarar inadmisibile el recurso. Esta vez se trata de una acción de nulidad de la inscripción originada en un proceso de saneamiento (rol 17.875, Cuevas Chacón, Marcelo, del 16.09.92). Si bien los solicitantes habían obtenido auto de posesión efectiva a su favor, no alcanzaron a inscribirlo porque ya estaba la propiedad inscrita a nombre del beneficiario. En esta ocasión, en un fallo bastante reducido la Corte esgrime, ahora como criterio mayoritario, el que no cabe la acción de inaplicabilidad contra una ley globalmente considerada. No hay ningún comentario sobre la situación fáctica ni de qué modo el caso ilumina la sentencia. Tampoco se refiere a los casos anteriores en que acogió el recurso. El mismo día, el 16.09.92 (causa rol 17.143, Torres escobar, Mirna), esta vez ante una solicitud originada en una acción reivindicatoria, la Corte olvidando que es alentó con sus fallos la interposición de acciones contra la totalidad del DL 2695, declara que es Inadmisibile interponer el recurso de inaplicabilidad contra una ley globalmente considerada. Al final del mismo año, el 2.12.92 (causa rol 18.131, Allemand Pino, Mireya) esta vez ante una nulidad de inscripción de dominio de una propiedad en el balneario de las Cruces, la Corte lo declara Inadmisibile, sin desarrollar siquiera el argumento y calcando las palabras del fallo anterior: no cabe el recurso de inaplicabilidad contra ley globalmente impugnada.

Al comenzar 1993 (causa rol 17.699, 29.01.93, Vargas González, Sergio y otro) y ante una acción reivindicatoria, la decisión es de inadmisión, fundándola su decisión, en que la acción está mal planteada.

En el mes del abril (causa rol 15.902, del 13.04.93, Dimter Brandau, Augusta) la Corte va a declarar inadmisibile la solicitud de inconstitucionalidad. Esta vez la razón no es que la Corte considera que no cabe la solicitud contra una ley globalmente considerada porque el fallo expresamente reconoce que se interpone el recurso contra algunas normas precisas y determinadas del DL 2695 – y contra él en su totalidad, también- sino que, esta vez sostiene, que el solicitante no argumentó ni fundó la inconstitucionalidad de esos artículos que impugna. Al parecer una argumentación general de inconstitucionalidad del decreto ley no era suficiente. Diez días después la Corte tiene oportunidad de confirmar su punto de vista (causa rol 18.540 de 23.04.93, Díaz Martínez, Eliana). El recurso venía desde un juicio ordinario de nulidad de la inscripción. Un tercero maliciosamente sana e inscribe la propiedad inscrita a nombre de otro. La Corte en otro escueto fallo, decide declararlo inadmisibile porque el recurso no procede contra ley globalmente considerada. Para abreviar, en las siguientes causas el fallo es el mismo (causa rol 18.206 del 23.4.93, Saenz Díaz Rodrigo, proveniente de una oposición a la regularización de la propiedad; y causa rol 18.204, de la misma fecha, solicitante y acción de procedencia). Unos días después en la causa 17.470 vuelve a repetir que no cabe contra una ley globalmente considerada.

Sorpresivamente un mes después, en mayo, la Corte vuelve sobre sus pasos. En efecto las siguientes seis causas fueron falladas el mismo día y todas acogiendo el recurso (causas roles 18.767, 18728, 18766, 18768 y 18729, todas resueltas el 19.05.93 y provenientes de una juicio de reivindicación de inmueble (una especie de cité). Todos los arrendatarios regularizaron en su favor un inmueble que constaba de varios espacios o piezas donde vivían. Al parecer se aprovecharon de que la dueña había fallecido y los herederos estaban fuera del país. Se trataba de una propiedad de 133 m². La solicitud de inaplicabilidad se refiere a todo el DL y también a varios de los artículos del mismo (2, 4, 15, 16, 26 y 29). El fallo acoge todos los recursos de inaplicabilidad y la argumentación es puramente abstracta: se afirma que todas las normas del DL son inconstitucionales pero en particular las que el solicitante objeta. Estas normas abrogan las reglas sobre posesión y dominio del Código Civil, suprimiendo la garantía de la posesión inscrita que constituye presunción de dominio “y que es la base de la actual organización social y económica del país”. Luego repite todos los argumentos del caso Cardone –que ya hemos descrito-

agregando, además, que esta argumentación de inconstitucionalidad alcanza a todo el DL y que no existe ningún obstáculo para que se haya solicitado y declarado la inconstitucionalidad global del DL 2695. Hay fallo de minoría que repite la argumentación contraria que ya hemos referido. Como es evidente, al acoger el recurso pusieron en duda otra teoría que la Corte esgrime habitualmente para declarar inadmisibles este tipo de causas: la idea de derechos adquiridos como resultado de una situación que las normas consolidaron (pero no se refiere a ella).

Exactamente 7 días después, la Corte vuelve a dar un giro impresionante en esta materia. Ahora, (rol 18.506 de fecha 26.05.93) y ante una solicitud –igual que la anterior- de impugnación referida tanto al Decreto Ley en su totalidad como a algunos de sus artículos, y proveniente de una acción ordinaria de nulidad de inscripción de dominio. Se trataba básicamente de un promitente comprador que por diversas causas no había, no obstante haber pagado el precio total, logrado inscribir la propiedad a su nombre. Entonces la regularizó. El anterior poseedor inscrito reclama la inconstitucionalidad del DL. El Alto Tribunal declara inadmisibles el recurso y esta vez el argumento es de aquellos que va a repetirse habitualmente. El recurso es inadmisibles porque lo que se solicita es invalidar una situación o derecho incorporado al patrimonio de una persona. El o los preceptos tuvieron su aplicación y crearon la situación para la que esas normas fueron instauradas. Si se acogiera se perdería la seguridad en los derechos. En suma, en el juicio no está en discusión la constitución de un derecho sino los efectos o consecuencias de las que se crearon.

De aquí en adelante, desde mayo de 1993, la Corte no ha vuelto a declarar que acoge una de estas inconstitucionalidades, ya sea de la totalidad o de algún precepto preciso del DL 2695¹⁶. Normalmente las declara inadmisibles sin llegar a pronunciarse sobre el fondo. Incluso los “sin lugar” o los “se rechaza” son más bien escasos. Las inadmisibles se fundan en los siguientes argumentos (a los que ya hemos aludido): (1) la acción de inaplicabilidad no incide en el fondo de la causa para la cual se solicita aquel pronunciamiento por defectos en la acción, en la titularidad u otros similares (en las causas roles 16.624, 19245, 20550, 23.113, 23.923); (2) por atentar contra derechos adquiridos e ingresados en el patrimonio (15.957, 18.981, 20.180, 18.834, 18.207, 20.038, 19.804, 19.847, 20.430, 20.360, 29.219, 21.210, 17.534, 20.208, 20.367, 20.939, 22.414, 20.025, 23.317, 23.391, 1479, 23.551); (3) tratase de una impugnación de una ley globalmente considerada o no precisa con detalle las razones de la contradicción constitucional (17.055, 18.742, 20.684, 21.926, 19.777, y 18.205). Estos fallos de inadmisión fueron dictados para situaciones o acciones muy diversas pero casi todas circunscritas a acciones reivindicatorias del dominio, oposiciones a regularizaciones en marcha y nulidades de inscripciones.

Hay muy pocos casos de rechazo. Justamente en uno de los últimos en los que se rechaza la acción entrando al fondo del problema la Corte vuelve a sintetizar, en fallo de mayoría, sus criterios sobre esta materia. En (rol 23.551, Maderas Prensadas Cholguan, del 26.01.96) una acción de oposición a la inscripción de dominio, se intenta el recurso de inaplicabilidad contra algunos artículos del DL 2695 (art. 1, 4, 15, y 16). El caso no tiene nada diferente a otros que se han presentado: el solicitante dice ser dueño porque era poseedor inscrito de una propiedad de 10.794 mts² y que la demandada solicitó sanear. El DL sería contrario al 19 número 24. La Corte formula, entonces, su concepción general acerca de este problema. Los argumentos son los siguientes: que el inciso segundo dice “solo la ley” y la ley es la que, a través del DL 2695, “contiene precisamente un conjunto armónico de disposiciones especiales encaminadas a regularizar o sanear el dominio de la pequeña propiedad raíz”. Que esta norma se refiere a situaciones especiales a las que no cabe aplicar la teoría de la posesión inscrita (según la cual, la inscripción es prueba, requisito y garantía de la posesión, según fluye de los artículos 686, 696, 702, 724,

¹⁶ No se crea que el problema desapareció. En 1999, en la causa de inaplicabilidad rol 3238-98 interpuesta por Le Moal Muller, Francois y otra, se volvió a declarar inconstitucional el DL 2695, basándose en las mismas razones que sirvieron para acogerlo durante el período de la investigación.

728 y 730 del Código Civil). Teoría que no tiene rango constitucional. Que según el DL 2695, el que adquiere tiene posesión regular y adquiere por prescripción adquisitiva, “no constituye obstáculo la circunstancia de que existan inscripciones anteriores sobre el mismo inmueble”. Esta modalidad de adquirir el dominio de ciertos bienes raíces resulta acorde con lo propuesto en el artículo 19 número 24 inciso segundo, “en cuanto por dicha norma se entrega a la ley el establecimiento de los modos de adquirir la propiedad de los bienes corporales e incorporales, de lo que se sigue que su aplicación no puede llegar a constituir una forma de despojo o privación del dominio”, sino por el contrario plenamente en “armonía” con la Constitución y la normativa legal.

En síntesis, de lo anterior cabe colegir lo siguiente para nuestra investigación:

1. Resulta claro, de lo expresado hasta aquí, que la Corte no ha tenido a propósito de situaciones subjetivas o casos concretos semejantes o prácticamente idénticos razonamientos, criterios interpretativos y decisiones constitucionales similares. Desde acciones reivindicatorias, oposiciones a inscripciones –esto es desde situaciones que no están consolidadas ni pueden generar “derechos adquiridos”- acciones de nulidad de inscripción y otras la Corte ha tenido decisiones contradictorias, pero además, razonamientos incongruentes –como queda gráfico. Tal ambigüedad confunde a los actores o solicitantes, sin lograr definir una práctica constitucional que los actores deban seguir. Decisiones contradictorias alientan, además, la percepción de que según factores aleatorios se puede obtener una decisión de inconstitucionalidad, enviando una decisión perversa a todo el sistema. La Corte, como se ve, extravía su rol como órgano de jurisdicción constitucional ya que no ha resuelto con coherencia e integridad el problema de la constitucionalidad del DL 2695. Vale decir, la Corte no logra arribar a una práctica constitucional sólida que oriente a los tribunales y actores acerca de cómo debe entenderse y aplicarse el derecho de propiedad.
2. Lo más importante es, con todo, que el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en estas materias no funciona como control concreto sino como control abstracto. Son escasas las hipótesis en que se advierte que el caso parece haber motivado un rechazo o el acogimiento del recurso. En general, la Corte se contenta con hacer una comparación entre las normas –definición abstracta - de la Constitución y del DL 2695. Si esto funciona así, entonces no se justifica que la inaplicabilidad esté en manos de los jueces. Si la razón para rechazar o acoger el recurso es puramente abstracta no es la Corte Suprema el órgano más adecuado para formular estas decisiones constitucionales por diversas razones, pero fundamentalmente, porque no demuestra reflexionar sobre todo el espectro de razones o interpretaciones que desde la doctrina, fallos anteriores, finalidades sociales y políticas que cubre el DL 2695, se han elaborado ya sea para afirmar que es o no inconstitucional este estatuto que regulariza la pequeña –y a veces no tan pequeña- propiedad raíz. De este modo, sus decisiones no uniforman una interpretación coherente del derecho de propiedad constitucional y no genera pautas o directrices que los restantes órganos puedan seguir.

(2) Análisis del principio constitucional de igualdad

El principio constitucional de igualdad es uno de los derechos fundamentales a los que más se recurre para solicitar la declaración de inaplicabilidad, después de los alegatos de propiedad. En lo que sigue intentaremos, nuevamente, averiguar si la Corte frente a las alegaciones de igualdad se comporta como una jurisdicción constitucional –en el sentido que hemos sostenido- esto es, si aborda problemas de jerarquía normativa, si tutela derechos subjetivo constitucionales y si desarrolla argumentativamente la Carta creando una práctica constitucional.

Debo precisar que todos estos casos apuntan a reclamar de la Corte Suprema una definición acerca de la igualdad “en” la ley. No se trata aquí de revisar la igual aplicación que la administración y la judicatura hacen de ella, sino, determinar si los criterios, principios o valores utilizados por el legislador para diferenciar situaciones y personas responden al deber de tratar, en palabras de Dworking, a los individuos con igual consideración y respeto. En este punto, se le pide a la Corte, entonces, que argumente y defina criterios –*tertium comparationis*, los llama Calsamiglia- que le den sentido a ciertas prohibiciones constitucionales (“Ni la ley (...) podrán establecer diferencias arbitrarias, por ejemplo), que evalúen los criterios utilizados en las leyes y que precisen cuáles carecen de sustento constitucional (vgr. El trato diferenciado a hijos naturales y legítimos). Este es justamente el papel que se reclama de una jurisdicción constitucional.

Todo comenzó en septiembre pero de 1990, el 24, día en que se produce el primer fallo, del período que nos interesa, donde se argumenta la igualdad (rol 27.640, 24.09.90, Contreras V., Manuel y otros por secuestro agravado). En dicha causa, se solicitó inaplicar el artículo primero del DL 2191, norma que instituye entre nosotros la amnistía para los delitos cometidos durante el período 1973-1978, con una excepción contemplada en el artículo 4°. En esta ocasión –porque después habrá otra impugnación por infracción al mismo derecho o principio- sostuvo el abogado Insunza Bascuñán que el DL 2191 es inconstitucional, en primer lugar, porque concede amnistía a las personas con prescindencia del delito de que se trata; en segundo lugar, porque eliminó la esencia penal de los delitos de modo general y abstracto y establece una norma particular en beneficio de una determinada delincuencia, en tanto mantiene el castigo penal para aquellos que a la fecha estaban condenados o procesados; en tercer lugar, suprime la garantía penal de la vida, la libertad personal y la seguridad individual¹⁷. En lo que atañe a la igualdad, el DL 2191 lesionaría el artículo 19 número 2 inciso final porque “sólo favorece a una categoría de delincuentes y mantiene el castigo para los demás”. En el considerando 17 la Corte Suprema desarrolla la argumentación encaminada a rechazar la solicitud. La amnistía, sostiene, “tal como está construida no tiene carácter personal ni particular pues se refiere de modo general e igual en relación a los hechos punibles en que hubieren incurrido sus autores, cómplices y encubridores, en el período que comprende, siempre que no estén sometidos a procesos o condenados. La generalidad es un principio inherente a todo este tipo de leyes. “Apareciendo pues que la amnistía de que se trata, establece de un modo general, para situaciones iguales y en condiciones también iguales, sin que importe menoscabo alguno las limitaciones también generales que imponen para acceder al beneficio, por circunstancias de carácter procesal o en relación con determinada delincuencia, debe concluirse que el precepto impugnado no vulnera la garantía de la igualdad ante la ley ni establece diferencias arbitrarias.” Aquí la Corte sostuvo, en síntesis, la idea de que el legislador satisface la exigencia de igualdad contemplada en el artículo 19 número 2 toda vez que no hace diferencias con nombre propio sino que las diferencias se efectúan de modo general, para situaciones generales y personas puestas en situaciones también generales. Se trata de la idea de tratar a aquellos que se encuentran en situaciones semejantes como iguales. Con todo la Corte no determina los criterios para considerar lo semejante o lo diferente ni menos cuál sería la regla para unos y otros casos.

Algunos meses después, (rol 20.300, del 26.06.91 presentada por la Asociación Gremial de Impresores de Chile) se impugnó el artículo 7° transitorio del DL 2758, los artículos 37 y 38 del DL 2759 y el artículo 13 de la ley 18.018. Estas normas, de modo general prevén el destino de los fondos de cotizaciones formados por aportes de varios empleadores de diversas empresas y que beneficiarían a trabajadores que laboran en distintas empresas, instituidos mediante convenios colectivos, deben constituirse obteniendo personalidad jurídica dentro de un plazo sino se extinguirían. En este caso el fondo no se constituyó legalmente. Un empleador demandó la devolución de estos recursos. Ahí se concluyó que

¹⁷ También desarrolló la idea de que el decreto ley no constituye una ley, ni material ni formalmente. No me extenderé en este punto por ser impertinente a esta parte del trabajo.

esta norma no transgrede la igualdad porque “no se refieren a grupos determinados, sino que “constituyen cánones dictados en general, sin individualizar ni especificar a nadie para ser aplicados a todas aquellos entes a quienes correspondiera su aplicación por configurarse a su respecto las condiciones de hecho señaladas en la ley”(considerando 8°).”Tales preceptos no contienen diferencias para eximir de su aplicación a grupos determinados ni tampoco para extenderlas en perjuicio de otros”. Se trata, como es evidente de una manifestación de la idea de la igualdad como generalidad y la no diferenciación. La ley satisfaría las exigencias de igualdad si no hace diferencias por nombre propio y trata a todos por igual atendida las circunstancias en que se encuentran.

En la siguiente causa, unos días después, la Corte debió resolver una solicitud de inaplicación más compleja (rol 16.227, del 12.07.91, Mardones Mora, Pedro Antonio). Se solicita la inaplicación del artículo 98 del DFL 252 de 1960 porque afecta la igualdad, en el sentido que dicha norma diferencia y discrimina entre los deudores hipotecarios. En efecto, dicha norma prevé que bajo ciertas condiciones de insolvencia los jueces pueden decretar –a petición del banco- el remate de la propiedad o su entrega en prenda pretoria, ante lo cual el deudor tiene determinadas excepciones que puede hacer valer (pago, prescripción, no empecer el título). Se sostiene que es una diferencia arbitraria que estos deudores solo puedan oponer ante la ejecución tres excepciones bastante precisas ante el acreedor hipotecario y el deudor común, en cambio, puede interponer todas las excepciones indicadas en el CPC; se alegan, además, una serie de otras restricciones. Estas normas diferencian entre unos y otros. Que a la inversa también se discrimina entre acreedores hipotecarios bancarios y los no bancarios pues se ven enfrentados a excepciones diferentes. La Corte para rechazar el recurso afirma que por diferencia arbitraria debe entenderse “toda diferencia o distinción realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede por ejemplo dictar leyes que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias”. El artículo 98 solo ha creado “un procedimiento distinto para situaciones diversas que se generan en el ámbito del derecho, así como en otras disciplinas como la economía, campo este último, en donde el legislador ha dictado normas especiales como ocurre con la prenda”. Todo lo cual el legislador ha hecho y ha “podido constitucionalmente hacer como respuesta precisamente a determinadas exigencias sociales que han hecho necesaria la limitación de las defensas del deudor, en este caso en el procedimiento de la ley general de bancos, en beneficio de intereses superiores de carácter general, como quiera que tales instituciones manejan efectivamente dineros del público cuya preservación es deber del legislador y del estado como garante del bien común” (considerando 2°). Lo que la constitución prohíbe son las discriminaciones arbitrarias, no las discriminaciones, “las que están admitidas cuando, como en este caso, están dispuestas para la salvaguarda y protección de bienes jurídicos superiores. Se rechaza. Como se ve, en este caso la Corte mezcla diversos tipos de argumentos. Por una parte, concibe nuevamente que la igualdad supone tratar a los iguales como iguales en atención a las circunstancias fácticas en que se encuentran. En este caso los diversos deudores justifican un trato diverso porque las situaciones son diversas (este enfoque de la igualdad es irrelevante, porque, como es obvio, tanto las personas como las situaciones son siempre diferentes según sea el aspecto relevante que se tome en cuenta). Por la otra, concibe que el trato discriminatorio –porque parece reconocer que lo hay- está justificado por proteger bienes jurídicos superiores”. En este caso, como se advierte, no está claro por qué los derechos de un ciudadano deberían ceder ante bienes jurídicos superiores ni tampoco cuáles serían éstos. Tampoco se aclara por qué las razones a favor del trato más beneficioso a los acreedores hipotecarios bancarios del artículo 98 de la Ley de Bancos –y perjudicial para los deudores bancarios hipotecarios- no se extiende también a los acreedores bancarios en otras situaciones jurídicas y por consiguiente porqué el trato diferente a estos deudores no importa una discriminación con otros deudores bancarios en otras circunstancias, sobre todo si el argumento es que las diferencias que contempla el legislador en contra de

deudores y acreedores del artículo 98, ya indicado, se justifican para la protección de bienes jurídicos superiores.

El mismo día, la Corte tomó una decisión idéntica sobre, del 26.07.91, causa de Ochseinus Vargas, Jorge, al impugnarse también el artículo 98 del DFL 252 de 1960. También se rechazó y por los mismos fundamentos.

Tuvieron que pasar casi dos años para que la Corte, también rechazando una causa, volviera a pronunciarse con alguna profundidad sobre el principio o derecho constitucional a la igualdad. (rol 17.058, del 25.06.93, de la Corporación Metodista). Mediante esta causa se impugnaban los artículos 53 y 53 bis de la ley indígena, ante un juicio de reivindicación que inició un indígena en contra de dicha Corporación religiosa. Se sostuvo que transgreden los artículos 19 número 2, 3 y 24. La Corporación es dueña de un predio donde hay un retazo de terreno de 84,60 hectáreas que es reivindicado esgrimiendo una merced de tierras, y en contra de la inscripción de la entidad religiosa. El solicitante reclamó que tales normas, establecen que aquel que sea ciudadano chileno y tenga características de mapuche o indígena puede hacer uso de esta ley especial –los restantes no- en contra de cualquier persona llevándole a juicio especial, en única instancia, y con antecedentes e informes del servicio demandante. Agrega, además, en lo que concierne a la igualdad, que el demandado no indígena se encuentra limitado en la defensa de sus derechos por el 53 bis que hace prevalecer el título de merced sobre cualquier otro, creando una situación especial privilegiada al invocar el demandante indígena una supuesta controversia sobre el título. El fallo de la Corte resultará sorprendente. Primero refiere que con la igualdad se quiere acentuar como principio de fundamental importancia que ninguna autoridad puede imponer requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias. Segundo, lo que se pretende con el derecho o la igualdad ante la ley, es que ante el derecho todas las personas tengan en razón de su situación de raza, sexo, estirpe, condición u otras, un mismo trato. Tercero, que así entendido este derecho resulta “fácil” de decir que las normas contenidas en los artículos 53 y 53 bis, ambas mencionadas, no son inconstitucionales porque los indígenas, en los casos señalados en estos preceptos tienen el mismo trato y se encuentran en iguales condiciones con los integrantes de la corporación Metodista que figura como demandada en juicio reivindicativo “(...) y ningún acto discriminatorio se efectúa en aplicar los referidos artículos, pues es evidente que la dictación de éstas tuvo como único propósito la protección de ciertas categorías de personas para resguardar su debilidad social, cultural y económica frente a otros estamentos de la sociedad chilena que no se encuentran en las mismas condiciones, como lo son los indígenas del país” (tampoco transgrede el 19 número 3 porque incorpora el principio de bilateralidad de la audiencia). Como se advierte, nuevamente esgrime la Corte su planteamiento acerca de que la igualdad debe entenderse como tratar a las personas que se encuentran en iguales circunstancias de modo igualitario –ya hemos dicho que esta forma de pensar la igualdad es irrelevante- pero luego esgrimen dicha situación para legitimar la discriminación positiva a favor de aquellos que se encuentran en una situación de debilidad social, cultural y económica. No hay argumentación dirigida a probar si la discriminación positiva está constitucionalmente autorizada ni si los criterios de discriminación procesal son legítimos. Lo curioso es que la Corte cree que la discriminación positiva que ventea en su fallo está acorde con el principio de tratar a los iguales como iguales y no, con aquel de tratar de modo desigual a las personas para alcanzar objetivos globales de equidad e igualdad en el futuro.

Algún tiempo después (rol 19.407, interpuesta por Arriagada Nova, Cecilia, de fecha 17 de diciembre de 1993) se impugna el artículo 8 del DFL 178 de 1981, norma que impide a los funcionarios de la tesorería general de la República –fundamentalmente a los abogados- el ejercicio libre de la profesión, otra actividad remunerada, expedir informes de su especialidad, ocupar cargos en entidades que persiguen fines de lucro y revelar el contenido de los informes. Estas normas transgredían el artículo 19 número 2, porque los empleados públicos están sujetos a normas generales o reglas particulares que no incurren en tales exigencias, haciéndose, en consecuencia, una diferencia entre el trato dado a unos

funcionarios del prescrito para otros. La Corte concibe la Igualdad ante la ley como que “las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias y que no deben reconocer privilegios ni imponer obligaciones a uno que no benefician o gravan a otros que se hallan en condiciones similares. Ello no importa una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo, y por consiguiente la igualdad supone una distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición” (considerando 26)”. “Las distinciones están permitidas “siempre que no sean arbitrarias ni respondan a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o importe un indebido favor a privilegio personal o de grupo”. El considerando 27 cita jurisprudencia anterior del mismo tribunal diciendo que se ha fallado que la igualdad admite (1) tratamiento legislativo diferenciado sin discriminaciones; (2) No impide que para circunstancias especiales y para ciertas personas se otorguen tratamientos diferentes siempre que aquéllos se encuentren en situaciones jurídicas distintas; (3) siempre que éste tratamiento diverso sea general, no aparezca que se haya dictado para favorecer o perjudicar a una persona determinada; (4) las personas que se encuentran en iguales condiciones deben ser tratadas como iguales. Como se ve, nuevamente la Corte sostiene su argumento en orden a que la igualdad en la ley consiste que éste no haga diferencias entre personas que se encuentran en situaciones iguales. Ello legitima prácticamente cualquier diferencia de trato que el legislador introduzca puesto que todas ellas están referidas, en última instancia, a un factor descriptivo sea de las circunstancias fácticas o de la persona. La Corte no explica por qué esas circunstancias

Por último, en uno de los últimos fallos referidos a la igualdad (rol 30.114, del 04.06.94, Espinoza Bravo, Pedro), se aborda nuevamente el cuestionamiento constitucional del DL 2191, esta vez, específicamente, el artículo 4 de dicha norma. La acción es entablada por aquellos que fueron procesados y condenados en la investigación que se llevaba a cabo como consecuencia de dicha regla. Esta norma al excepcionar el llamado “caso Letelier” incurriría, se afirma, en un trato discriminatorio con respecto a todos aquellos que se beneficiaron con la aplicación de la amnistía. Se cree que esta norma establece una excepción arbitraria. La Corte sostiene, básicamente, que la amnistía es por esencia excepcional porque constituye una facultad que se concede al legislador para extinguir la responsabilidad penal o para eliminar en todo o parte una pena impuesta por el delito. Es una excepción porque es una renuncia al ejercicio del ius punendi. Además, esta diferenciación no lesiona la igualdad porque (1) El 19 número 2 no garantiza una igualdad absoluta, pues se acepta que haya discriminaciones con tal de que no sean arbitrarias, (2) En las actas quedó establecido que era un tratamiento igualitario aquel que no diferenciaba; 8-) luego define arbitrario tomando como referencia la Real Academia, como si se procede con arbitrariedad y se define arbitrariedad como “un proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho”. El asesinato de Letelier sería el caso porque (1) los hechos de que da cuenta se tratan de un homicidio tremendo; 2) además, un homicidio perpetrado fuera del país; (3) el que ha causado conmoción social e internacional por la forma en que se ha producido y por las personas involucradas. Todo ello conduce al rechazo del recurso. En este caso, la Corte vuelve a sostener su idea del derecho de igualdad circunscribiéndolo a la idea de tratar a quienes se encuentran en situaciones diferentes de modo diverso, aspecto que se cumpliría plenamente en el caso Letelier porque éste es diferente a todos los casos que fueron amnistiados y además, las diferencias que se hacen entre un caso y los otros –los amnistiados- se encuentra justificado en la gravedad e impacto que tuvo dicho asesinato.

De lo expresado puede afirmarse lo siguiente:

1. De todas las causas que se han ingresado y fallado en relación al principio de igualdad escasamente se encuentra alguna formulación más o menos desarrollada acerca de dicho principio, circunscribiéndose las ideas habitualmente a uno o dos considerandos. Además rara vez encontramos en estas argumentaciones sobre igualdad un intento deliberado de justificar los

razonamientos sobre la base de jurisprudencia anterior casi nunca se cita a algún autor y solo de soslayo se refieren a las actas constitucionales. Alguna que otra vez se cita el diccionario de la real academia en apoyo de las posiciones sobre igualdad que se adoptan. Bastante general y escasa la argumentación y como veremos, también bastante elemental los argumentos que sirven de base para las decisiones.

2. Ahora bien, en cuanto al fondo del problema de delimitar y dotar de sentido al derecho de igualdad, cabe concluir que la Corte ha sustentado una idea de la igualdad como tratar a aquellos que se encuentran en situaciones iguales como iguales (incluyendo en esta idea, incluso el único caso de discriminación positiva que se ha presentado). Con este concepto de igualdad cualquier concepción que posea la ley resultará satisfactoria porque fácticamente siempre las situaciones y personas son diversas. De este modo, la Corte no ha logrado diseñar un derecho de igualdad que delimite u oriente a los ciudadanos y al poder legislativo. Se puede afirmar, que definido así el derecho de igualdad carece de trascendencia pública.

(3) Inaplicabilidad: inconstitucionalidad sobrevenida y derogación tácita.

De los anteriores acápites se advierte que hay buenas razones para pensar que las decisiones de inaplicabilidad emanadas de la Corte Suprema no satisfacen dos de las exigencias o funciones que hemos dicho se propone toda jurisdicción constitucional: tutelar derechos fundamentales para la democracia constitucional con relativa continuidad y consistencia (el derecho de propiedad en el caso del DL 2695) ni desarrolla, delimita ni atribuye significado de modo coherente a los valores y principios constitucionales que los reclaman de cara a casos concretos (principio o derecho de igualdad). En este apartado, procuraremos averiguar si la Corte Suprema ha logrado satisfacer el primer objetivo que decíamos toda jurisdicción constitucional se propone, a saber, resolver los problemas conflictos normativos que la Constitución –en ocasiones- tiene con otras fuentes del derecho. De este modo pretendemos cubrir el primer objetivo que toda jurisdicción constitucional se propone: asegurar la supremacía constitucional por sobre el derecho del legislador. Para ello vamos a revisar las decisiones de inaplicabilidad en materia de inconstitucionalidad sobrevenida o derogación tácita. Este problema posee particular interés porque las decisiones constitucionales en esta materia atraviesan desde 1925 hasta la fecha.

El problema de la inconstitucionalidad sobrevenida o la derogación tácita es uno de los conflictos normativos determinantes que presenta nuestro ordenamiento jurídico. Resolverlo de modo acertado es determinante para la vinculación del derecho de la Constitución a todo el resto del ordenamiento. El supuesto sobre el que descansa la fuerza normativa de la Constitución, como derecho superior al resto del ordenamiento, es que todo derecho vigente debe ser consistente con ella. Un aspecto decisivo para advertir si en un sistema rige efectivamente la Constitución es cómo se resuelven las inconsistencias entre el derecho antiguo y el derecho de la Constitución. Se trata de saber, desde una perspectiva política, si las decisiones del poder constituyente transformarán el ordenamiento vigente hasta ese momento. Se trata de saber si el derecho antiguo contradictorio con la Carta subsiste o de qué manera deja de imperar frente al nuevo derecho. La eficacia derogatoria de la Constitución respecto del derecho dictado con anterioridad a su entrada en vigencia, es lo que está en juego.

Por lo pronto, cabe imaginar que las leyes anteriores a la constitución pueden estar en conflicto con el contenido de esta última. Los modos de resolver este conflicto apuntan, por una parte, a un criterio de temporalidad, según el cual la Constitución es una norma o ley posterior a dichas leyes y en consecuencia debe preferírsele; y por la otra, a un criterio de jerarquía, puesto que la Constitución es una

norma o ley puesta o situada como derecho superior al derecho anterior a la constitución. Si se aborda el problema mencionado desde la perspectiva de la temporalidad, entonces, se concibe el asunto como una cuestión de derogación tácita; y en cambio, si se aborda como un asunto de jerarquía, se le trata como un problema de inconstitucionalidad sobrevenida. Detrás de estas opciones hay diferencias de fondo. Un juicio de derogación tácita emitido por la jurisdicción es siempre una formulación que abarca un pronunciamiento de fondo, de contenidos normativos. Se trata de la inconsistencia del contenido normativo de dos preceptos que deben ser equivalente en extensión y en rango o jerarquía. Si no, no se produce la derogación o ésta acaece solo parcialmente. En cambio, un juicio de inconstitucionalidad sobrevenida es un juicio en el que está en juego una norma superior, está en juego una cuestión de competencias, muchas veces incluso independiente del contenido de los preceptos, de modo que un juicio de esta especie abarca tanto una revisión de fondo como de forma, esto es, debiera proponerse revisar tanto las inconsistencias de contenido normativo –si la ley antigua transgrede los nuevos principios o normas constitucionales- como lesiones a las reglas formales de legitimación del derecho. Así, en el primer caso la ley debe invalidarse por razones de derogación y en el segundo por razones de inconstitucionalidad sobrevenida.

Ahora bien, en uno y otro caso, es indispensable resolver si será la jurisdicción constitucional la llamada a resolver el punto o si los tribunales ordinarios poseen atribución para llevar a cabo tal tarea. Este último punto es muy importante, puesto que si el asunto es de derogación tácita correspondería al tribunal que conoce del litigio pronunciarse acerca de la sobrevivencia de la ley –lo que excluye a la Corte Suprema, como es natural- y si en cambio la cuestión es de jerarquía corresponde, por efecto del artículo 80 de la Carta, exclusiva y únicamente, a la Corte Suprema el pronunciamiento de inaplicabilidad, debiendo excluir a los tribunales de fondo. El punto posee –y esto quiero destacarlo- importantes consecuencias para el modelo de jurisdicción constitucional. Mientras en el primer caso, esto es, como derogación, el concesión de facultades constitucionales a los jueces de fondo modifica el criterio mantenido hasta ahora acerca del carácter concentrado de la inaplicabilidad e implica alterar el diseño de la jurisdicción constitucional actual (una verdadera inaplicabilidad difusa, al estilo de Perú o Argentina, por ejemplo) y se crearían muy buenos argumentos para extender la inaplicabilidad a todos los jueces, en el segundo caso, esto es, como jerarquía, supone que la interpretación de la Carta ha de mantenerse de modo concentrado. De modo que los fallos de la Corte son decisivos para configurar sus propios poderes constitucionales y para definir el modelo de jurisdicción constitucional.

Veamos cómo la Corte Suprema ha enfrenta el tema.

Por lo pronto es posible constatar que durante las últimas décadas la Corte ha tenido criterios interpretativos disímiles¹⁸. El criterio dominante hasta 1978 fue que la Corte Suprema poseía atribuciones para conocer y fallar recursos de inaplicabilidad presentados contra leyes vigentes con anterioridad a la (o las) Constitución (es). Hasta esa fecha, la Corte no diferenciaba entre derogación tácita e inconstitucionalidad sobrevenida. Desde esa fecha en adelante, la Corte comienza a fallar que no cabe utilizar el recurso de inaplicabilidad para resolver cuestiones o materias que atañen a la sobrevivencia de la ley en el tiempo. Interpreta, entonces en este último caso, el problema como un asunto de derogación tácita y por lo mismo, limita sus propias atribuciones de control constitucional derivando a los jueces de la instancia o del fondo la determinación de si la ley anterior estaba o no vigente (el asunto era muy complicado para los jueces, vigente como estaba la definición de prevaricación). Desde 1985 y de modo bastante dubitativo, la Corte Suprema varía, no la definición del problema, sino que la competencia para

¹⁸ Sobre el particular, véase de Bertelsen, Raúl, “La Jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el recurso de inaplicabilidad” (1981-1985), en Revista de Derecho Público, vol. 1985 (Nº 37 y 38), página 167 y siguientes; también, Bulnes Aldunate, Luz “Análisis de la Última Jurisprudencia sobre el recurso de inaplicabilidad”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 20, página 519 y siguientes. También, Precht Pizarro, Jorge, “Derecho material de control judicial en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile: derogación tácita e inaplicabilidad (1925-1987), en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXIV, número 3, 1987.

resolverlo: concibiendo el problema como de derogación tácita, cree que junto con la competencia del juez de fondo para conocer de esa materia, subsiste –y en algunos fallos se afirma que es preferible- la facultad o atribución de la Corte para pronunciarse sobre la inaplicabilidad de un precepto vigente con anterioridad. Desde 1990 en adelante, asistimos a una verdadera dificultad de la Corte para elaborar un enfoque consistente –con otros que poseyó en el pasado- y coherente con las aristas que el problema presenta.

En efecto, en el primer fallo del período sobre el que versa esta investigación, en el rol 14882 (25.1.90) García Domínguez y otros, donde se solicita la declaración de inconstitucionalidad del artículo 12, 1567 N° 10, 2514 al 2520. Afirma la Corte que el problema es una cuestión de derogación o de supervivencia de la ley y no de constitucionalidad. Solo cabe entonces constatar que los preceptos legales han estado vigentes con anterioridad a la constitución de 1980, y constatado aquello la pretendida inconstitucionalidad no puede dar cabida a la presentación de un recurso de inaplicabilidad. Luego afirma que atendida la distinta entrada en vigencia sólo puede dar lugar a un problema de derogación tácita. Por último, corresponde al “respectivo órgano jurisdiccional” “y en cada caso particular” la determinación soberana acerca de si una disposición legal pugna con una norma constitucional posterior. Con ello se mantiene el criterio interpretativo que tuvo durante la década del ochenta. Este enfoque representa lo que hemos dicho, enfrentado al tema como derogación solo cabe que los tribunales de fondo y en este caso de modo exclusivo resuelvan las inconsistencias.

Luego, la Corte Suprema cambia de posición; en el rol 17933 (20.3.90) Carrasco Toledo, Marta. Inconstitucionalidad del artículo 13 DFL 1182 y artículo 4° DL 1608. El Fiscal enarbola el tema de la derogación tácita. La tesis de la Corte Suprema en este caso es que el artículo 80 opera ante “todo precepto legal contrario a la Constitución” no diferenciando entre antes o después. Agrega que el derecho de propiedad invocado es en síntesis el mismo al consagrado en la constitución de 1925 “de modo que ha habido continuidad en relación a tal normativa y corresponde a este tribunal determinar si un texto legal – cualquiera que sea la época de su vigencia- es o no aplicable a una gestión por ser contraria a los derechos y garantías que se protegen”. En el caso rol 14.444, (8.6.90) de Natividad Campos en el que se impugna la constitucionalidad del DL 2695, la Corte vuelve sustentar el mismo criterio de que cabe entrar al conocimiento de estas materias. En este caso, declaró que el decreto ley indicado contravenía el artículo 19 número 24 de la Carta.

En el rol 27.640 (24.8.90) Contreras Manual. Inconstitucionalidad del DL 2191. El Fiscal vuelve a esgrimir su criterio en orden a que “resulta imposible” un pronunciamiento respecto de una ley inexistente porque ha sido derogada tácitamente. En este caso la Corte Suprema previene sobre el tema de modo de esgrimir su “doctrina invariable” sobre el punto, sosteniendo que ha habido un único caso en contra de esta posición (se refiere al de García Domínguez, rol 14882). No se comparte el criterio de García (1) Porque de tal manifestación resulta que la Corte se inhibe por ello de un pronunciamiento, toda vez que la Carta no hace distinciones entre preceptos legales; (2) que el recurso de inaplicabilidad encuentra su fundamento “en el principio jerárquico de las leyes” y “evitar la contradicción entre ley fundamental y la ley común u ordinaria” (3) Para la procedencia de este recurso, “basta que ambos preceptos estén vigentes y que la gestión judicial en que incide no esté terminada o afinada”; (4) la vigencia del principio jurídico según el cual donde la ley no distingue no es lícito al intérprete distinguir. El voto de mayoría entonces, está dirigido a pensar que el problema es de inconstitucionalidad y que por ello, solo la Corte Suprema posee competencia para resolverlo. Sin embargo, en este caso hay un voto de minoría fundado, que afirma: (1) parece natural para la inconstitucionalidad que “un precepto legal debe haber sido dictado por el legislador vulnerando algún principio consagrado en una norma de rango constitucional” y por ello se requiere que la constitución sea anterior a la dictación de la ley. (2) En el fallo del Tribunal Constitucional sobre pensiones (la ley interpretativa) éste estableció que los pronunciamientos de constitucionalidad sólo se refieren a las leyes posteriores. (3) Citan algunas opiniones doctrinarias coincidentes.

En los roles 16.947, 16948 y 16949, todos fallados el 24.4.91 e interpuestos por Cardone de la Roza, Hector, dirigidos a impugnar el DL 2695, la Corte Suprema tuvo oportunidad de volver a enfrentar el tema. Esta vez, acogiendo el recurso, se pronuncia afirmando (1) que si los jueces de la instancia tienen esta atribución “también puede esta Corte declarar la inconstitucionalidad de esta última”; (2) que el artículo 80 de la Constitución no distingue entre diversos preceptos legales; (3) que el artículo 80 consagra exclusivamente el control constitucional en manos de la Corte Suprema; (4) por último, y ya referido al DL 2695 y su supuesta infracción de la constitución, la Corte afirma “cabe tener presente también que como se ha expresado, el DL 2695 fue promulgado en 1979, durante la vigencia de la Carta política de 1925, que regulaba la garantía del derecho de propiedad en los mismos términos que fueron mantenidos más tarde en el Acta Constitucional de 1976, principios que a su turno, también fueron incorporados a la Constitución de 1980, de suerte tal que por la encadenación existente entre todas estas normas de rango superior, aparece de manifiesto que no se ha producido en la materia ninguna laguna o solución de continuidad (sic), y siendo así, el referido DL no puede ser considerado anterior al mencionado Estatuto Político de 1980”. Sencillamente notable. Como se puede ver la Corte no resuelve el problema, se pronuncia como si fuera un asunto de inconstitucionalidad sobrevenida pero atribuye a los tribunales de la instancia la competencia del problema –obviando que la revisión de inconstitucionalidad están atribuidas en exclusiva a la propia Corte- como si fuera un asunto de derogación de leyes y atribuyéndose una potestad derivada. Estos fallos revuelven el problema pero no lo solucionan.

En el caso del rol 20.300 (26.6.91) Asociación Gremial de Impresores. Se impugna el artículo 7º transitorio del DL 2758 y los artículos 15 a 19 de la ley 18.018. En lo que atañe al pronunciamiento del DL (considerando 2) afirma claramente que acoge tal excepción porque “como lo ha resuelto reiteradamente en sus fallos” dictados con posterioridad al 11 de marzo de 1991 esta es una “cuestión de supervivencia de la ley” que corresponde dilucidar a los jueces de la instancia”, ellos son “los únicos” llamados a decidir la vigencia de un precepto. La novedad está aquí en que también es acogida la excepción de inadmisión “ya que el artículo en comento (ley 18018) solo tuvo por objeto precisar los términos de una norma anterior a la vigencia de la constitución”, a la cual debe entenderse incorporada. En este caso, la Corte vuelve a su anterior doctrina, sin dar ninguna explicación. Cabe eso sí, advertir que la Corte al sustentar este criterio es coherente: si el asunto es de supervivencia de la ley en el tiempo, ello corresponde a materias de derogación que debe resolver el tribunal de la instancia (independiente de la opinión que esto nos merezca). No existe, con todo, ninguna evidencia de que los jueces de fondo hayan alguna vez ejercido las facultades que la Corte le atribuyó.

En el rol 16.227 (12.6.91) se impugna el DFL 252, específicamente el artículo 98, caso Medina, Pero Antonio. En esta controversia la Corte Suprema se aviene a entrar al fondo. Lo declara sin lugar pero entra al fondo cambiando su punto de vista anterior. Existe un voto de minoría que afirma la derogación tácita. Lo mismo acontece en el rol 16.564, 26.7.91, Ochsenins, Jorge.

En el rol 16.164, de fecha 31.10.91, Vera Bascur, Miguel. Se trata de impugnar unas normas del Código Sanitario. Un establecimiento naturista es clausurado porque en virtud de los artículos 53, 54, y 112 del C. S. se dedica al ejercicio ilegal de la medicina y el artículo 112 afirma que sólo podrán dedicarse a desarrollar actividades propias de la medicina quienes poseen título respectivo otorgado por una universidad reconocida por el Estado. Entonces el problema de la derogación tácita vuelve a presentarse, esta vez provocado por el informe del Fiscal de la Corte Suprema. El Pleno discrepa con este último (1) porque si la constitución permite que sean los jueces de la instancia los que lleguen a pronunciarse acerca del problema de la derogación con mucho mayor razón la Corte Suprema puede hacerlo porque el mandato de la constitución a ésta es amplio y no distingue entre distintos tipos de preceptos legales; (2) de aceptarse la derogación tácita como se propone quedarían muchos conflictos sin resolver, entre otras cosas, porque la ley general posterior no deroga la ley particular anterior y los magistrados de fondo, así, se verían obligados a aplicar una norma contraria a la constitución. (3) “tanto

desde el punto de vista jurídico cuanto como por importantes normas de conveniencia institucional es preferible que sea la Corte Suprema y no la judicatura de la instancia la que resuelva un asunto de tanta trascendencia como la inconstitucionalidad o constitucionalidad de la ley". "Por todo lo expuesto, agrega, este tribunal entrará a pronunciarse sobre el fondo del recurso". El fallo indicado es importante porque, demuestra que la Corte Suprema se aviene a resolver a favor de la tesis de la inconstitucionalidad pero sin gran convicción y termina sugiriendo que es "preferible" que sea la Corte la que resuelva por razones de política constitucional, guiándose por una regla de prudencia (que no es despreciable, por cierto). Ello sin impedir que sean los jueces de fondo los que los aborden. De este modo, el problema queda sin ser resuelto con claridad.

En el rol 16.293, de 28.1.92 recurso interpuesto por la Compañía de Teléfonos de Chile, en que se impugna el artículo 43 del DL 3063, el "ministerio público" formula una objeción que se funda en la derogación tácita. En este caso, la Corte Suprema formula lo que considera "últimamente" ha sido su doctrina sobre el problema de la derogación o inconstitucionalidad. Sostiene, por lo pronto, que la constitución no hace distinciones entre preceptos legales. Además, agrega la idea de que el hecho de que un precepto esté vigente con anterioridad a la constitución "no obsta a que esta Corte se pronuncie sobre la cuestión de la inaplicabilidad", puesto que "si los jueces de la instancia pueden decidir en el sentido que la constitución ha derogado alguna ley común con mayor razón puede hacerlo esta Corte Suprema, que se halla en la cúspide de la escala jerárquica del Organismo Jurisdiccional y a quien el artículo 80 de la Carta Política le entrega precisamente esta facultad". Que este ha sido el criterio, además, que ha regido toda la interpretación del problema durante la vigencia de la constitución de 1925 en relación a las leyes dictadas durante el imperio de la constitución de 1833. Nuevamente la Corte falla el asunto sin resolver el fondo del asunto: si se trata de una cuestión de constitucionalidad o de derogación. Si, como sabemos, es un asunto de constitucionalidad, esto es, de hacer prevalecer la jerarquía normativa de las normas, por efecto del artículo 80, le está vedado a los tribunales inferiores pronunciarse sobre el asunto.

En el rol 16.672, de 10.4.92 Puga González, Juan se impugna el DL 2695 una norma claramente dictada con anterioridad a la constitución de 1980. Nuevamente a solicitud del Fiscal la Corte se pronuncia afirmando, (1) de acuerdo al artículo 80 de la constitución no cabe efectuar ningún tipo de distinción o diferencia entre preceptos dictados y vigentes antes de la constitución de aquellos dictados con posterioridad a ella. (2) y ya en aplicación al caso que nos ocupa, el DL 2695, sienta su teoría de que hay "solución de continuidad" entre las normas sobre la propiedad de la constitución de 1925 y las de la Carta del 80.

En el rol 16.868, de fecha 16 de septiembre de 1992, interpuesto por la Sociedad Benefactora Dignidad para impugnar el artículo 559 inciso segundo y 561 del Código Civil. En este caso, a solicitud del Ministerio de Justicia la Corte se pronuncia sobre la derogación o inconstitucionalidad y las facultades de la propia Corte en esta materia. La Corte sostiene, en suma, que tiene competencia porque el juicio de derogación presupone uno de inconstitucionalidad y ello está expresamente comprendido dentro de las facultades que el artículo 80 entrega a la Corte. Que, luego, una decisión de la Corte en esta materia servirá para orientar a los tribunales inferiores "lo que representa un aporte a la función judicial y a la juridicidad". Agrega que precisamente, la derogación es una cuestión que cabe de ser revisada por medio de la inaplicabilidad porque hay una cuestión de "subsistencia y es precisamente el recurso de inaplicabilidad" el que tiene por objeto declarar la inaplicabilidad de los preceptos contrarios a la constitución.

En el rol 28.552 de 8.10.92 se revisa la constitucionalidad del inciso 2º del artículo 44 de la Ley Sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques en atención a si es constitucional la exigencia de que el girador deba consignar la totalidad del capital intereses y costas. La Corte vuelve a pronunciarse sobre el punto afirmando que (1) el artículo 80 no hace distinciones entre los tipos de preceptos legales; (2) Lo que está en juego en este tipo de conflicto es la jerarquía constitucional y no la derogación de los preceptos

legales. Que cuando los artículos 52 y 53 del CC hacen mención a la derogación se refieren a normas de igual rango y no ha podido referirse a la constitución porque entre ley y constitución proviene del artículo 1ª del Código Civil. Otro tanto similar se afirma en el considerando 1º del fallo rol 16.868.

Del mismo modo, en los roles 18767, 18768, 18729, 18766 y 18728, todos interpuesto por Tunis König, Teresa y en contra del DL 2695, fallados con fecha 19 de mayo de 1993, la Corte desecha el problema de la derogación tácita o de la inconstitucionalidad sin entrar en el sentencia al punto y a pesar de que la parte formuló objeción en tal sentido. Solo se deja constancia de que la Corte desechó una indicación previa de parte de tres Ministros.

El 2 de septiembre de 1994, causa rol 21.298, interpuesto por, Oemick Estay, Oscar, mediante la cual se solicita la declaración de inaplicabilidad de la norma del artículo 27 del D.S. 294, que fija el texto refundido de la ley 15.840 y del DFL 206. En este caso, la Corte junto con rechazar el recurso, hacia el final, destina alguna frase al problema, sosteniendo que el problema es uno de competencia: la Corte Suprema tiene competencia para conocer de un recurso de inaplicabilidad formulado contra una norma vigente con anterioridad a la constitución porque si los jueces de la instancia pueden declarar que si la ley general que es la constitución deroga una ley especial común “también puede” la Corte Suprema declararla. Que lo único que exige el artículo 80 para dicho pronunciamiento es que tanto la ley como la constitución estén vigentes simultáneamente. No deja de ser sorprendente la confusión en que incurre la Corte: por una parte trata el problema como si fuese de inconstitucionalidad pero reconociendo que es de derogación, al admitir que “también” tiene competencia la Corte junto al tribunal de la instancia.

En el rol 23.758 resuelto con fecha 21.10.95, interpuesto por Fernández Leal, Carlos en contra del artículo 15 del DL 2448 y a instancias del Abogado Procurador Fiscal, se pronunció sobre el tema reiterando los argumentos que ya conocemos: (1) que ha sido, desde el caso de Natividad Campos uniforme los fallos que rechazan esta alegación (ya hemos visto que no es así); (2) que si los jueces de la instancia pueden decidir que la constitución ha derogado una ley común “ello no es obstáculo” para que la Corte Suprema lo haga. (3) que el artículo 80 no ha hecho ningún tipo de distingo entre las normas del caso. Nuevamente este planteamiento no resuelve el problema de fondo.

En suma, la Corte Suprema ha llegado –no sin altibajos- a la conclusión que el tema del derecho vigente con anterioridad a la irrupción de la constitución de 1980 debe ser abordado como inconstitucionalidad sobrevenida y no derogación tácita. Que de este modo, volvió, a partir de 1991, a sustentar el mismo criterio interpretativo que sostuvo hasta la década del 70. Ello no es óbice, sin embargo, para que se pueda constatar durante todo el período fallos favorables a decidir el asunto como derogación y a la presencia de sendos votos de minoría que aun mantienen ese criterio. Sin embargo, al resolver de este modo ha dejado en la oscuridad si los jueces de la instancia mantienen las facultades que tan generosamente se les conceden. En efecto, el modo que la Corte ha resuelto este problema genera enormes dudas acerca de si efectivamente lo ha hecho de modo claro. Hemos dicho que si el asunto es de inconstitucionalidad sobrevenida, como parece creer la Corte, entonces cabe revisar toda inconstitucionalidad tanto de “forma” como de “fondo” y cabe, por expresa mandato del artículo 80, prevenir que los jueces de fondo no tienen competencia o atribuciones para pronunciarse acerca de la constitucionalidad del derecho anterior a la Carta. Pero ninguna de las dos cosas ha sucedido. Por el contrario, en algunos casos de modo claro, y en otros de modo indirecto, la Corte atribuye a los tribunales de fondo expresas facultades para conocer y resolver lo que ella considera –ahora último- una clara cuestión de inconstitucionalidad sobrevenida. Se afirma que si los tribunales de la instancia tienen competencia para resolver estas materias “con mayor razón” la tiene la Corte Suprema. Tal ambigüedad genera serias dificultades: ¿ante quien, en definitiva, se solicita la inaplicabilidad? ¿tienen los jueces de la instancia potestades de inaplicación o invalidación constitucional? Nada de esto ha sido resuelto con precisión, provocando externalidades adversas al resto del sistema.

Asimismo, la firmación de que este tema es una cuestión de inconstitucionalidad sobrevenida y no

de derogación tácita –como se supuso durante buen tiempo- debiera llevar a la Corte a afirmar que toda contradicción con la constitución sea ésta provocada por transgresiones formales o de fondo –como, falsamente, se han dado en llamar- admite su declaración de inconstitucionalidad. Ya sea que el precepto o la ley hayan sido dictados con anterioridad –cosa que nunca ha hecho- como con posterioridad. Pronunciamiento, este último, que tampoco ha efectuado. En efecto, con fecha 31 de marzo de 1994, la Corte fallo los roles 20.678, 19.776, 19.845, 20.136, 20.137, 20.138, 20.139, 20.402, 20.413, 21.130 y 20.135 rechazando que el recurso de inaplicabilidad, en función del artículo 80, permita efectuar pronunciamientos de forma, esto es, relativos a inconsistencias en la legitimidad procesal de las normas. De este modo, genera una nueva inconsistencia acerca de los capítulos de inconstitucionalidad que pueden ser impugnados, provocando nuevas dudas sobre el problema del derecho inconstitucional vigente con anterioridad a la Carta.

Conclusiones.-

1. La jurisdicción constitucional chilena ha sido entregada a la Corte Suprema mediante el recurso de inaplicabilidad. Esta acción presenta un diseño institucional marcadamente privado. El procedimiento de inaplicabilidad, la disponibilidad e impulso del mismo, la legitimación para interponerlo y los efectos de una sentencia favorable, están reducidos a los intereses particulares del caso. Hay escaso debate público en los casos de inaplicabilidad y ninguna participación de entes particulares o públicos que esgriman intereses o puntos de vista generales o colectivos.
2. La ausencia de un fallo de invalidación, aunado a la carencia en la práctica constitucional de una institución similar al precedente importa un alto riesgo de fallos diferentes sobre materias similares y alienta la idea de inestabilidad de las decisiones constitucionales.
3. Cuando se analizan la consistencia de los fallos de la Corte suprema de cara a satisfacer las tres exigencias que hemos dicho espera, como bienes públicos, cualquier sistema jurídico que satisfaga la jurisdicción constitucional, sorprende que la Corte Suprema fracase tanto en (1) resolver cuestiones de validez constitucional del ordenamiento; (2) al tutelar derechos fundamentales; (3) y el interpretar íntegra y coherentemente los valores y principios constitucionales, desarrollando una verdadera práctica argumentativa de la misma. Así, al analizar los fallos sobre 2695 se advirtió cambios profundos y no debidamente justificados en las decisiones. De modo similar, al revisar cómo entiende el derecho constitucional de igualdad, se constata un modo de entenderla que priva de todo sentido a la misma, imposibilitando cualquier control constitucional de la ley en este punto. Por último, al revisar la cuestión de la validez del derecho anterior a la constitución, se advierte una fuerte ambigüedad entre abordarlo como inconstitucionalidad o derogación.