



Premio “Tribunal Constitucional” 2010-2011

EL DERECHO PENAL Y PROCESAL
PENAL EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL DE INAPLICABILIDAD
(2006-2010)

GIOVANNI VÍCTOR CISTERNAS VELIS

ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD: ANÁLISIS
JURISPRUDENCIAL DEL PERÍODO
DE MARZO DEL AÑO 2006 A MARZO DE 2010
EN CUANTO A LOS CRITERIOS
DE ADMISIBILIDAD

MARYLEN FILLOY PAYRET

MARÍA DE LOS ÁNGELES SOTO CORREA

Premio “Tribunal Constitucional” 2010-2011



Premio “Tribunal Constitucional” 2010-2011

EL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL
EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL DE INAPLICABILIDAD
(2006-2010)

GIOVANNI VÍCTOR CISTERNAS VELIS

ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD: ANÁLISIS
JURISPRUDENCIAL DEL PERÍODO
DE MARZO DEL AÑO 2006 A MARZO DE 2010
EN CUANTO A LOS CRITERIOS
DE ADMISIBILIDAD

MARYLEN FILLOY PAYRET
MARÍA DE LOS ÁNGELES SOTO CORREA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Teléfono (56-2) 640 18 00 • 640 18 20
Fax (56-2) 633 83 54
E-mail: secretaria@tcchile.cl

CUADERNOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Inscripción N° 207.427
Derechos Reservados
Agosto de 2011

Primera edición
300 ejemplares

Diseño e impresión
versión | producciones gráficas ltda.

ÍNDICE

PRÓLOGO	15
MARCELO VENEGAS PALACIOS	
EL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE INAPLICABILIDAD (2006-2010)	19
GIOVANNI VÍCTOR CISTERNAS VELIS	
INTRODUCCIÓN	19
CAPÍTULO I. El Derecho Penal en la reciente Jurisprudencia Constitucional de Inaplicabilidad (2006-2010)	28
I. Introducción. Estado democrático de Derecho, Constitución y Derecho penal	28
II. Principio de legalidad (<i>nullum crimen, nulla poena sine lege</i>)	29
1. El principio de legalidad: consideraciones previas	29
2. Casos planteados al Tribunal Constitucional relativos al principio de Legalidad	30
A. El problema de las leyes penales en blanco	30
a) Constitucionalidad de las leyes penales en blanco	31
b) Los “deberes militares” del artículo 299 del Código de Justicia Militar	34
c) Artículo 433 del Código de Justicia Militar: ley penal abierta	35
d) El concepto de “aguas” del artículo 459 N° 1 del Código Penal	35
e) Las mercancías prohibidas del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas	37
B. Normas penales parcialmente determinadas que no remiten a otras disposiciones	40

a)	Las “autoridades” de los artículos 261, 262 y 264 del Código Penal	40
b)	Los “actos de piratería” del artículo 434 del Código Penal	41
c)	El “conviviente” del artículo 390 del Código Penal	43
d)	La causal genérica de quiebra fraudulenta del artículo 220 N°16 de la Ley 18.175	44
e)	La “asociación”, la “conspiración” y la “agrupación de delincuentes” de la Ley 20.000	44
f)	La hipótesis genérica de infracción tributaria del artículo 97 N° 4 del Código Tributario	45
3.	Reserva legal de los delitos y las penas (<i>nullum crimen, nulla poena sine lege scripta</i>)	47
A.	Fundamentos de la exigencia de ley formal	47
B.	Casos planteados al Tribunal Constitucional	48
a)	El hurto de energía eléctrica tipificado en un Decreto con Fuerza de Ley	48
b)	Observaciones a la posición del Tribunal Constitucional sobre este punto	50
III.	La presunción de inocencia como “ <i>regla del juicio</i> ”: Derecho a que la prueba corresponda a quien acusa	53
1.	Aspectos generales sobre la presunción de inocencia	53
2.	Constitucionalidad de las presunciones simplemente legales de responsabilidad penal. Posición del Tribunal Constitucional	54
3.	Casos planteados al Tribunal Constitucional	55
a)	El caso “Morrison Cristi” y la carga de la prueba en el delito de microtráfico	55
b)	La presunción de voluntariedad del artículo 1° del Código Penal	57
c)	Doctrina emanada de ambos pronunciamientos. La presunción de inocencia y el valor de las presunciones simplemente legales de responsabilidad a la luz del sistema procesal penal	57
d)	Artículo 450 del Código Penal: ¿presunción de derecho de responsabilidad?	59
IV.	Prohibición de la Prisión por deudas	61
1.	Consagración del principio y situación general en Chile	61
2.	Casos planteados al Tribunal Constitucional	62
a)	Arresto ante el no pago de las cotizaciones previsionales, ¿constituye prisión por deudas?	62
b)	Imposibilidad de cumplir con la obligación de indemnizar y consecuente pérdida del beneficio de la libertad vigilada (Ley 18.216)	63
V.	Principio de proporcionalidad de los delitos y las penas	66

1.	La proporcionalidad en sentido amplio. Criterios para la limitación de los derechos fundamentales	66
2.	El principio de proporcionalidad en la intervención penal. Idoneidad, necesidad y proporcionalidad (en sentido estricto) de la tutela penal	67
3.	Proporcionalidad en sentido estricto. Correspondencia entre los delitos y las penas	69
4.	Discusión en torno a la consagración del principio	69
5.	Casos planteados al Tribunal Constitucional	71
	a) Artículo 450 del CP. Castigo de la tentativa y la frustración como si el delito se hubiese consumado	71
VI.	Principio de culpabilidad (<i>nullum crimen, nulla poena sine culpa</i>)	76
1.	Aspectos generales sobre la culpabilidad, su importancia, y fundamentos	76
2.	El problema de su consagración en la Constitución de 1980	78
3.	Posición del Tribunal Constitucional respecto a la consagración constitucional del principio de culpabilidad	81
VII.	Principio <i>pro reo</i>	82
1.	Aplicación retroactiva de la ley penal más benigna	83
2.	Casos planteados al Tribunal Constitucional	84
	a) Artículo 509 del Código de Procedimiento Penal	84
	b) Artículo 484 del Código Procesal Penal	88
	c) Comentarios acerca de la interpretación del Tribunal Constitucional sobre la disposición octava transitoria de la Carta Fundamental	90
	d) Crítica al contenido asignado al derecho a que se aplique la ley penal posterior más benigna	91
3.	Interpretación de la ley penal según el principio <i>pro reo</i>	93
4.	Casos planteados al Tribunal Constitucional	94
	a) Sobre la interpretación del término “aguas” del artículo 459 N° 1 del CP. Crítica a la posición del Tribunal que acepta la licitud de la interpretación extensiva	94
VIII.	Pena de inhabilidad para ejercer cargos públicos y estatuto constitucional de la pérdida de la ciudadanía	96
CAPÍTULO II. El Derecho Procesal Penal en la reciente Jurisprudencia Constitucional de Inaplicabilidad (2006-2010)		98
I.	Derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley con anterioridad a los hechos juzgados	98
1.	Prohibición de las comisiones especiales	98
2.	Casos planteados ante el Tribunal Constitucional	98
	a) Nombramiento de ministros en visita para conocer de determinados asuntos	98

b) El problema de la Justicia Militar	100
II. La presunción de inocencia como “regla del trato”: derecho a ser tratado como inocente hasta que haya sentencia condenatoria firme	102
1. Aspectos generales sobre la presunción de inocencia	102
2. Casos planteados al Tribunal Constitucional	103
a) Suspensión de la puesta en libertad por la interposición del recurso de apelación por parte del Ministerio Público (Artículo 149, inciso segundo del CPP)	103
III. Derecho al debido proceso	107
1. Aspectos generales sobre el derecho al debido proceso	107
2. Casos planteados al Tribunal Constitucional	108
A. Publicidad del proceso y derecho del acusado a conocer los cargos que se le imputan	108
B. Derecho a que se le brinde tiempo para preparar la defensa	110
C. Derecho a la igualdad de armas (a propósito del artículo 277 del CPP)	110
D. Derecho a rendir pruebas. Procedimiento de desafuero por delitos de acción privada	114
E. Derecho al recurso en materia penal	121
a) Derecho a un recurso ante tribunal superior para que se revise integralmente la resolución	122
b) El artículo 387 del Código Procesal Penal, la “improcedencia de recursos” contra ciertas sentencias y su compatibilidad con el derecho al recurso	123
c) Artículo 277 del Código Procesal Penal y recursos otorgados sólo a un interviniente	131
d) Imposibilidad de impugnar la parte de la sentencia que no concede alguna medida alternativa a la privación de libertad	131
e) Prohibición de la <i>reformatio in peius</i>	133
F. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable	136
IV. Derecho a la tutela judicial efectiva, específicamente en cuanto asegura acceder a la jurisdicción (derecho a la acción penal)	137
1. Aspectos generales y planteamiento del problema	137
2. Casos planteados al Tribunal Constitucional	140
A. Primera jurisprudencia del Tribunal: inconstitucionalidad de las facultades discrecionales de los fiscales del Ministerio Público para buscar el término anticipado del proceso penal, a propósito del artículo 230 del Código Procesal Penal	140
B. Posición actual del Tribunal: constitucionalidad de la “discrecionalidad no arbitraria” en el ejercicio de las facultades del Ministerio Público. Otras normas impugnadas y su resolución	146

a)	Normas relativas a la suspensión condicional del procedimiento (artículo 237 del Código Procesal Penal)	146
b)	Artículo 248 del Código Procesal Penal y facultad de pedir el sobreseimiento temporal o definitivo de la causa, o comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento	147
c)	Artículo 259 del Código Procesal Penal y la necesidad de que la acusación sea precedida por una formalización	147
d)	Interpretación del artículo 186 del Código Procesal Penal: ¿Puede la víctima “forzar” la formalización?	148
C.	Doctrina emanada de las resoluciones anteriores: concepto de “discrecionalidad no arbitraria” y medios que la ley contempla para tutelar los intereses de la víctima	148
D.	Comentarios acerca de la existencia o no de un derecho a que el Estado persiga la responsabilidad por hechos criminales	149
E.	Constitucionalidad de las normas impugnadas conforme a la doctrina del Tribunal	153
V.	Naturaleza de la función investigativa y exclusividad de la misma para el Ministerio Público	156
	CONCLUSIONES	157
	ANEXO. Tablas ilustrativas de casos	161
	Tabla N° 1 Principio de Legalidad	161
	Tabla N° 2 Presunción de Inocencia (<i>Regla del Juicio</i>)	162
	Tabla N° 3 Prisión por Deudas	163
	Tabla N° 4 Principio de Proporcionalidad	164
	Tabla N° 5 Principio <i>Pro Reo</i>	165
	Tabla N° 6 Derecho al Debido Proceso	166
	Tabla N° 7 Tutela Judicial Efectiva (Derecho del ofendido a la acción)	168
	BIBLIOGRAFÍA	170

ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL PERÍODO DE MARZO DEL AÑO 2006 A MARZO DE 2010 EN CUANTO A LOS CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD	177
--	------------

MARYLEN FILLOY PAYRET • MARÍA DE LOS ÁNGELES SOTO CORREA

INTRODUCCIÓN	177
CAPÍTULO I. Introducción a la Acción de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad	178
I. Breve historia	178
II. Concepto	185

III. Características	185
IV. Características procesales	187
V. Consagración legal	188
VI. Procedimiento	189
1. Normas generales de procedimiento	189
2. Normas especiales de procedimiento	190
VII. Requisitos de admisibilidad	196
VIII. Algunas consideraciones sobre la admisibilidad	198
IX. Efectos de la eventual declaracion de inaplicabilidad	200
 CAPITULO II. Primer Requisito de Admisibilidad: “debe tratarse de un precepto legal”	 201
1. La acción busca impugnar preceptos con rango legal, rechazando requerimientos que no cumplan con este requisito	202
2. Procede la acción de inaplicabilidad contra tratados internacionales	203
3. Procede la acción en contra de decretos con fuerza de ley pues se trata de un “precepto con rango legal”	209
4. No procede la acción que busca impugnar actos administrativos	211
5. Consecuentemente, tampoco procede la acción contra decretos supremos, al ser éstos actos administrativos	212
6. No procede la acción contra resoluciones judiciales	212
7. No procede la acción impetrada contra autos acordados	213
8. No procede la acción cuando se busca aclarar el sentido que tienen determinados preceptos legales	214
9. El requerimiento debe señalar de manera específica el precepto legal que se impugna	215
10. No procede contra resoluciones que, a juicio de quien interpone la acción, vulneren derechos fundamentales garantizados en la Carta Fundamental	216
11. La acción no procede cuando se busca determinar cuál es la interpretación legal que debe preferirse para resolver un conflicto	217
12. No procede la acción que intenta modificar la interpretación de un precepto legal	218
13. De la misma forma, la acción de inaplicabilidad no procede cuando se busca impugnar actos que se estiman ilegales	219
14. No procede la interposición de la acción cuando se busca que el tribunal se pronuncie sobre cuestiones de mérito	219
15. Procede la acción para solicitar la declaración de inaplicabilidad de sólo una parte de un precepto legal	220
16. No procede la acción cuando se trata de resolver un conflicto de leyes en el tiempo	223
17. No procede la acción respecto de preceptos legales que ya no forman parte del ordenamiento legal aplicable	224

CAPÍTULO III. Segundo Requisito de Admisibilidad: “que exista gestión pendiente ante otro tribunal ordinario o especial”	227
1. No hay gestión pendiente una vez que haya cosa juzgada	228
2. No hay gestión pendiente una vez que ha operado la preclusión	229
3. Hay gestión pendiente cuando aún no se ha fallado un recurso interpuesto	230
4. Debe tratarse de una gestión pendiente de carácter particular, la acción no puede interponerse respecto a una gestión pendiente de carácter general	231
5. Falta gestión pendiente cuando si bien ésta existe al momento de efectuar el examen de admisibilidad de la acción, al ser fallada por el Tribunal Constitucional, el juez de fondo ya dictó sentencia definitiva	232
6. Hay gestión pendiente aún cuando la demanda presentada en la causa que motiva la inaplicabilidad no ha sido notificada	233
7. El Tribunal aboga por una interpretación amplia de este requisito	234
8. Falta gestión pendiente cuando se solicita la revocación o corrección de actos que se estiman ilegales o abusivos	234
9. La gestión pendiente debe ser probada por el requirente	234
10. La inaplicabilidad debe solicitarse respecto de la gestión que actualmente motiva la acción, es decir, no puede solicitarse respecto de un precepto legal ya aplicado en una gestión anterior. El precepto legal impugnado debe tener aplicación actual en la gestión pendiente	235
11. Si bien este requisito es parte del examen de admisibilidad, el tribunal puede pronunciarse sobre él al resolver el fondo del asunto	236
12. Este requisito no comprende tribunales u órganos administrativos que no ejerzan funciones jurisdiccionales	236
CAPÍTULO IV. Tercer Requisito de Admisibilidad: “que la aplicación del precepto resulte decisivo en la resolución del asunto”	237
1. El tribunal debe efectuar un análisis acerca de si ese precepto legal será decisivo	238
2. Basta que el precepto legal sólo tenga la posibilidad de ser decisivo para la resolución del asunto. El precepto impugnado puede no ser considerado por el juez de fondo para resolver el asunto, en este sentido, para que “decida” el asunto, basta con que sólo exista la posibilidad de que lo aplique para acoger la acción	239
3. Las normas decisivas para la resolución del asunto pueden ser tanto ordenatorias de la litis como decisorias	241
4. El precepto legal debe ser decisivo en la resolución de un “asunto”, entendiéndose éste como “un asunto cualquiera”, donde naturalmente tenga efecto el precepto impugnado, y no que deba ser decisivo en la resolución “del asunto” en la gestión pendiente en que incide la acción interpuesta	242
5. Si bien este requisito es examinado al momento de realizar el estudio de admisibilidad y aunque sea aprobado, puede ser visto nuevamente al resolver el fondo del asunto	243

6. Invocar en la parte petitoria de la demanda un determinado precepto legal, configura una presunción a favor del carácter decisivo de éste para la resolución del asunto	244
CAPÍTULO V. Cuarto Requisito de Admisibilidad: “que la ley contrarie la constitución en su aplicación”	
1. Debe tratarse de una contradicción con la Constitución	245
2. Lo que se declara inconstitucional es la aplicación del precepto al caso concreto	247
3. Se declara la inconstitucionalidad, entonces, respecto al caso concreto, y no sobre el precepto legal analizado abstractamente	248
4. La acción de inaplicabilidad no tiene naturaleza preventiva	250
5. No procede la acción cuando ésta se funda en una eventual o hipotética aplicación del precepto impugnado. Debe existir al menos la posibilidad real de que éste sea aplicado	251
CAPÍTULO VI. Quinto Requisito de Admisibilidad: “que lo solicite la parte o el juez que conoce del asunto”	
1. Si el juez presenta el requerimiento, no es necesario que para ello confiera patrocinio y poder a un abogado para que lo represente	255
2. Se han presentado requerimientos interpuestos por jueces de tribunales con diferentes competencias	255
3. Los requirentes deben ser partes del litigio	256
4. Al Tribunal Constitucional no le corresponde analizar la legitimidad de las partes en la gestión pendiente	256
5. La forma de interponer el requerimiento, tanto por el juez como por las partes del litigio, debe ajustarse expresamente a lo consagrado en el art. 93 N° 6 de la Constitución, no procediendo otros medios para incoar la acción	256
CAPÍTULO VII. Sexto Requisito de Admisibilidad: “que la impugnación esté fundada razonablemente”	
1. El requerimiento debe indicar la forma precisa cómo la aplicación del precepto legal contraviene la Constitución	258
2. El tribunal hace sinónimos los términos “fundamento plausible”, establecido en la LOCTC tras la modificación introducida por la ley 20.381, y “fundamento razonable”, establecido en el art. 93 inciso undécimo de la Constitución	260
3. Debe existir concordancia entre la parte expositiva del requerimiento y la parte petitoria	261
4. Para que el requerimiento esté fundado razonablemente, deben exponerse los hechos de manera circunstanciada	262
5. No se cumple con este requisito si con la interposición de la acción se busca ampliar las normas legales que se invocaron en un primer juicio de inaplicabilidad, aunque se efectúe dentro de la misma causa principal	263

6. Previo a la ley 20.381, las causales del art. 39 de la ley 17.779, en orden a que el requerimiento debe contener una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho y la descripción precisa de la cuestión de constitucionalidad, señalando el vicio de inconstitucionalidad y las normas que se estiman transgredidas, se subsumían en el requisito que estamos analizando	265
7. En algunos casos el tribunal ha señalado, respecto de este requisito, que no procede analizarlo nuevamente al resolver el fondo del asunto	265
8. Este requisito supone una doble exigencia	266
 CAPITULO VIII. Séptimo Requisito de Admisibilidad: “que el requerimiento se promueva respecto de un precepto legal que no haya sido declarado conforme a la constitución por el tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y que no se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva”	266
1. La modificación introducida busca consagrar principios que armonizan adecuadamente el control preventivo con el control represivo de preceptos legales	267
 ANEXO. Casos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad	269
I. Casos de inaplicabilidad	269
1. Artículo 416, inciso tercero, del Código Procesal Penal	269
2. Artículos 299 N° 3, 431 y 433 del Código de Justicia Militar	269
3. Las expresiones “y establecidos en virtud del Reglamento que para estos efectos fije el Ministerio de Educación y el Instituto Nacional del Deporte”, a que alude el artículo 2° de la Ley N° 20.033, de Rentas Municipales II, modificatoria del Cuadro Anexo N° 1 de la Ley de Impuesto Territorial N° 17.235, párrafo I, exención del 100%, letra b), número 3	270
4. Artículo 1° de la Ley N° 18.865, de 13 de diciembre de 1989	271
5. Las siguientes disposiciones contenidas en el Código Orgánico de Tribunales	271
6. Artículo 231 del Código Procesal Penal	272
7. Artículo 163, letra f) del Código Tributario	272
8. Artículos 15 y 16 del Decreto Ley N° 2695 de 1979	272
9. Inciso undécimo del artículo 13 de la Ley N° 18.575	273
10. Artículo 32, inciso segundo, de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades y artículo 238 del Código de Procedimiento Civil	274
11. Artículo 2.331 del Código Civil	274
12. Artículo 38 ter de la Ley N° 18.933	274
13. Artículo 474 del Código del Trabajo, inciso tercero	275
14. Artículo 206 del Código Civil	276

15. Artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley (Ministerio de Salud) N° 1 de 2005	276
16. La oración “cuando lo interpusiere el Ministerio Público”, del artículo 277 del Código Procesal Penal, inciso segundo	277
17. Artículo 230, inciso primero, del Código Procesal Penal	278
II. Casos de inconstitucionalidad derivados de declaraciones de inaplicabilidad	278
1. Artículo 116 del Código Tributario	279
a) Sólo cuando no hay ninguna interpretación posible conforme a la Constitución se declarará la inconstitucionalidad del precepto	280
2. Frase del artículo 171 del Código Sanitario, inciso primero	281
b) No es un deber, sino una facultad del tribunal declarar inconstitucional un precepto previamente declarado inaplicable	281
3. Frase “gratuitamente” contenida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, inciso primero	282
c) La declaración de inconstitucionalidad se circunscribe a lo previamente declarado inaplicable	282
d) Al tribunal “no le corresponde hacerse cargo de las interpretaciones de las disposiciones subsistentes, como consecuencia de la declaración previa de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un determinado precepto legal	283
e) La declaración de inconstitucionalidad es el último recurso para asegurar la supremacía constitucional	283
III. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: inaplicabilidad versus inconstitucionalidad	284
IV. Doctrina	285
CONCLUSIÓN	286
BIBLIOGRAFÍA	291

PRÓLOGO

Me es grato presentar las obras que, cada año, el Tribunal Constitucional publica y entrega a la comunidad jurídica, en su calidad de ganadoras del premio que éste otorga a las tesis de licenciados que se han destacado en el estudio del Derecho Público chileno, el que se ha otorgado desde el año 2005.

En esta ocasión se trata de dos elogiabiles trabajos que dan cuenta de manera sistematizada y crítica de los criterios jurisprudenciales acuñados en las sentencias del Tribunal Constitucional. Lo anterior adquiere especial valor dado que la interpretación constitucional se ha erigido como una fuente creadora de derecho, fuente que emana de la solución de casos concretos en que la judicatura da vida a la Ley Fundamental mediante su aplicación. De esta manera, el estudio pormenorizado de la misma permite comprender el panorama de lo que hoy se entiende que mandata la Constitución Política y, por lo mismo, da lugar a la elaboración de líneas jurisprudenciales que posibilitan la lectura armoniosa de los preceptos fundamentales.

En lo que se refiere al contenido de las tesis premiadas, éste versa sobre la jurisprudencia referida a la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, principal instituto protector de los derechos fundamentales que actualmente es de competencia del Tribunal Constitucional. Específicamente, los trabajos se hacen cargo de temas procedimentales y sustantivos, tal como me detendré a exponer.

En efecto, la tesis de las señoritas Marylen Filloy Payret y María de los Ángeles Soto Correa, alumnas de la Universidad de Chile, intitulada “Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad: Análisis Jurisprudencial del Período de Marzo del Año 2006 a Marzo del Año 2010 en cuanto a los Criterios de Admisibilidad”, se dedica a la descripción y sistematización de las líneas jurisprudenciales asentadas en lo que se refiere a la declaración de admisibilidad en cuanto trámite procesal previo y necesario para que pueda existir un pronunciamiento sustantivo respecto de la acción de inaplicabilidad incoada. Las autoras precisan, a través de un estudio que abarca un amplio volumen de sentencias y cuya rigurosidad científica es palmaria, lo que ha entendido el Tribunal Constitucional respecto a cada uno de los requisitos que deben cumplirse para que pueda ser declarada la admisibilidad del requerimiento interpuesto. Basta lo anterior para percatarse que se trata de un trabajo que, además de ser premiado por la pulcritud de sus líneas como por

la originalidad del tema que trata, merece ser premiado través de su publicación, toda vez que constituye una herramienta de invaluable utilidad práctica para el abogado como también para la judicatura en cuanto sistematiza la comprensión que de los aludidos requisitos ha asumido el Tribunal Constitucional.

En cuanto a la segunda obra galardonada, a saber, la de don Giovanni Cisternas Velis, alumno de la Universidad Católica del Norte, referida al “Derecho Penal y Procesal Penal en la reciente Jurisprudencia Constitucional de Inaplicabilidad”, debe imperiosamente destacarse que se trata de una tesis que supone un trabajo de sistematización de vital importancia a la hora de estudiar los precedentes que, si bien no son obligatorios, ilustran la solución de futuros conflictos de relevancia constitucional relacionados con tópicos de tan ordinaria ocurrencia como son los referidos a las citadas áreas del Derecho. Por demás, se trata de materias respecto de las cuales se han generado diversos incidentes de constitucionalidad en virtud de requerimientos presentados por los jueces penales. A su vez, merece atención el que a través de la lectura de la obra se pueda encontrar no sólo la síntesis de los casos resueltos por el Tribunal Constitucional, sino que, además, una interesante ordenación de los mismos en relación a los derechos y principios constitucionales involucrados, cuestión que posibilita detectar las directrices que ha sostenido esta Magistratura en relación a la inaplicabilidad de preceptos penales y procesales penales. No puede además pasarse por alto que el tesista no sólo ha realizado un trabajo de sistematización, sino que además emprende, con base científica, un análisis de los pronunciamientos desde las teorías penales a las que adhiere.

La lectura y estudio de estas obras, que hoy premia y publica el Tribunal, me permite no sólo felicitar nuevamente a sus autores, sino que, además, sugerir su estudio a abogados y profesores de Derecho, a la vez que incentivar la realización de tesis centradas en la sistematización de la jurisprudencia de la Magistratura Constitucional, en aras de fomentar la construcción de doctrinas cuyo análisis y crítica permitan el conocimiento y perfeccionamiento del Derecho Constitucional.

MARCELO VENEGAS PALACIOS
Presidente del Tribunal Constitucional

Santiago, agosto de 2011.

**EL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL
EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL DE INAPLICABILIDAD
(2006-2010)**

GIOVANNI VÍCTOR CISTERNAS VELIS*

ABREVIATURAS

BVerfG	: Tribunal Constitucional Federal Alemán
CADH	: Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)
CIDH	: Corte Interamericana de Derechos Humanos
CJM	: Código de Justicia Militar
CP	: Código Penal
CPP	: Código Procesal Penal
CPP(1906)	: Código de Procedimiento Penal
CPR	: Constitución Política de la República de 1980
PIDCP	: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
SCA	: Sentencia de Corte de Apelaciones (se indicará la ciudad de asiento de la Corte, el rol y la fecha de dictación de la sentencia)
SCS	: Sentencia de la Corte Suprema de Chile (se indicará el rol y la fecha de dictación de la sentencia)
STCE	: Sentencia del Tribunal Constitucional de España
STEDH	: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	: Tribunal Constitucional de Chile
CS	: Excelentísima Corte Suprema de Chile
CA	: Corte de Apelaciones (se indicará la ciudad de asiento de la Corte)
TJOP	: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (se indicará la ciudad asiento del tribunal)
JG	: Juzgado de Garantía, Juez de Garantía (se indicará la ciudad asiento del Juzgado)
STC	: Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile (se indicará el rol y la fecha de dictación de la sentencia)
TEDH	: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

EL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE INAPLICABILIDAD (2006-2010)

GIOVANNI VÍCTOR CISTERNAS VELIS*

INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos en que la reforma de la Ley 20.050 introdujo más modificaciones fue el Tribunal Constitucional¹. Éstas no se limitaron a adecuarlo a una nueva etapa de desarrollo democrático –objetivo confesado de la reforma– sino que alcanzaron su esencia, y resultaron en un Tribunal distinto, no sólo en cuanto a la designación de sus integrantes, sino que también en cuanto a su competencia y el valor de sus declaraciones, al punto de que es razonable la pregunta de si acaso estamos ante un Tribunal Constitucional nuevo, como señalan algunos autores².

Dejando de lado los cambios en torno a la designación de sus integrantes y las materias de su competencia, digamos que nos interesa particularmente la entrega del control concreto de constitucionalidad de los preceptos legales, consagrado en el número 6 del artículo 93 de la Constitución. Con ella, se configura un sistema de control de constitucionalidad concentrado en un solo órgano. Y aunque es cierto que la supremacía constitucional se ve protegida también por otros medios constitucionales –control realizado por la Contraloría General de la República, acción de protección y de amparo, etc.–, es el Tribunal Constitu-

* Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas (profesor guía: Manuel Núñez Poblete). Universidad Católica del Norte, Escuela de Derecho, Antofagasta, diciembre de 2010.

¹ Sobre el particular, vid. el trabajo publicado con ocasión de la reforma: ZÚNIGA URBINA (coord.) (2005).

² Entre otros, RÍOS ALVÁREZ Y PICA FLORES (2008), pág. 7; HORMAZÁBAL MALARÉE (2006); CEA EGAÑA (2007).

cional el que pasa a ser –por lo menos teóricamente– el principal “guardián” de la Carta Fundamental, y la interpretación que haga de ella será la interpretación que guíe aquella que hacen otros organismos. De ello resulta la importancia del estudio de sus resoluciones, a cuyo contenido deberá conformarse la actuación de todos los órganos públicos, aunque en principio no sea estrictamente vinculante³.

Sin embargo, este estudio no debe hacerse partiendo de la idea errónea de que el Tribunal Constitucional tiene la última palabra en la argumentación en torno a los conflictos de constitucionalidad. El examen de sus resoluciones tiene sentido y valor en tanto sirvan para apreciar su contenido y someter a escrutinio sus razones. De otro modo se peligraría en caer en lo que, en un contexto similar, se ha llamado “positivismo jurisprudencial”⁴, y la reflexión constitucional se reduciría a la constatación de la doctrina emanada de las resoluciones del Tribunal.

En lo que respecta a este trabajo, la vinculación entre el Derecho constitucional y el Derecho penal es clara. El estudio de sus relaciones constituye al decir de Manuel de RIVACOBA “un verdadero *tema de nuestro tiempo*”, que refleja también las relaciones de ambas ramas “con las diversas y sucesivas concepciones omnicomprendivas del mundo y de la vida y el influjo parigal y constante de éstas sobre aquéllas, mucho más inmediato y vigoroso que el que puedan ejercer sobre otras que regulan aspectos menos palpitantes de la vida humana en sociedad”⁵. Así, y sólo a modo de ejemplo, la respuesta que se dé a la interrogante sobre los fines perseguidos por la pena, la llamada por MIR PUIG “decisión político-criminal básica”⁶, está necesariamente condicionada por la configuración política del Estado, los fines que se le atribuyen, y en definitiva, por la

³ En efecto, siempre queda a los otros órganos constitucionales la posibilidad de interpretar la Constitución de modo diverso. Lo esencial es que el sistema prevé que sea el Tribunal Constitucional el intérprete supremo de ella, y dirima los conflictos señalando la interpretación correcta y desechando la incorrecta. En el mismo sentido, NOGUEIRA ALCALÁ (2010), pág. 101. En contra de este aserto, Vid. BULNES ALDUNATE (2005), quien propone que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es obligatoria por efecto del artículo 6° de la Carta Fundamental, que consagra la vinculación de los órganos del Estado a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. El propio Tribunal ha hecho aplicación recientemente de una posición similar, al descartar la alegación hecha por el Ministerio Público en el sentido de que el acogimiento de un requerimiento de inaplicabilidad podría alterar el curso del proceso penal: “Que tampoco es atendible la alegación de que por acogerse este requerimiento se estaría alterando el itinerario procesal trazado por el Código del ramo, al tener que retrotraerse la situación a un estado de apelación no previsto por dicho cuerpo legal. Comoquiera, lo anterior, que los órganos del Estado deben adecuar su proceder a las normas superiores previstas en la Constitución, acorde con el artículo 6° de la misma, conforme ordene esta Magistratura en los asuntos sometidos a su jurisdicción”. (STC Rol N° 1502-09 [9 de septiembre de 2010], considerando 15°).

⁴ REVIRIEGO PICÓN Y BRAGE CAMAZANO (2007), pág. 416.

⁵ DE RIVACOBA Y RIVACOBA (1995), pág. 843.

⁶ MIR PUIG (1994), pág. 30.

imagen del hombre que inspira al constituyente⁷. “La pena es, en efecto, uno de los instrumentos más característicos con que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas, y su función depende de la que se asigne al Estado”⁸.

Esta estrecha vinculación entre Constitución política y sistema penal, pasada por alto hasta la segunda mitad del siglo pasado⁹, es la que lleva hoy a estudiar con especial interés los principios que se hallan en la Constitución de la República, que determinarán el contenido del Derecho penal, no sólo por efecto de su jerarquía normativa, sino porque la Constitución instituye una determinada concepción del orden político, de la cual no podrá apartarse –y más aún, deberá servir– la reacción punitiva.

Bien dice GUZMÁN DÁLBORA que en la inclusión de normas penales en los textos constitucionales, realizada como respuesta a los horrores ocurridos en la primera mitad del siglo XX “se encierra la clave de algo que estaría destinado a enriquecer el panorama dogmático y político criminal de nuestro tiempo, ya que bien pronto el pensamiento penal, superando la acostumbrada perspectiva lógico-formal, comenzará a orientarse a captar las relaciones contenutísticas que median entre estos dos sectores del ordenamiento jurídico, y a averiguar en qué medida el Derecho punitivo queda condicionado –en cuanto a la materia de sus preceptos– y dirigido –en punto a su norte político– por el constitucional”¹⁰. Y agrega: “Hoy por hoy es imposible negar que el ámbito de lo penal es donde con mayor intensidad se pone a prueba –una prueba infalible– el carácter liberal o autoritario del ordenamiento político que toda constitución contemporánea diseña en sus rasgos fundamentales. (...) No puede ser de otra manera: cualquier ordenamiento político que de verdad se preocupe por rodear con toda suerte de garantías a las libertades individuales, de modo que queden a salvo frente a los inevitables desbordamientos del poder del Estado, tiene que concentrar su atención en aquel segmento de las relaciones jurídicas en que la tensión de los polos Estado-individuo se plantea en términos más complejos y delicados, y de esta guisa salir al paso, ya en una instancia normativa superior, de la arbitrariedad y los abusos del poder, enemigos sempiternos de la libertad y la seguridad”¹¹.

Estas son, aunque breves, las razones que nos han llevado a interesarnos por la jurisprudencia penal –y procesal penal, por añadidura– del Tribunal Cons-

⁷ “La pena, su sentido, funciones y finalidad no puede entenderse si al mismo tiempo no se la analiza dentro de un sistema socio-económico y la forma de Estado imperante”. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN (1994), pág. 127.

⁸ MIR PUIG (1994), pág. 29.

⁹ Cfr. GUZMÁN DÁLBORA (2004), pág. 802. En contra, TIEDEMANN (1991), quien señala que: “[L]a relación entre Derecho constitucional y Derecho penal es un tema presente en todos los tratados de ambas disciplinas desde los tiempos de la Ilustración”. Refutando esta tesis, GUZMÁN DÁLBORA (1994), pág. 171-172.

¹⁰ GUZMÁN DÁLBORA (1994), pág. 166.

¹¹ GUZMÁN DÁLBORA (1994), pág. 167.

titucional, específicamente en cuanto al control concreto de constitucionalidad que, como vimos, es una facultad recientemente confiada al Tribunal y, por tanto, representa una nueva oportunidad para que el influjo de los principios consagrados en la Ley fundamental alcancen efectivamente a los protegidos por ellos. Por esto mismo es que el período de estudio abarca desde el año 2006 hasta finales del 2010, período que estimamos es suficiente para hacer una primera evaluación de conjunto de la jurisprudencia constitucional en la materia.

Adicionalmente, la forma en que actualmente está configurada la cuestión de inaplicabilidad permite una insospechada proyección en el desarrollo de los juicios penales. La posibilidad de que no sólo las partes (intervinientes) puedan requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, sino que también se le franquee esta opción al tribunal de fondo, cuando tenga dudas acerca de la constitucionalidad de la norma aplicable, supone la posibilidad cierta de sean los argumentos del Tribunal los que decidan un caso sometido a la justicia criminal. En no pocas ocasiones, el Tribunal además ha dado pautas para la interpretación armónica de las normas sometidas a su escrutinio, cuando no ha vedado expresamente otras por estimarlas contrarias a la Carta Fundamental. La sentencia de inaplicabilidad tiene, entonces, influencia tanto en el desarrollo del proceso penal (el que deberá conformarse a las exigencias derivadas de la decisión de inaplicabilidad, incluso retro trayendo el juicio a un estado ya agotado¹²) como en la sentencia de fondo, en que el juez debe evaluar la aplicación de las normas y su interpretación.

En fin, si del traspaso de la competencia del control concreto desde la Corte Suprema hacia el Tribunal Constitucional ha resultado una mayor protección de las libertades públicas y una forma nueva de entender las relaciones entre la Carta Fundamental y las normas penales dictadas por el legislativo es algo cuya respuesta pretendemos vislumbrar al fin del camino.

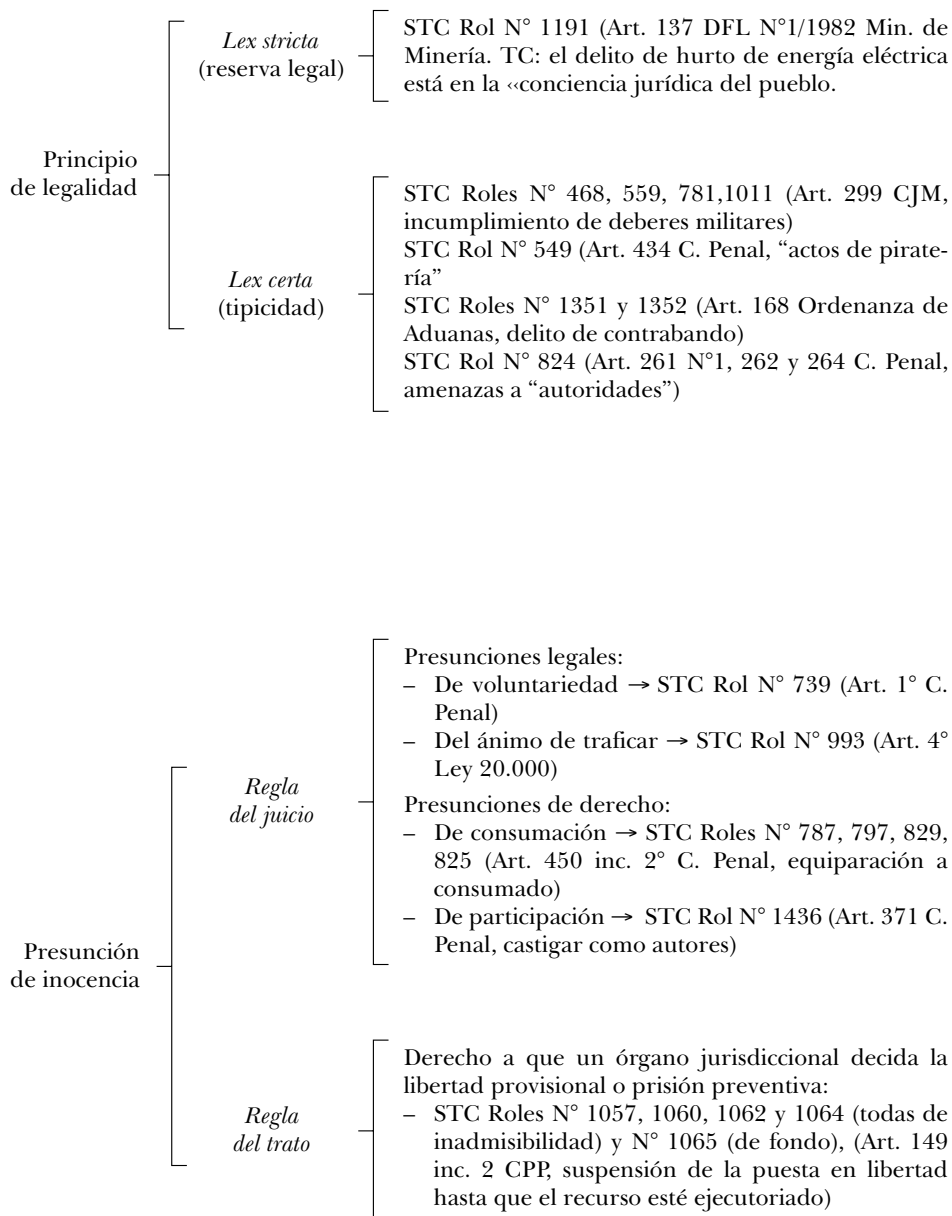
En cuanto a la metodología utilizada, como es natural, ésta consiste en el examen de las sentencias del Tribunal Constitucional. Para contextualizar los problemas presentados, en algunos casos hemos decidido desarrollar brevemente en qué consisten los principios involucrados y la posición asumida por la doctrina en torno a su consagración a nivel constitucional (V.gr. el principio de culpabilidad). Del mismo modo, y aunque el objetivo de esta memoria es la exposición de la doctrina del Tribunal, en algunos casos nos hemos permitido criticar sus argumentos, reproduciendo la opinión de la doctrina pertinente, o bien elaborando la nuestra propia.

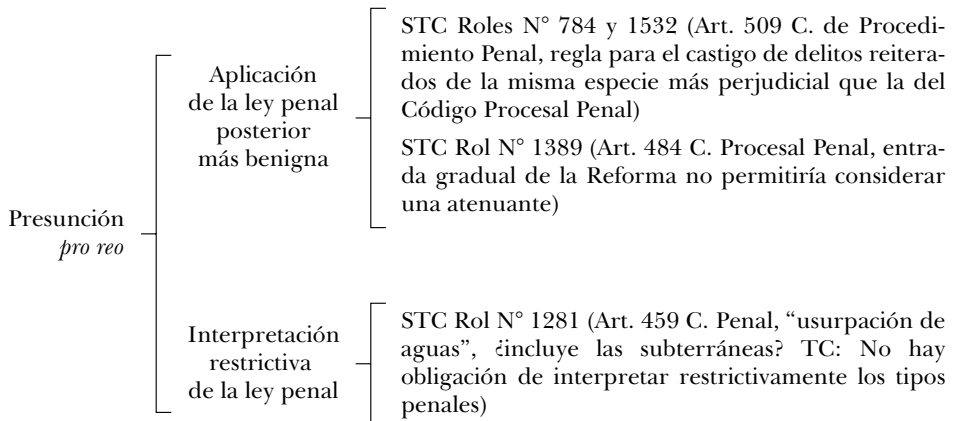
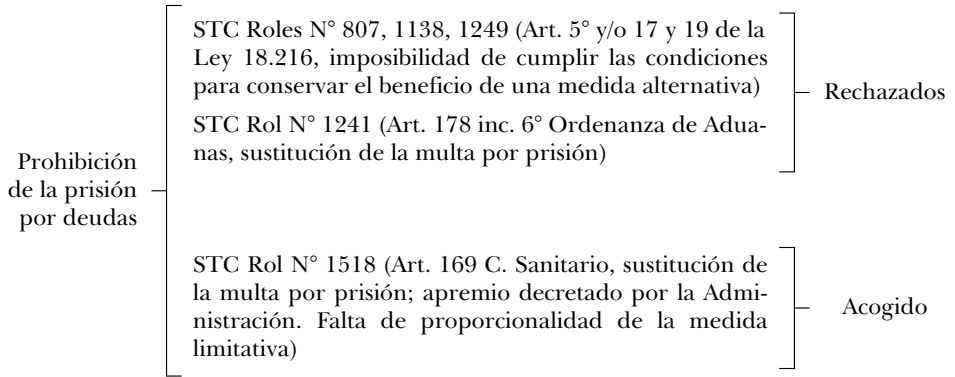
¹² Vid. STC Rol N° 1502-09, considerando 15°: “Que tampoco es atendible la alegación de que por acogerse este requerimiento se estaría alterando el itinerario procesal trazado por el Código del ramo, al tener que retrotraerse la situación a un estado de apelación no previsto por dicho cuerpo legal.

Comoquiera, lo anterior, que los órganos del Estado deben adecuar su proceder a las normas superiores previstas en la Constitución, acorde con el artículo 6° de la misma, conforme ordene esta Magistratura en los asuntos sometidos a su jurisdicción”.

Considerando que el manejo de alrededor de setenta sentencias identificadas sólo con el rol asignado puede tornarse complejo, hemos acompañado, en aquellos casos en que hay un número considerable de resoluciones, una tabla ilustrativa que permita al lector comprender las relaciones entre las mismas sentencias, su orden cronológico, la evolución de la postura del Tribunal, etc. En la misma línea es que hemos querido distinguir claramente los argumentos que el Tribunal hace de un determinado asunto, de las circunstancias del caso concreto, que pueden influir decisivamente en la suerte del requerimiento.

Los diagramas de las páginas siguientes muestran los principales asuntos que el Tribunal Constitucional ha debido abordar respecto a Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal. Esperamos sirva de guía al lector, especialmente en aquellas materias que han motivado varias resoluciones de esa Magistratura.





Debido Proceso	Derecho a rendir pruebas	[STC Roles N° 478, 533, 558, 596, 806, 791, 1314 (Art. 416 inc. 3° C. Procesal Penal, procedimiento de desafuero por delitos de acción privada no contempla en principio un momento para rendir pruebas)
			STC Rol N° 699 (Art. 425 inc. 4° C. Procesal Penal, querrela de capítulos por delitos de acción privada no contempla en principio un momento para rendir pruebas)
	Derecho a conocer la acusación	[STC Rol N° 783 (Auto Acordado de la Corte de Apelaciones de Santiago para hacer valer la responsabilidad funcionaria, reserva del procedimiento disciplinario, tiempo para preparar la defensa) ACOGIDO
	Derecho a ser juzgado en un plazo razonable	[STC Rol N° 664 (Varios artículos del COT y la Ley de Control de Armas, el requirente llevaba quince años en calidad de procesado). RECHAZADO, TC: La inaplicabilidad prolongaría más el proceso
	Derecho al recurso	[Revisión integral de las sentencias
		[STC Rol N° 670 (Art. 11 Ley 19.806, imposibilidad de impugnar la parte de la sentencia que deniega conceder una medida alternativa) → RECHAZADO
		[Prohibición de la <i>reformatio in peius</i>
		[STC Rol N° 1250 (Art. 548 C. de Procedimiento Penal, permiso para imponer una condena más gravosa al requirente) → RECHAZADO
		[Derecho a impugnar
		[La sentencia condenatoria: STC Roles N° 986, 821, 1055, 1130, 1501 (Art. 387 inc. 2° C. Procesal Penal, “improcedencia de recursos” frente al segundo juicio oral) La resolución que excluye prueba de descargo: STC Roles N° 1535, 1502 (Art. 277 C. Procesal Penal) → ACOGIDO
Igualdad de las partes en el proceso penal	[STC Roles N° 1535, 1502 (Art. 277 C. Procesal Penal) → TC: Es inconstitucional que se permita sólo al Ministerio Público apelar de una resolución, si ésta agravia también a los otros intervinientes)	

Tutela judicial efectiva (derecho a la acción penal)	Discrecionalidad en la formalización	STC Roles N° 815 (ACOGIDO), 1244, 1337, 1380, 1467, 1445 (RECHAZADOS) (Art. 230, inc. 1° C. Procesal Penal. TC: Existen suficientes controles que conjuran la posibilidad de un ejercicio arbitrario de las facultades discrecionales del M. Público)
	Discrecionalidad en la calificación jurídica de los hechos	STC Rol N° 1312 (Art. 390 C. Procesal Penal, TC: la calificación de los hechos compete al fiscal, quien dirige la investigación de forma exclusiva)
	Forzamiento de la formalización	STC Roles N° 1502 y 1780 (Art. 259 y 186 C. Procesal Penal, respectivamente, TC: la correcta interpretación del artículo 186 permite al ofendido forzar la formalización)
	Discrecionalidad en la búsqueda de salidas alternativas	STC Roles N° 1341 (Facultad de no iniciar investigación), 1404 y 1394 (no perseverar en el procedimiento). TC: Hay controles suficientes de la actuación del Ministerio Público para descartar la arbitrariedad de su actuación

CAPÍTULO I

EL DERECHO PENAL EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE INAPLICABILIDAD (2006-2010)

I. INTRODUCCIÓN. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO, CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL

Como señalamos en la Introducción, existe una relación clara entre el ordenamiento político del Estado –materializado en el texto político por antonomasia, la Constitución– y el Derecho penal. Partiendo desde el establecimiento de la legitimidad de la violencia estatal, pues –como señalara POLITOFF–, esta legitimidad “conciene sobre todo a la táctica del Estado en materia de control social y, dentro de dicho ámbito, a su parte formalizada: el sistema penal”¹³; hasta llegar a las concepciones que enseñan que la intervención penal reclama su fundamento y encuentra sus límites en los valores y bienes consagrados por la propia Constitución; y pasando por una variedad de problemas y asuntos que importan de sobremanera a los especialistas del Derecho penal, pues aportan elementos a considerar ineludiblemente en materias tan esenciales como los fines asignados a la pena, las garantías políticas del ciudadano frente a la creación de figuras penales y frente al proceso penal mismo; configurando, en fin, un sistema que, a la vez que estructura, pone límites al *ius puniendi*; límites que son justamente, los que nos interesa abordar –la visión que tiene el Tribunal Constitucional de ellos, en realidad– en la presente memoria.

Dicho lo anterior, nos conviene tener presente que el nuestro es un Estado de derecho, lo que significa que sujeta el ejercicio del *ius puniendi* al derecho positivo¹⁴; además es democrático, según el artículo 4° de la Constitución, lo que implica que “subordina la facultad de sancionar al más amplio respeto de los derechos fundamentales del hombre. (...) Si ha de privar o restringir la libertad de alguno de sus súbditos, limitará el empleo de esas medidas a lo necesario para alcanzar los *objetivos generales* del derecho penal y los particulares perseguidos por la *pena*. El fin del Estado es estar al servicio del hombre; no le está permitido dominarlo o instrumentalizarlo, menos emplear el derecho penal con ese objetivo”¹⁵. Si el nuestro es, además de democrático, un Estado social de derecho es discutible y hay ciertos autores que abogan por la inclusión expresa de una cláusula en tal sentido¹⁶. Por lo tanto, en principio, la vigencia de límites tales como el principio de intervención mínima y la necesidad de que la intervención penal se haga en protección de bienes jurídicos¹⁷, no debe ser afirmada sobre esta base, sino sobre otras que la Constitución sí contemple expresamente, como el reconocimiento que se hace del derecho a la intimidad y la vida privada, que bien puede estimarse como la constatación del constituyente de que existen ámbitos en que el Estado

¹³ POLITOFF (1989), pág. 6.

¹⁴ Cfr. GARRIDO MONTT (2003-I), pág. 30.

¹⁵ GARRIDO MONTT (2003-I), pág. 30.

¹⁶ Vid. ZÚÑIGA (2003) y ZÚÑIGA (2007).

¹⁷ Vid. GARRIDO MONTT (2003-I), pág. 40 y siguientes.

–a través de la facultad de punir– no puede intervenir por no existir un interés social que lo justifique.

II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD (*NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE*)

1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: CONSIDERACIONES PREVIAS

Como es conocido, el principio de legalidad es uno de los principios fundamentales sobre los que descansa el Derecho penal de un Estado de derecho, que funciona como límite del *ius puniendi* estatal. BUSTOS Y HORMAZÁBAL señalan que este principio “está en relación con todo el sistema penal. Cada momento de la dinámica penal, ya sea de la creación de la norma, ya sea de aplicación y de ejecución de la misma está formalizado por medio de la ley. El Estado no puede exceder lo que está taxativamente señalado en la ley”¹⁸.

Esta sujeción a la ley –al igual que otros principios limitadores– es consecuencia de la organización que se da el Estado, primero como Estado de derecho; y como Estado social y democrático, posteriormente, lo que lo determina a adoptar una determinada forma de ejercer el *ius puniendi*. Conviene abundar en estos fundamentos políticos, pues suelen darse por sentados, conformándose a veces la doctrina penal y constitucional en verificar la exigencia de intervención de una ley, sin considerar las razones últimas que sirven de basamento a este aserto. El principio de legalidad no es un fin en sí mismo, sino que está destinado a servir de garantía a los ciudadanos de la existencia de un Derecho penal democrático¹⁹. Si el Estado puede castigar con una pena a sus ciudadanos, es necesario que sea la ley la que lo establezca. Ésta no sólo opera como salvaguardia de la certeza jurídica, en el sentido de dar a conocer al ciudadano la prohibición mediante su publicación, de modo que pueda discernir lo prohibido de lo permitido; sino que asegura la intervención del parlamento, depositario de la voluntad soberana, al que corresponde valorar los bienes jurídicos dignos de protección jurídica, y la necesidad de que la protección se haga mediante normas jurídico-penales²⁰.

¹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN (1997, I), pág. 80.

¹⁹ Para una explicación más detallada de los pormenores históricos del principio de legalidad penal, Vid. ROXIN (1997), pág. 141 y siguientes; FERRAJOLI (1995a), pág. 382 y siguientes. Lo mismo, para la exposición de razones filosóficas y científicas que justifiquen la necesidad del principio, Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA (1997), págs. 96-97.

²⁰ Sobre ello escribe FERRAJOLI: “En particular, el principio de legalidad en los nuevos sistemas parlamentarios cambia la estructura del sujeto soberano vinculándolo no sólo a la ley sino también al principio de las mayorías y a los derechos fundamentales –por tanto al pueblo y a los individuos– y transformando los poderes públicos de potestades absolutas en potestades funcionales”. FERRAJOLI (2004 [1a ed. 1999]), págs. 138-139; y sobre las funciones del principio de legalidad penal: “(Éstas) son esencialmente tres: 1) asegurar sobre todo la *certeza del derecho*, que está representada por la garantía de igualdad frente a la ley, por la libertad del ciudadano frente a los castigos arbitrarios e, incluso antes de estas garantías, por el conocimiento y la credibilidad en el sistema penal; 2) asegurar la *sujeción del juez a la ley*, que es garantía de la inmunidad del ciudadano contra el arbitrio de los jueces y, al mismo tiempo, fundamento de la independencia de la magistratura y de la división de poderes, y 3) asegurar la *primacía de la legislación*, y por tanto de la política y de la soberanía popular, en la definición de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal y consecuentemente en la exacta configuración como delitos de las lesiones que éstos sufran”. FERRAJOLI (2008), pág. 258.

Esta premisa ha de ser considerada especialmente por el juez constitucional a la hora de determinar si un tipo determinado cumple con las exigencias del principio de legalidad. Así, puesto que como dijimos el principio de legalidad no es un fin en sí mismo, sino que el medio para cumplir otros fines, que la norma tenga rango legal o incluso que haya sido aprobada como ley, no implicará necesariamente su conformidad al principio.

Todo lo anterior justifica que el principio de legalidad esté consagrado a los más altos niveles del ordenamiento jurídico, tanto a nivel internacional, a través de tratados internacional de protección de los derechos humanos; como en el ámbito nacional, en la Constitución Política, que es la norma fundamental que establece los principios del ordenamiento político, y las garantías de los derechos fundamentales de las personas. En nuestro ordenamiento está consagrado el principio de tal forma que de él se derivan cuatro manifestaciones, según la fórmula acuñada por FEUERBACH: la prohibición de la analogía (*lege stricta*); prohibición de la aplicación del derecho consuetudinario y de normas distintas de la ley (*lege scripta*); prohibición de la retroactividad (*lege praevia*) y la prohibición de las leyes penales indeterminadas (*lege certa*).

2. CASOS PLANTEADOS AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RELATIVOS AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

A. EL PROBLEMA DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO

El principio de legalidad en su manifestación de *lex certa* cumple a lo menos dos funciones. Por una parte la exigencia de certeza dirigida al legislador tiene por objeto reducir al mínimo razonable la decisión personal del tribunal en la configuración del hecho punible²¹. En este sentido es que cumple una función semejante a la del principio de *lex stricta*, que proscribe la aplicación de la analogía, pues por una parte reduce el arbitrio judicial –contra el cual se rebeló el derecho penal liberal–, y por otra sirve de garantía al ciudadano de que sólo la conducta que se desprende con certeza de la ley es la que puede castigarse penalmente, y no podrá el juez “adaptar” el tipo a la conducta, por más reprochable y dañosa que resulte ésta. Por otra parte, permite al ciudadano distinguir lo prohibido de lo permitido, para que dirija su conducta hacia lo que no le reportará sanción. Es lo que se llama la “función de garantía” del tipo, que asegura al sujeto “que únicamente se lo castigará si se comporta de una *cierta* forma u omite comportarse de otra también *determinada*, y para eso es necesario asegurarle que nada le ocurrirá si hace o deja de hacer algo *parecido pero diferente* de lo que la ley prohíbe o manda (...)”²².

Para el Tribunal Constitucional, la aplicación del principio de tipicidad “requiere que el legislador formule las normas penales de manera precisa y determinada, excluyendo la analogía”²³.

Sin embargo, en ocasiones el legislador se ve en la necesidad de recurrir a técnicas como la remisión a normas distintas de la propia ley, para que completen

²¹ Cfr. BACIGALUPO (1999a), pág. 126.

²² CURY URZÚA (1988), pág. 14.

²³ STC Rol N° 549 (30 de noviembre de 2007), considerando 4°; STC Rol N° 1443-09 (26 de agosto de 2010), considerando 28°.

el tipo, dejándolo con cierto grado de indeterminación. Esta necesidad es clara en materias especialmente complejas, de constante evolución, o en que la autoridad deba contar con información técnica a efectos de elaborar una norma penal adecuada. Esto lleva a autores a sostener incluso que “aceptando los riesgos que representa la ley penal en blanco desde el punto de vista garantista (...) podría ser recomendable dentro de una adecuada técnica legislativa”²⁴. Las leyes que no describen totalmente la conducta, y se remiten a normas distintas de ella misma –cualquiera sea su rango– son las llamadas “leyes penales en blanco”²⁵, cuyo principal problema es que pueden no salvaguardar la función de garantía del tipo cuando son a tal grado indeterminadas que el ciudadano no puede distinguir lo prohibido de lo permitido. También pueden existir problemas en torno a su constitucionalidad si se remiten a normas dictadas por autoridades distintas del legislador, pues el principio de legalidad penal significa ante todo reserva legal de los delitos y las penas, garantía de un derecho penal democrático.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de referirse al problema de las leyes penales en blanco a propósito de diversas figuras contempladas tanto en el Código Penal como en leyes especiales. A lo largo de estos casos, ha ido delineando una posición que básicamente sostiene que la Constitución permite las leyes penales en blanco, incluso si la remisión es a una norma reglamentaria, pero que ello no implica que la Carta Fundamental renuncie a los fines asignados al principio de *lex certa* (interdicción del arbitrio judicial y función de garantía del tipo). Es así que, si en el caso concreto se ven incumplidos aquellos fines, procede la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la norma.

a) Constitucionalidad de las leyes penales en blanco

El Tribunal ha determinado en su jurisprudencia de inaplicabilidad que las leyes penales en blanco son permitidas por la Constitución²⁶. Con ello, el Tribunal hace suya la doctrina elaborada y sostenida por la Corte Suprema en la misma materia, la que se ve sustentada esencialmente en un argumento histórico, que da a la supresión del término “*completamente*” que acompañaba a la palabra “*expresamente*” en el inciso final del número 3 del artículo 19 de la Constitución, el

²⁴ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN (1997-I), pág. 91.

²⁵ No abundaremos aquí en el problema de la amplitud del concepto de “ley penal en blanco”, que para algunos incluye no sólo la remisión a normas distintas de la ley, sino que también la hecha a la propia ley. GARRIDO MONTT (2003-I), pág. 90; POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA (2004-PG), pág. 96, CURY URZÚA (1988), pág. 39. Otros, en cambio, reservan esta etiqueta a las remisiones hechas a normas dictadas por autoridades distintas del legislador, tal y como surgió el concepto en el ámbito alemán. MIR PUIG (2003), pág. 37 y siguientes. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN (1997-I), pág. 91, NÁQUIRA RIVEROS, IZQUIERDO, VIAL, Y VIDAL (2008), pág. 8.

²⁶ El Tribunal Constitucional hace suya la definición de “ley penal en blanco” de JESCHECK: “Son aquellas leyes que solamente contienen una conminación penal y que respecto del contenido prohibitivo remiten a leyes, reglamentos e incluso actos administrativos, que se han promulgado autónomamente en otro tiempo o lugar. De acuerdo con ello hay que distinguir entre norma sancionatoria y norma complementaria. El tipo de la ley en blanco sólo se forma con la norma complementaria”. STC Rol 468-06, 9 de noviembre de 2006, considerando 1°.

sentido de permitir las leyes penales que no describan en su totalidad la conducta, contentándose la Carta Fundamental con que la ley describa su núcleo.

Esta posición es sostenida desde los primeros requerimientos de inaplicabilidad sobre la materia y se ha mantenido hasta hoy²⁷. La argumentación gira, como dijimos, alrededor de la historia del precepto constitucional del inciso final del número 3 del artículo 19. Tanto en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, como en el Consejo de Estado primó la posición que buscaba proscribir a nivel constitucional las leyes penales en blanco, lo que cristalizó en que se exigiera que la conducta estuviera descrita *expresa y completamente* en la ley. Sin embargo, la Junta de Gobierno, por razones que se desconocen, decidió suprimir el término “*completamente*”, lo que ha sido interpretado tanto por la Corte Suprema como por el Tribunal Constitucional como una flexibilización o atenuación del mandato de certeza en la formulación de los tipos²⁸.

Sin embargo, esto no significa que el legislador tenga libertad para decidir el nivel de descripción que haga de la conducta punible, ya que el Tribunal estima que la norma penal debe, a lo menos, describir el núcleo de la conducta que se sanciona, es decir, aquello en que consiste a lo menos esencialmente²⁹. Es la deter-

²⁷ Sobre el delito de deberes militares, se ha pronunciado en las sentencias roles N° 468-06 (9 de noviembre de 2006), 559-06 (7 de junio de 2007), 781-07 (27 de septiembre de 2007) y 1011-07 (26 de agosto de 2008). Sobre la figura de amenazas a ciertas autoridades, en la sentencia rol N° 824-07 (14 de agosto de 2007). Sobre la usurpación de aguas subterráneas, en la sentencia rol N° 1281-08 (13 de agosto de 2009). Sobre ciertos delitos contemplados en la ley que quiebras, en la rol N°1212-08 (22 de septiembre de 2009). Finalmente, sobre el delito de contrabando contemplado en la Ordenanza de Aduanas, se pronunció en las sentencias roles N° 1351-09 y 1352-09 (ambas del 20 de mayo de 2010). Vid. la Tabla N°1 en el Anexo de esta investigación.

²⁸ Así, el Tribunal afirma que: “Del texto definitivo del artículo 19 N°3, inciso final, de la Constitución Política, subsistente hasta la actualidad, ha producido variadas interpretaciones sobre su alcance, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, prevaleciendo aquella que sostiene la permisividad de las leyes penales en blanco en nuestro orden jurídico”. (STC Rol N°468-06, considerando 4°; STC Rol N° 559-06, considerando 5°; STC Roles N°1351-09 y 1352-09, considerando 26°; STC Rol N° 1443-09, considerando 25°).

²⁹ Ha declarado el Tribunal, en sede de inaplicabilidad, que: “En el lenguaje de la sistemática penal, se ha sostenido que el señalado precepto constitucional consagró el principio de la tipicidad de la ley penal, estableciendo la obligación de que ésta, junto con la determinación de la sanción prevista, contenga la descripción del núcleo central de la conducta merecedora de aquélla”. (STC Rol N°468-06, considerando 4°; STC Rol N° 559-06, considerando 5°; STC Roles N°1351-09 y 1352-09, considerando 26°). “Que sin perjuicio de lo anteriormente descrito, esta Magistratura ha sentenciado que al establecer la reserva legal de la descripción de la conducta punible en el octavo inciso del numeral 3° del artículo 19, con la fórmula “expresamente”, la Constitución ha garantizado el principio fundamental “no hay delito ni pena sin ley”, pero, asimismo, ha tolerado la existencia de las denominadas leyes en blanco impropias o de reenvío, esto es, aquellas cuya remisión para describir la conducta punible se encuentra en otra ley o en una norma originada en la instancia legislativa, y de aquellas leyes que indiquen expresamente la norma destino de remisión aun cuando no sea de origen legislativo, con descripción del núcleo central de la conducta que se sanciona. Esta delimitación significa que serán contrarias al precepto constitucional señalado las denominadas leyes penales en blanco propias y las leyes penales en blanco abiertas, esto es, aquellas en que la descripción de la conducta está entregada a una norma infralegal sin indicar legalmente el núcleo fundamental de ella, y las que entregan la determinación de la conducta punible al

minación de este núcleo esencial –el “núcleo central de la prohibición”³⁰– la labor que el legislador no puede dejar a otra autoridad, sea el juez o a la Administración; de lo que se deduce que la intervención de normas dictadas por instancias distintas del propio legislador es admisible en tanto sólo complementen o desarrollen la conducta descrita al menos en su esencia en la ley.

Lo usual, entonces, es que sea la propia ley la que describa suficientemente la conducta punible. Si no lo hace y sólo describe el núcleo de la prohibición, puede remitirse a distintas normas, incluso de rango menor. Sin embargo, para que sea constitucionalmente aceptable la aplicación de estas leyes es necesario se hayan dictado las correspondientes normas complementarias, de lo contrario la conducta permanecerá indeterminada, y su aplicación resultará inconstitucional³¹.

criterio discrecional del juez”. (STC Rol N° 1011-07, considerando 4°). “Que, siguiendo las líneas jurisprudenciales establecidas en las sentencias roles N°s 24 y 468, cabe señalar que la confrontación abstracta entre la disposición constitucional que establece el principio de legalidad de la norma penal en el artículo 19, N°3, inciso final, del Código Político, con las denominadas leyes penales en blanco, admite distinciones y matices, parámetro bajo el cual se toleran aquellas que contengan una remisión expresa de la ley a las normas reglamentarias, aun cuando dicha norma de complemento no sea originada en el proceso legislativo, y siempre que sea la norma de rango legal la que describa el núcleo central de la conducta punible”. (STC Rol N°781-07, considerando 8°). Y, aplicando lo dicho, ha sostenido: “Que, luego de precisada la inserción del delito que nos ocupa en el contexto del Código Penal, es necesario examinar los elementos que configuran el delito aludido para determinar si se infringe o no el deber del legislador de establecer el núcleo de la conducta”. (STC Rol N°1281, considerando 9°). Y en otro caso, “Que es necesario analizar, desde el punto de vista material, si la descripción que contiene la norma impugnada constituye la caracterización suficiente del núcleo central de la conducta punible. (STC Rol N° 1443-09, considerando 27°).

³⁰ STC Rol N°468-06, considerando 8°; STC Rol N° 559-06, considerando 9°.

³¹ Así lo ha sostenido el Tribunal, a propósito de un caso en que estimó que resultaba inconstitucional la aplicación de la figura de incumplimiento de deberes militares a un funcionario de Carabineros, cuando los deberes reglamentarios que se alegaban infringidos se hallaban en un reglamento que contenía deberes excesivamente genéricos, y cuando el reglamento aplicable al caso concreto se había dictado con posterioridad a los hechos por los cuales se le había procesado: “Que los textos mencionados precedentemente carecen de la regulación de alguna conducta que pueda aparecer incriminada en el proceso en que incide el requerimiento, limitándose a referir deberes que, por su naturaleza, resultan ajenos al ámbito penal. En la especie, y aplicado el artículo 299 N°3 del Código de Justicia Militar al caso concreto, todo indica que se pretende sancionar la infracción de eventuales deberes que no figuran de forma concreta y específica en normas legales ni reglamentarias y que, por ende, el inculpado y requirente no podía conocer con anterioridad a los hechos incriminados;” (STC Rol N°781-07, considerando 12°). “Que de lo expuesto deriva que, en el caso concreto, el tipo penal establecido en el artículo 299 N°3 ya citado, resulta incompleto, en términos que no se basta a sí mismo al faltar la concreción de los deberes cuya infracción se sanciona, y su eventual aplicación se verificaría sin que haya sido complementado suficientemente por una norma legal o reglamentaria. Se trata –en su aplicación en este caso– de una ley penal en blanco abierta que no describe expresamente la conducta penada, ya que la suficiencia del tipo queda a merced de la potestad reglamentaria, en el marco del artículo 431 ya citado, la que no ha sido ejercitada. (...)” (STC Rol N°781-07, considerando 16°).

b) Los “deberes militares” del artículo 299 del Código de Justicia Militar

En cuanto a las normas específicas que fueron impugnadas, el Tribunal ha determinado que la figura de incumplimiento de deberes militares, del artículo 299 N°3 del Código de Justicia Militar, describe suficientemente el núcleo de la conducta prohibida. Se había planteado por los requirentes la inconstitucionalidad de una figura típica que castiga al militar que “sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto en el artículo 294, deje de cumplir sus deberes militares”.

El Tribunal estima que no hay tal inconstitucionalidad, porque la Carta Fundamental permite las leyes penales en blanco, y porque los sujetos pueden comprender en qué consiste la conducta punible. Sin embargo, ésta es una afirmación relativa, pues es válida para los sujetos que resultan imperados por la norma, esto es, los militares a quienes les resulta aplicable. Sostiene el Tribunal que para ellos, que están sometidos a una relación de sujeción especial, los “deberes militares” no constituyen conceptos indeterminados, sino que concretos, con los cuales se relacionan a lo largo de la carrera militar. Se espera de los militares que conozcan sus deberes militares –lo que a su vez derivaría del carácter “disciplinado” de las Fuerzas Armadas–, por lo que respecto de ellos, la norma resulta suficientemente descriptiva³².

Sin perjuicio de lo anterior, esto va de la mano con la posibilidad de que el sujeto tenga cierta previsibilidad sobre la sanción por el incumplimiento del deber. En ello es trascendental determinar si el complemento reglamentario resulta suficiente para determinar la conducta, lo que deberá evaluarse caso a caso. Así, si el deber infringido está descrito suficientemente en la norma reglamentaria que sirve de complemento, se estimará que la aplicación resulta constitucional. Al contrario, si el deber reglamentario es, a su vez, indeterminado o genérico, su aplicación resultará inconstitucional, pese a que la ley penal en sí misma es admisible por describir el núcleo de la conducta prohibida³³.

³² STC Rol N° 468-06, considerando 9°; STC Rol N° 559-06, considerando 10°.

³³ Así se desprende de la disidencia del Ministro CORREA SUTIL, a propósito de los deberes establecidos en el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas, y de la respuesta del voto mayoritario. El primero estima que el Reglamento no sirve de complemento a la norma impugnada, por establecer como deberes militares el tener ciertas disposiciones de ánimo o virtudes morales, y la sanción de su ausencia. Así, la falta de “amor al servicio”, de la “honrada ambición”, del “constante deseo de ser empleado en las ocasiones de mayor riesgo y fatiga”, o el “gran espíritu de sacrificio, ajeno a todo propósito egoísta”, entre otros, no son susceptibles de ser invocados como complemento de la norma legal, por no constituir conductas, únicas que pueden sancionarse penalmente. (Disidencia del Ministro CORREA SUTIL, STC Rol N° 468, considerando 11°; STC Rol N° 559-06, considerando 11°). De esto se hace cargo el voto mayoritario de ambos fallos, en que el Tribunal sostiene que: “Que la heterogeneidad de las conductas establecidas en el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas ya mencionado, no obsta para que algunas de ellas efectivamente tengan un contenido preciso y se entiendan un complemento coherente del artículo 299, N° 3, del Código de Justicia Militar que nos ocupa”. (STC Rol N°468, considerando 10°; STC Rol N° 559-06, considerando 11°) “Que, consecuentemente, el artículo 299, numeral tercero, del Código de Justicia Militar contiene el núcleo básico de la conducta punible descrita y la certeza respecto de su conocimiento está asegurada para quienes afecta”. (STC Rol N°468, considerando 11°; STC Rol N° 559-06, considerando 12°).

c) *Artículo 433 del Código de Justicia Militar: ley penal abierta*

Sobre el artículo 433 del Código de Justicia Militar³⁴, que en la STC Rol N° 781-07 es declarado también inaplicable junto al artículo 299 N°3, el Tribunal estimó que “entrega al juez la calificación como delito de toda falta contra los deberes militares y la disciplina, cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir una figura de ese carácter” (considerando 21°), permitiendo que sea el juez el que decida si una falta constituye delito, lo que la erige como una ley penal abierta incompatible con la Constitución³⁵. Es claro que el efecto que tiene esta norma es el de convertir –por el mero hecho de la calificación del juez– una falta en delito, siendo finalmente la decisión judicial la que determinará lo que constituye delito. Entregando al juez la determinación de lo punible, la norma atenta contra el principio de *lex certa*, uno de cuyos fines es, como señalamos, reducir el arbitrio judicial.

d) *El concepto de “aguas” del artículo 459 N° 1 del Código Penal*

Otra norma que ha sido impugnada por su supuesta disconformidad con la exigencia de *lex certa* es el número 1 del artículo 459 del Código Penal, que establece el delito de usurpación de aguas³⁶. El caso fue esencialmente el siguiente: el requirente de inaplicabilidad había extraído sin autorización aguas subterráneas de un acuífero, por lo que el titular de esos derechos, la Sociedad Química y Minera de Chile, dedujo querrela por el delito contemplado en la norma impugnada. El resultado del juicio simplificado llevado a cabo ante el Juez de Garantía de Pozo Almonte fue la absolución fundada en que “la usurpación de aguas de que da cuenta el artículo 459 N°1 se refiere única y exclusivamente a la usurpación de aguas superficiales” por lo que “no se puede llegar a concluir que los elementos del tipo descriptivo digan relación con las aguas subterráneas, debido a que de esta forma estaría interpretando extensivamente la ley penal, lo cual está absolutamente prohibido”.

³⁴ “Toda falta contra los deberes militares o la disciplina, aunque haya sido castigada en conformidad a los reglamentos a que se refiere el artículo 431, podrá ser sometida al ejercicio de una acción penal cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir un delito”.

³⁵ Afirma el Tribunal: “Que, en consecuencia, es el juez de la causa quien decide si las circunstancias que le sean anexas a una falta contra los deberes militares o la disciplina dan lugar a la configuración de un delito. Al efecto, el sentenciador no interpreta simplemente el precepto legal o constata si los hechos de la causa están subsumidos en la descripción normativa, sino que –en ausencia de toda definición del tipo– resuelve discrecionalmente lo que es delito. En definitiva, crea el tipo;” (STC Rol N° 781-07, considerando 23°).

³⁶ Art. 459: “Sufrirán las penas de presidio menor en su grado mínimo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, los que sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos:
1° Sacaren aguas de represas, estanques u otros depósitos; de ríos, arroyos o fuentes; de canales o acueductos, redes de agua potable e instalaciones domiciliarias de éstas, y se las apropiaren para hacer de ellas un uso cualquiera.
2° Rompieren o alteraren con igual fin diques, esclusas, compuertas, marcos u otras obras semejantes existentes en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos.
3° Pusieren embarazo al ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas.
4° Usurparen un derecho cualquiera referente al curso de ellas o turbaren alguno en su legítima posesión”.

Contra esta sentencia se dedujo recurso de nulidad, el que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Iquique, por lo que se procedió a la realización de un nuevo juicio. En éste, el imputado resultó condenado, en razón de que “el delito mencionado sanciona la usurpación de aguas, sin distinguir entre subterráneas y superficiales”.

Esta sentencia a su vez fue objeto de un recurso de nulidad interpuesto por la defensa ante la Corte Suprema, la que acogió el mismo y dispuso que se re- enviaran los antecedentes a la Corte respectiva. Y aquí es justamente donde el requirente solicita la inaplicabilidad de la norma, fundado en que ella se refiere únicamente a las aguas superficiales, y que el juez estaría aplicándola analógicamente para que comprenda también las aguas subterráneas; o bien la estaría interpretando extensivamente, lo que también vulneraría el principio de legalidad. Para afirmar que la norma está dirigida originalmente a castigar la usurpación de las aguas subterráneas, el requirente desarrolla extensamente una revisión de la tipificación de este delito, relacionándolo también con las disposiciones del Código de Aguas que señalan qué debe entenderse por aguas superficiales y aguas subterráneas. Por otro lado, la tesis sostenida por el querellante es que la norma no distingue entre las diferentes clases de aguas, por lo que no cabe al intérprete hacerlo y limitar con ello su campo de acción.

El Tribunal se aboca entonces a “examinar los elementos que configuran el delito aludido para determinar si se infringe o no el deber del legislador de establecer el núcleo de la conducta”, lo que realiza en el considerando 9º, en el que determina que cualquiera puede ser sujeto activo de la conducta, que ésta consiste en sacar aguas y hacer de ellas un uso cualquiera, lo que significa, siguiendo a ETCHEBERRY que sea “sacada de la esfera de custodia de su titular... el ánimo de apropiación (señor y dueño) es por consiguiente indispensable, mas no el ánimo de lucro, ya que puede tratarse de hacer de ellas un uso cualquiera” (Etcheberry, A; ob. cit., pág. 375). En este sentido, no exige un resultado determinado, como el perjuicio. Se trata, por tanto, de un delito de mera actividad, no de resultado”. Y luego el Tribunal agrega que “el objeto material del delito es sacar aguas. Pero no cualquier agua, sino aquella que se encuentra en ciertos lugares que el Código precisa. Pero en cualquiera de estos sitios se cumple el requisito que exige el Código. Para ello agrupa los sitios en que puede encontrarse el agua que se puede sacar (sic), en tres categorías. Primero, el agua puede encontrarse en “represas, estanques u otros depósitos”. Segundo, el agua puede estar en “ríos, arroyos o fuentes”. Tercero, el agua que se saca puede estar en “canales, acueductos, redes de agua potable e instalaciones domiciliarias de éstas”³⁷. Termina este examen el Tribunal concluyendo que “el principio de tipicidad se cumple plenamente, pues la conducta sancionada se encuentra pormenorizada; la descripción del núcleo esencial de la conducta punible, junto con la sanción prevista, se encuentra establecida”³⁸.

En esta parte el Tribunal lleva la razón, pues efectivamente la norma impugnada describe suficientemente la conducta punible. Tampoco nos hallamos frente

³⁷ Considerando 9º.

³⁸ Considerando 10º.

a una ley penal en blanco tradicional, pues no hay remisión alguna a otra disposición que complemente el tipo. Más bien, la conducta se completará con la interpretación que haga el juez del término “aguas”³⁹. Para el Tribunal esto es “un asunto de interpretación”⁴⁰.

Por lo tanto, en lo que se refiere al cumplimiento del principio de tipicidad, la norma no es incompatible en principio con la Constitución. Esto sin perjuicio de que, como señalaremos *infra* (Vid. del Capítulo I, G.4.a), la resolución merece críticas por autorizar la interpretación extensiva de las leyes penales, en circunstancias que el principio *pro reo* impondría siempre una interpretación restrictiva a favor del imputado. Por ello es que estimamos que el requerimiento debió ser acogido, pero no en razón del principio de tipicidad.

Es interesante destacar la disidencia de los Ministros VODANOVIC SCHNAKE, FERNÁNDEZ BAEZA y VENEGAS PALACIOS, quienes estuvieron por acoger el requerimiento, en razón de que se trata de una ley penal abierta que deja la labor de completar el tipo en el juez, y que podría aplicarse por él también a las aguas subterráneas aunque no las comprenda originalmente. “Los supuestos de la conformidad con el principio de la reserva legal penal descrita se reducen a una descripción *expresa* de tal conducta, la que el precepto impugnado contiene, pero sin referirse a las aguas subterráneas. Por lo tanto, la norma subsiste en conformidad con la Constitución, referida a sancionar con la pena dispuesta a “*quienes sacaran aguas*” desde todas las fuentes en ella enumeradas y ya transcritas, pero en el caso de autos produce efectos contrarios a la Constitución si se aplica a los que sacan aguas subterráneas”⁴¹. Concluyen señalando que la norma impugnada, así comprendida, no aporta la claridad necesaria para salvaguardar la función de garantía del tipo, lo que deriva en que quienes no saben que incurrir en delito al extraer aguas de fuentes no enumeradas en el propio artículo 459 “son víctimas de la inseguridad jurídica, proveniente de que tal conducta carece de los elementos esenciales que definen su núcleo” (considerando 7°).

Como se aprecia, para los disidentes tampoco la norma resulta inconstitucional por sí misma, pero la posibilidad de una interpretación extensiva de su contenido, que abarque también la usurpación de aguas subterráneas, resultaría en una ley penal abierta inconstitucional, por vulnerar el principio de tipicidad.

e) Las mercancías prohibidas del artículo 168 de la Ordenanza de Aduanas

Otro caso relativo a las leyes penales en blanco es el que involucra al inciso segundo del artículo 168 y artículo 176 inciso primero N°2 e inciso segundo de la Ordenanza de Aduanas, con relación al artículo 21 de la Ley N° 18.483, que entendidos en conjunto prohíben la internación de vehículos usados, calificándolo de contrabando⁴². Los hechos son los siguientes: los requirentes habían internado

³⁹ Vid. considerando 15°.

⁴⁰ Considerando 20°.

⁴¹ Considerando 6° de la disidencia.

⁴² Se trata de dos procesos distintos, cuyos fallos son idénticos: STC Roles N°1351 y N°1352 (20 de mayo de 2010). Las normas impugnadas son del siguiente tenor: Art. 168, inciso segundo: “Incurrirá en el delito de contrabando el que introduzca al territorio nacional, o

piezas de camiones, las que una vez en territorio nacional fueron montadas y armadas como vehículos completos. Por estos hechos fueron sometidos a proceso (procedimiento antiguo), entendiendo la parte querellante –el Fisco– que se había realizado la conducta prohibida a través de la internación de los vehículos, aunque desarmados, para luego montarlos en el país. Los acusados, en cambio, entendían haber importado piezas de vehículos usados –conducta no punible–, y que se pretende castigar aplicando una norma, la impugnada, que no la comprende la conducta sino utilizando una operación de analogía. Además, la impugnan por no describir la conducta, pues el tipo de contrabando se refiere a mercancías cuya importación o exportación se hallen prohibidas, lo que no despeja claramente cuál conducta debe ser evitada para no incurrir el delito. Al contrario, se remite a normas complementarias, que en este caso es el artículo 21 de la Ley 18.483 que permite la internación sólo de vehículos sin uso, y prohíbe *a contrario sensu* la de vehículos usados.

Para resolver la cuestión planteada, el Tribunal realizó el mismo análisis que en el caso anterior, es decir, examinó los elementos típicos de la figura impugnada, concluyendo que ella cumple con las exigencias derivadas de la tipicidad. “En particular, basta tener a la vista el trabajo ya citado de los profesores Rodríguez y Ossandón (“Delitos aduaneros”, Ed. Jurídica de Chile, 2010, pág. 82 y siguientes), y la numerosa doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera ahí citada, a la hora de precisar el tipo de contrabando propio, en cuanto a las conductas sancionadas y sus circunstancias elementales. En primer lugar, en cuanto a las conductas, se sancionan dos hipótesis. Por una parte, introducir al territorio nacional mercancías cuya importación estuviere prohibida y, por otra parte, extraer del territorio nacional mercancías cuya exportación estuviere prohibida. En segundo lugar, los autores señalan que tanto la doctrina nacional como la extranjera están de acuerdo en el hecho de que los términos ‘importar’ y ‘exportar’ no se utilizan en sentido jurídico –de manera que no se complementan con otra norma– sino que se leen en su sentido natural y obvio como ‘trasladar el objeto, de hacerlo pasar a

extraiga de él, mercancías cuya importación o exportación, respectivamente, se encuentren prohibidas”; Art. 176: Las personas que resulten responsables de los delitos de contrabando o fraude serán castigadas: 1) Con multa de 1 a 5 veces el valor de la mercancía objeto del delito o con presidio menor en sus grados mínimo a medio o con ambas penas a la vez, si ese valor excede de 25 unidades tributarias mensuales”. N°2, inciso segundo: “En ambos casos se condenará al comiso de la mercancía, sin perjuicio de su inmediata incautación por el Tribunal Aduanero”.

Art. 21 Ley 18.483: “A contar de la fecha de publicación de esta ley, sólo podrán importarse vehículos sin uso.

Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a las ambulancias, coches celulares, coches mortuorios, coches bombas, coches escalas, coches barredores, regadores y análogos para el aseo de vías públicas, coches quitanieves, coches de riego, coches grúas, coches proyectores, coches talleres, coches hormigoneros, coches radiológicos, coches blindados para el transporte de valores, coches para el arreglo de averías, vehículos casa-rodante, vehículos para el transporte fuera de carretera y otros vehículos análogos para usos especiales, distintos del transporte propiamente dicho. Tampoco se aplicará a aquellos vehículos que puedan importarse al amparo de los regímenes aduaneros especiales de la Sección 0 del Arancel Aduanero, ni a aquellos que gocen de exención total o parcial de derechos y demás gravámenes de importación”.

través de las fronteras materiales’, sin perjuicio de que ‘*el delito está indisolublemente vinculado con el control aduanero al que debe someterse el ingreso o salida de la mercancía. Su perfeccionamiento presupone, por ende, que se traspase o eluda dicho control*’. En tercer lugar, en cuanto a la ejecución de la conducta, sostienen que es necesario que el autor haya tenido ‘dominio del hecho’, pues no basta el ingreso-egreso meramente fortuito; sin perjuicio de que no es necesario que haya estado presente físicamente el autor⁴³. Y luego agrega el Tribunal que esta conclusión se ve robustecida por la circunstancia de que la norma que complementa la disposición impugnada es una ley, y todas las definiciones que puedan necesitarse para comprender el precepto legal están en la propia ley⁴⁴.

Al igual que en el caso de que involucró la figura de usurpación de aguas, nos parece que la disposición impugnada efectivamente cumple con la exigencia de tipicidad, pues describe la esencia de la conducta punible, remitiéndose a la propia ley para complementar tal descripción. Como señala BACIGALUPO, la remisión de ley a ley no plantea más problemas que el de cualquier remisión, derivados de la posibilidad de que la “dispersión normativa” afecte la posibilidad de que el ciudadano pueda comprender cabalmente qué es lo prohibido⁴⁵. Estas leyes penales en blanco, que el Tribunal identifica como “impropias”⁴⁶ son reprochables –en tanto denotan lo que ha sido denominado con razón como “pereza legislativa”⁴⁷–, pero no representan más dificultades que las propias de cualquier remisión. Por supuesto, no vulneran el principio de *lex scripta*, pues la norma complementadora es igualmente ley; ni tampoco el de *lex stricta*, pues no implica en ningún caso aplicación por analogía. Sobre la posible afectación del principio de *lex certa*, que viene dada por la dispersión normativa que dificulta a los ciudadanos la aprehensión de la norma, ella no puede afirmarse rotundamente, ni puede deducirse únicamente del hecho de la remisión. Piénsese en los delitos de sujeto calificado, en que la remisión se haga a normas que deban ser conocidas por tales sujetos; cierto es que lo ideal es que el legislador describa la conducta que prohíbe o que ordena, pero si por pereza simplemente hace alusión a ellas, igualmente el sujeto puede, por su especial calidad, distinguir lo prohibido de lo permitido, y así la función garantizadora del tipo se verá suficientemente tutelada⁴⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, no podemos sino volver a señalar que el requerimiento bien pudo ser acogido –y no rechazado como ocurrió– para impedir que se aplicara por el juez la norma recurriendo a una interpretación extensiva que debiese estar proscrita en virtud del principio *pro reo*. El Tribunal, lejos de esta posición, estima que respetando el límite marcado por la literalidad de los preceptos penales, “no existe un criterio restrictivo de interpretación en materia penal, que

⁴³ Considerando 29°.

⁴⁴ Vid. considerando 30°.

⁴⁵ BACIGALUPO (1999e), pág. 100.

⁴⁶ Considerando 24°

⁴⁷ Cfr. POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA (2004-PG), pág. 98.

⁴⁸ También lo entiende así CURY, al plantear que “si bien los reenvíos de artículo a artículo dentro de una misma ley (reenvíos internos) ponen *en principio* a salvo el *nulla poena sine lege scripta*, muchas veces pueden quebrantar en cambio el *nulla poena sine lege stricta*”. CURY URZÚA (1988), pág. 39. La vulneración es, como se aprecia, eventual y no necesaria.

el intérprete deba seguir”, citando abundante doctrina que efectivamente sustenta esta postura⁴⁹.

Nuevamente la resolución cuenta con una disidencia, esta vez de los Ministros BERTELSEN REPETTO, FERNÁNDEZ BAEZA y VODANOVIC SCHNAKE. Ésta se encuentra en la misma línea de la anterior, señalando que la aplicación de la norma impugnada extensivamente, a un caso que no comprende en principio, deriva necesariamente en que no cumpla con la exigencia de la tipicidad⁵⁰.

B. NORMAS PENALES PARCIALMENTE DETERMINADAS QUE NO REMITEN A OTRAS DISPOSICIONES

a) Las “autoridades” de los artículos 261, 262 y 264 del Código Penal

Los artículos 261, 262 y 264 del Código Penal, en los que se castigan los atentados y amenazas contra ciertas “autoridades”, también han dado ocasión al Tribunal para referirse al grado de determinación que deben observar los tipos penales. En este caso es la alusión a las “autoridades” lo que ha motivado su impugnación, puesto que no se determina por la propia ley a quiénes se refiere con ese término.

El Tribunal estima que esa labor –determinar a quiénes se refiere la ley con el término “autoridades”– corresponde al juez del fondo porque consiste en interpretar la norma, fijando su sentido y alcance⁵¹, por lo que no entró a examinar el fondo del asunto. Sin embargo, conviene hacer una precisión. Si lo que se pretende con el requerimiento de inaplicabilidad es que el Tribunal Constitucional ordene una determinada interpretación de la norma impugnada (por ejemplo, excluyendo del concepto de “autoridad” a alguna persona), entonces la postura del Tribunal es correcta, pues esta labor no le corresponde. Pero, si lo que se somete a su resolución es la conformidad o no de una norma legal con la exigencia de determinación establecida en la Carta Fundamental y sus efectos en una aplicación concreta, entonces es claro que lo que se le pide es que se pronuncie sobre el cumplimiento o no de los fines tutelados por el principio de tipicidad, esto es, la reducción del arbitrio judicial y la protección de la función de garantía del tipo. Esto es distinto a la interpretación del precepto.

⁴⁹ Por lo pronto, las autorizadas opiniones de NOVOA MONREAL, ETCHEBERRY Y CURY; quien –éste último– condena abiertamente la inclusión del principio *pro reo* en el campo de la hermenéutica como una extrapolación de un principio procesal sin fundamentos en el Derecho penal sustantivo.

⁵⁰ El considerando esencial de la disidencia es, a nuestro juicio, el sexto, en que afirman que “en la descripción de los hechos de la especie, no se consigna la internación ilegal de vehículos usados, sino de piezas que habrían servido para rearmar vehículos en el territorio nacional. Por lo tanto, la pena aplicada no se apoya en el presupuesto de la identificación expresa de la conducta punible previa a su aplicación y al hecho que se imputa, más aún cuando las piezas con las cuales se habrían armado los vehículos usados, habían sido internadas regularmente al país”.

⁵¹ “Que, por último, los términos “autoridad”, “autoridad pública” u “otra autoridad en el ejercicio de su cargo” son elementos de un tipo suficientemente explicado, cuya significación jurídica incumbe fijar, en el caso, al juez de la causa en la función interpretativa que naturalmente le incumbe. No es esta magistratura la encargada de determinar el sentido y alcance de esa norma legal, pues le corresponde únicamente discernir si la aplicación de tal precepto es o no contrario a la Constitución”(STC Rol N° 824-07, considerando 12°).

Efectivamente, a los jueces del fondo corresponde determinar si una persona es una “autoridad”, sujeto pasivo de la conducta punible. Pero, es al Tribunal Constitucional a quien corresponde determinar si la redacción de la norma permite distinguir lo prohibido de lo permitido –en este caso lo prohibido es el atentado o amenaza a ciertos sujetos pasivos, las “autoridades”– y, con ello, si la aplicación de la misma es compatible con la Carta Fundamental. El Tribunal, que no entró formalmente al examen del asunto, de todas maneras declara en esta sentencia la conformidad de la norma impugnada con los estándares de la *lex certa*⁵².

b) Los “actos de piratería” del artículo 434 del Código Penal

Un nuevo caso relativo al principio de tipicidad que se planteó ante el Tribunal Constitucional es el relativo al delito de piratería castigado en el artículo 434 del Código Penal⁵³. Nos encontramos frente a una norma que castiga los “actos de piratería” a secas, sin describir en qué consisten estos. A diferencia de lo que pasa con los delitos de incumplimiento de deberes militares, en este caso no hay norma complementaria que describa en qué consisten los “actos de piratería”, ni siquiera de rango reglamentario. Y a diferencia de otras figuras típicas consistentes en “actos de” o “acciones de”, la ley no define en parte alguna en qué consisten estos. Por citar un ejemplo, el artículo 366 ter del Código Penal señala lo que debe entenderse por “acción sexual” para efectos de los artículos que le preceden. Nada de esto existe para el delito de piratería, lo que motiva a que se requiera su inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

En este caso no estamos frente a una ley penal en blanco –pues la norma impugnada no remite a otra que le sirva de complemento– sino que frente a un caso en que la falta de determinación en la redacción del tipo puede representar por sí misma una vulneración del mandato de tipicidad consagrado en la Carta Fundamental. Por ello, el examen hecho por el Tribunal se circunscribe a la norma impugnada, y lo hace relacionando directamente la norma con el principio de tipicidad y sus fines. La protección de la función de garantía del tipo resulta decisoria en este caso. El Tribunal señala que “el carácter expreso –claro, patente, especificado– que, conforme a la Constitución, debe contener la descripción de la conducta, no se identifica con totalidad o integridad, sino que está asociado a la comprensión y conocimiento por las personas de sus elementos esenciales”⁵⁴. Esta afirmación viene a confirmar la exigencia de que la ley debe describir el núcleo de la conducta punible, y además, liga esta exigencia a su finalidad: el resguardo

⁵² “Que, en relación a la materia estrictamente planteada por el requerimiento y su ampliación, esto es, la infracción al principio de legalidad en su expresión de tipicidad, cabe tener en cuenta que manifiestamente los artículos 261, 262 y 264 del Código Penal describen con claridad el núcleo central del tipo delictivo, señalando, pormenorizadamente, a los sujetos activos y pasivos y las conductas incriminadas, de suerte que un reproche a su respecto es infundado”. (STC Rol N° 824-07, considerando 11°).

⁵³ Artículo 434 C. Penal: “Los que cometieren actos de piratería serán castigados con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a presidio perpetuo”.

⁵⁵ STC Rol N° 449-06, considerando 4°.

de la certeza jurídica, expresada en la posibilidad de que los ciudadanos puedan comprender los elementos esenciales de la conducta prohibida.

La forma en que el Tribunal encara entonces este caso es buscando determinar si los requirentes, acusados por el delito que comentamos, podían conocer aquello en que consisten los “actos de piratería”. La respuesta que ofrece es positiva, y para ello el Tribunal se vale de los más variados medios, incluso citando al efecto la definición de la enciclopedia libre⁵⁵.

Esta lógica es correcta, pues apunta a desentrañar si en el caso concreto el sujeto pudo aprehender el contenido de la norma, para distinguirla de lo permitido (en este caso, para distinguirla de lo punible con menor penalidad). Sin embargo, quizás se echan en falta argumentos más sólidos en torno a la difusión del delito, especialmente porque la norma castiga los “actos de piratería” y es sabido –y el propio Tribunal lo señala– que popularmente la *piratería* consiste en falsificar y vender sin licencia ni autorización objetos, obras, etc. protegidas por el derecho de propiedad intelectual. Nada aporta tampoco, por lo menos en el caso concreto, que se pueda comprender cabalmente cuál piratería se sanciona teniendo en consideración su ubicación bajo el epígrafe en que se encuentra la norma impugnada (Título IX. Crímenes y simples delitos contra la propiedad; párrafo 2°. Del robo con violencia e intimidación en las personas), pues la relación entre bien jurídico y figura típica es una operación que aunque al jurista puede parecer sencilla, es compleja para quien se desenvuelve en el mundo en que se desarrollan esta clase de delitos. No es descabellado imaginar que una persona promedio enfrentada a la norma entienda que lo que se castiga es el atentado contra la propiedad intelectual. Por lo anterior es que nos parece que el Tribunal no debió hacer una afirmación tan categórica como que “el término piratería tiene pleno arraigo en la cultura jurídica universal; en especial, en su acepción básica de ‘abordaje de barcos en el mar para robar’ (...)”⁵⁶.

⁵⁵ Vid. considerando 5°: “Conforme al diccionario de la Real Academia Española (RAE), la palabra piratería tiene las siguientes acepciones: “1. Ejercicio de pirata; 2. Robo o presa que hace el pirata; y 3. Robo o destrucción de los bienes de alguien”. El mismo diccionario señala que *Pirata* es: “(...) 3. persona que, junto con otras de igual condición, se dedica al abordaje de barcos en el mar para robar; 4. Persona cruel y despiadada”. En relación a la palabra *pirata*, el diccionario de la RAE también contempla: (i) *Pirata aéreo*: Persona que, bajo amenazas, obliga a la tripulación de un avión a modificar su rumbo; (ii) *Edición pirata*: La llevada a cabo por quien no tiene derecho a hacerla; y (iii) *Radio pirata*: Emisora de radiodifusión que funciona sin licencia legal.

El Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, de Escriche, define a pirata como “El que roba en el mar con buque armado”.

La enciclopedia Wikipedia señala que piratería puede referirse a: “(i) *Piratería marítima*, su significado original; (ii) *Delito de piratería*, apropiaciones ilegítimas, derivadas de la piratería marítima; (iii) *Piratería aérea*, apoderamiento, bajo amenazas, del control de una aeronave (designación inspirada en la costumbre del pirata de abordar barcos por la fuerza); o (iv) *Piratería*, la denominación popular de las infracciones del derecho de autor (tales como la venta ilícita de copias sin autorización)”: La enciclopedia señala que “la piratería es la práctica, tan antigua como la navegación misma, en que una embarcación ataca a otra con el propósito de robar su carga, y muchas veces la nave misma”.

⁵⁶ Considerando 13°.

Es razonable en todo caso que el Tribunal termine rechazando el requerimiento por absoluta mayoría, toda vez que los imputados no eran personas ajenas al mundo del mar, y no es razonable que aleguen desconocimiento o incomprensión de la figura típica impugnada.

c) El “conviviente” del artículo 390 del Código Penal

Siguiendo con la tipicidad, otro caso llevado ante el Tribunal Constitucional es el relativo a la aplicación del artículo 390 del Código Penal⁵⁷, que sanciona el parricidio; específicamente en cuanto al concepto de “conviviente”, que resulta ser uno no explicitado en la ley y, por tanto, entregado al complemento resultante de la interpretación que haga el juez. El Tribunal utiliza nuevamente el método ya arraigado en los casos anteriores, de analizar los elementos del tipo, y concluye que el concepto de conviviente, como elemento normativo del tipo, debe ser fijado por el juez, lo que se encuentra en armonía con la Carta Fundamental, pues le permitirá –al contrario de lo planteado por el requirente– completar la descripción de la conducta. Los restantes elementos están descritos por la propia ley, por lo que no cabe estimar que se trata de una ley abierta⁵⁸. Además, refuerza a la conclusión de que el término “conviviente” está suficientemente extendido, el que exista una “interpretación judicial y doctrinaria muy sólida de su significado”⁵⁹. Esta posición nos parece correcta, y va en la línea de lo que se ha resuelto en el contexto europeo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha afirmado también que las decisiones judiciales aportan a la protección de la función de garantía del tipo⁶⁰.

⁵⁷ Se trata de la STC Rol N° 1432-09 (5 de agosto de 2010). La norma impugnada es el art. 390, del siguiente tenor: “El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a su cónyuge o conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado”.

⁵⁸ Vid. el considerando 32°, en que el Tribunal señala: “Que, en el presente caso, dicha descripción del “núcleo de la conducta” está presente, toda vez que, primero, sanciona a aquél que “mate a otro”, cuyo significado se complementa con la histórica jurisprudencia y doctrina en materia de homicidio. Segundo, se exige un dolo específico que consiste en “conocer las relaciones que los ligan”. No es un mero conocimiento genérico, sino que se requiere que se tenga noticia de un hecho concreto y específico. Tercero, en lo que es relevante para este caso, dicha relación está calificada por la voz “conviviente”. Precisamente, sobre el rol que cumple la voz “conviviente”, en el tipo penal que estudiamos no es transformarlo en un tipo penal “abierto”, como aduce el requirente, sino que se trata de un elemento normativo integrado en el tipo penal”.

⁵⁹ Vid. considerando 38°.

⁶⁰ STEDH de 15 de noviembre de 1996, Recueil 1996-V, Caso *Cantoni v. Francia*. “De ello resulta que una infracción debe estar claramente definida por la Ley. Esta condición se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente, y, si es necesario, con ayuda de su interpretación por parte de los tribunales, qué actos y omisiones le hacen responsable penalmente”. Cfr. TEROL BECERRA, M.J., ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, F., Y BARRERO ORTEGA, A. (2005), pág. 103.

d) *La causal genérica de quiebra fraudulenta del artículo 220 N°16 de la Ley 18.175*

Una situación parecida ocurre con la impugnación dirigida a lograr la inaplicabilidad del encabezamiento y del número 16 del artículo 220 de la Ley N° 18.175, que establecen una causal genérica por la que se presume fraudulenta la quiebra del deudor⁶¹. El requirente plantea que se daría paso a la analogía si se aplica una causal vaga que deja al juez en definitiva la decisión de cuáles conductas se comprenden dentro del tipo. El Tribunal desvirtúa esta alegación, señalando que siempre la intervención del juez será necesaria “para establecer la adecuación típica de la conducta. Una cuestión es calificar la concurrencia de los supuestos de la norma –función legítima del intérprete– y otra, muy diversa, es aplicarla a situaciones no previstas por ella”⁶².

Señalado esto, el Tribunal pasa a examinar los elementos del tipo, concluyendo que él contiene todos los que sirven a la conformación del mismo: la descripción de la conducta, el objeto material y jurídico, y un elemento subjetivo representado por la exigencia de actuar “dolosamente”, “estimado como el ánimo de perjudicar al acreedor, en el marco de la generalidad y abstracción inherente a toda norma de rango legal”. Y finaliza, señalando que “La subsunción de las circunstancias de hecho del caso particular dentro de lo dispuesto en el precepto es tarea propia del juez del fondo, al igual que la interpretación de sus términos, cuyo sentido aparece en este caso de diáfana claridad”⁶³. No hay una argumentación más elaborada en torno a la innegable amplitud que dan los términos “en general” y “cualquiera”; sin embargo, es claro que la norma permite distinguir cuál es la conducta punible, por lo que no cabe apreciar una aplicación inconstitucional.

e) *La “asociación”, la “conspiración” y la “agrupación de delincuentes” de la Ley 20.000*

Un interesante lo plantea la impugnación hecha de los artículos 16, 17 y 19 letra a) de la Ley 20.000 que consagran respectivamente los delitos de asociación para cometer delitos relacionados con drogas, la sanción de la conspiración para cometer tales delitos y una circunstancia agravante específica que opera cuando se actúe en grupo⁶⁴. El Tribunal nuevamente basa su análisis en el repaso de la concurrencia de los elementos del delito.

⁶¹ Nos referimos a la STC Rol N° 1212-2008 (22 de septiembre de 2009). La norma impugnada, en lo que nos interesa, dispone que: “se presume fraudulenta la quiebra del deudor (...) N°16: en general, siempre que hubiere ejecutado dolosamente una operación cualquiera que disminuya su activo o aumente su pasivo”.

⁶² Considerando 10°.

⁶³ Todo lo anterior, extraído del considerando 11°.

⁶⁴ STC Rol N° 1443-09, (26 de agosto de 2010). Las normas de la Ley 20.000 impugnadas, que revisten interés en este momento disponen lo siguiente: Art. 16: “Los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley serán sancionados, por este solo hecho, según las normas que siguen (...)”; Art. 17: “La conspiración para cometer los delitos contemplados en esta ley será sancionada con la pena asignada al delito respectivo, rebajada en un grado”. y Art. 19: “Tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes: a) Si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16”.

Sobre la “asociación para delinquir”, el Tribunal acude a los requisitos doctrinales para el delito que comentamos; esto es: pluralidad de sujetos, organización y que tenga por finalidad alguno de los delitos contemplados en la Ley 20.000⁶⁵. Esta figura se castiga sin necesidad de que tales delitos se hayan cometido, sino que por el mero hecho de la organización. Se trata de un delito de peligro abstracto, que sin embargo, debe interpretarse “estimando como un elemento del tipo su peligrosidad concreta (la que) debe ser acreditada”, como el Tribunal ya había señalado a propósito de la figura de asociación ilícita, la que sólo podía compatibilizarse con la Constitución, y su exigencia de lesividad, a través de esa reinterpretación⁶⁶.

En cuanto a la “conspiración para delinquir”, lo punible es la acción de “concurrir a un mismo fin” o “convocar, llamar a alguien en su favor”⁶⁷, para cometer delitos de la Ley 20.000.

Y, finalmente, en lo que se refiere a la agravante de “pluralidad de autores”, el Tribunal la distingue de la asociación ilícita propiamente tal, a cuyo grado de organización no alcanza a llegar; y por otro lado, reconoce al juez la competencia de interpretar qué debe entenderse por “delinquentes”.

Concluye el Tribunal que “existen suficientes elementos interpretativos para que el juez del fondo logre hacer una aplicación de las normas penales en cuestión respetando el mandato de tipicidad”⁶⁸. Esta afirmación es plausible, fundamentalmente en razón de que pese a que los conceptos legales utilizados pueden tener cierto grado de indeterminación (el Tribunal a lo largo de su jurisprudencia sobre este tema recalca que toda fórmula legal está condenada a un grado de indeterminación), los requisitos para que la conducta se subsuma en las normas impugnadas están definidos en ella misma, de modo que no se trata de una ley penal en blanco, sino que de un tipo completo, en el que concurren elementos descriptivos y normativos que corresponde sean desentrañados por el juez.

f) La hipótesis genérica de infracción tributaria del artículo 97 N° 4 del Código Tributario

Una situación similar es planteada a través de la impugnación dirigida –en lo que nos interesa en este momento– contra el artículo 97 N° 4, inciso primero en

⁶⁵ Vid. con detalle, considerandos 37° y siguientes.

⁶⁶ STC Rol N° 739-07, considerando 18° (21 de agosto de 2007). En esta sentencia el Tribunal reconoce el principio de lesividad al sostener que “las limitaciones impuestas por el derecho penal a los derechos esenciales derivan de su necesidad de proteger bienes jurídicos trascendentes. No se establecen para castigar la mera desobediencia del ordenamiento jurídico, sino que deben ser idóneas para la finalidad de protección referida.

El principio de lesividad –que no se encuentra expresamente consagrado en tratados internacionales que vinculen al Estado de Chile ni en la propia Constitución Política– deriva de la necesidad de que la intervención penal se justifique en la protección de bienes jurídicos determinados. La existencia de un bien jurídico realmente afectado, en cuanto permite conocer qué se protege, determina el contenido y límite de la tipicidad.

Por lo antedicho, la doctrina penal mayoritaria no admite los delitos de peligro abstracto y cuestiona su compatibilidad constitucional”. (Considerando 15°).

⁶⁷ Considerando 41°.

⁶⁸ Considerando 43°.

su parte final, del Código Tributario⁶⁹. Esta norma tipifica una hipótesis de infracción tributaria. A juicio del imputado requirente de inaplicabilidad la redacción de la norma impugnada, que castiga “el empleo de otros procedimientos dolosos encaminados a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas o a burlar el impuesto” es deficiente y no describe la conducta, erigiéndose como una ley penal en blanco incompatible con la Carta Fundamental.

El Tribunal no entra a resolver el fondo del asunto, en razón de que tanto la querrela como la formalización no se hicieron respecto de la figura impugnada, sino la contenida en el inciso final del mismo artículo, que corresponde a otro delito, por lo que la norma no resulta decisiva en la gestión pendiente. Ahora bien, esta sentencia cuenta con una prevención signada por los Ministros BERTELSEN REPETTO, CARMONA SANTANDER, VIERA-GALLO QUESNEY y ARÓSTICA MALDONADO que, tal como lo hacen los fallos mayoritarios ya reseñados, examinan la concurrencia de todos los elementos del tipo, de forma de determinar si la descripción típica es suficiente⁷⁰. Recuerdan estos previnientes que para parte de la doctrina la norma impugnada es inconstitucional, por lo que parece necesario referirse igualmente a su compatibilidad con la Constitución⁷¹.

Así, afirman que “[E]n principio, podemos decir que, para que se materialice el delito en cuestión, es necesario que se desarrolle cualquier procedimiento doloso, es decir, con el conocimiento e intención de causar un perjuicio, que tenga la aptitud de ‘ocultar’ o ‘desfigurar’ el monto de la operación o derechamente ‘burlar’ el impuesto”. Agregan luego que “en cuanto a la naturaleza del delito, cabe señalar, en primer lugar, que se trata de un delito de ‘mera actividad’, es decir, que no requiere que se produzca un resultado específico (...). Precisamente, lo que se sanciona es la disminución engañosa del patrimonio del contribuyente, a lo que se alude, en general, con las expresiones ‘ocultar’, ‘desfigurar’ y ‘burlar’. En otras palabras, no es cualquier conducta ‘genérica’ la que se sanciona, sino *aquél engaño que tiene por objeto disminuir el patrimonio del contribuyente*” (cursivas en el original”).

Acto seguido, en el considerando 15°, los ministros que suscriben la prevención constatan la existencia de elementos normativos que integran la descripción de la figura típica impugnada, los que pueden ser desentrañados por el juez, especialmente con ayuda de cuerpo normativo del Derecho tributario nacional (considerando 17° de la prevención). “Estos elementos se pueden sintetizar en lo que la doctrina señala como los requisitos de este delito tributario: “1. Ser contribuyente. A menos que la inculpación sea como cómplice o encubridor. 2. Haber presentado una declaración de impuesto incompleta o falsa. 3. Haber actuado dolosamente”. Los conceptos presentados tienen definiciones jurídicas, que corresponde al juez utilizar. Luego el Tribunal profundiza en el sujeto activo de la conducta –el “contribuyente”– (considerando 18°), el elemento subjetivo del tipo –el “engaño con el fin de perjudicar”–, sin que sea necesario que el perjuicio se produzca (considerando 19°).

⁶⁹ STC Rol N° 1441-09 (4 de noviembre de 2010).

⁷⁰ Considerando 12° y siguientes de la prevención.

⁷¹ Considerando 2° de la prevención.

En fin, el Tribunal concuerda con VAN WEEZEL en que “la norma no presenta problemas de constitucionalidad: está definido el fin del precepto y se ha hecho una enumeración de conductas que sirven de parámetro confiable para interpretar la cláusula” (considerando 20°).

3. RESERVA LEGAL DE LOS DELITOS Y LAS PENAS (*NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE SCRIPTA*)

A. FUNDAMENTOS DE LA EXIGENCIA DE LEY FORMAL

Como señalamos al comenzar esta sección del trabajo, relativa al principio de legalidad, éste se manifiesta en cuatro exigencias: *lege praevia*, *lege stricta*, *lege certa* y *lege scripta*. Ésta última exigencia apunta a que sea efectivamente una ley, norma emanada del Parlamento como depositario de la soberanía, la que establezca tanto el delito como su pena.

En efecto, el principio de legalidad significa ante todo reserva legal de los delitos y las penas, es decir que ésta facultad recaiga en el poder legislativo y no en autoridades administrativas ni judiciales. Sobre esto enseña FERRAJOLI: “En particular, el principio de legalidad (...) cambia la estructura del sujeto soberano vinculándolo no sólo a la ley sino también al principio de las mayorías y a los derechos fundamentales –por tanto al pueblo y a los individuos– y transformando los poderes públicos de potestades absolutas en potestades funcionales”⁷²; y sobre las funciones del principio de legalidad penal: “(Éstas) son esencialmente tres: 1) asegurar sobre todo la *certeza del derecho*, que está representada por la garantía de igualdad frente a la ley, por la libertad del ciudadano frente a los castigos arbitrarios e, incluso antes de estas garantías, por el conocimiento y la credibilidad en el sistema penal; 2) asegurar la *sujeción del juez a la ley*, que es garantía de la inmunidad del ciudadano contra el arbitrio de los jueces y, al mismo tiempo, fundamento de la independencia de la magistratura y de la división de poderes, y 3) asegurar la *primacía de la legislación*, y por tanto de la política y de la soberanía popular, en la definición de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal y consecuentemente en la exacta configuración como delitos de las lesiones que éstos sufran”⁷³ (cursivas en el original).

La exigencia formal de ley, es decir que no se trate únicamente de una norma de rango legal, es desde el punto de vista lógico anterior incluso a las exigencias de ley previa, estricta y cierta, pues éstas presuponen la existencia de una ley penal. En otras palabras, lo primero y esencial es que sea una ley la que tipifique las conductas punibles; luego recién podemos entrar a preguntarnos acerca de su vigencia, su interpretación o la calidad de su redacción. Esta exigencia tiene su fundamento en el reconocimiento de que sólo al legislador corresponde no sólo la tipificación de delitos –que es una de las fases distinguibles en el proceso de criminalización–, sino que también la valoración de los bienes jurídicos, la determinación de que alguno de ellos necesite tutela y la necesidad también de que esa tutela se haga por medio de normas jurídico-penales. Por estas consideraciones

⁷² FERRAJOLI (2004 [1a ed. 1999]), págs. 138-139.

⁷³ FERRAJOLI (2008), pág. 258.

es que la sentencia que examinaremos en seguida nos parece que lleva al límite el principio de legalidad. En ésta, el Tribunal hubo de referirse justamente a la exigencia de una ley formal para la tipificación de los delitos, pues lo que se impugna es una figura penal –el llamado hurto de energía eléctrica– contenido en un Decreto con Fuerza de Ley, categoría que, como sabemos, tiene rango legal pero no es una ley en sentido formal por no haberse dictado por el Congreso Nacional, sino por el Ejecutivo en virtud de delegación de competencias que, dicho sea de paso, no puede extenderse a materias penales, según veremos.

B. CASOS PLANTEADOS AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

a) *El hurto de energía eléctrica tipificado en un Decreto con Fuerza de Ley*

La norma que es impugnada en esta causa es el artículo 215 del Decreto con Fuerza de Ley N°4, del 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción⁷⁴, que tipifica el delito conocido como hurto de energía eléctrica⁷⁵. En este caso, es el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal el que recurre al Tribunal frente a sus dudas acerca de la constitucionalidad del precepto, en razón de tratarse de una fuente no apta para establecer delitos y penas. Por su lado, el Ministerio Público señaló que la normativa impugnada se dictó conforme al ordenamiento constitucional de 1959, por lo que es una ley que regula materias de ley. Otro argumento hecho valer por el Ministerio Público es que el DFL N°1 de 1982 sólo sistematizó una norma existente desde 1959 (artículo 168 del DLF N°4 de 1959), la que también respondía a normas vigentes entre nosotros desde 1931 (artículo 146 del DFL N° 244 de 1931), de lo que se deduce que la norma impugnada no *estableció* ningún delito, sino que reubicó una norma ya existente, que no se impugnó en el requerimiento.

Por otra parte, también aduce el Ministerio Público que no se verían vulnerados los fines del principio de tipicidad pues mal podrían los ciudadanos alegar desconocimiento de una figura típica que se halla entre nosotros desde hace casi 80 años.

Alegando a favor del acogimiento del requerimiento, la Defensoría Penal señala que la ley delegatoria que permitió la dictación del DFL N° 1 de 1982, la Ley N° 18.091, facultó al Presidente de la República para establecer las bases, procedimientos y normas a que deberían ajustarse las tarifas máximas que podrían cobrar las empresas eléctricas de servicio público, como asimismo para revisar y modificar las disposiciones legales referentes a energía eléctrica, su producción, distribución y concesiones. Estas facultades, como se aprecia, no incluyen la posi-

⁷⁴ STC Rol N° 1191-08 (19 de mayo de 2009). En realidad, el requerimiento iba dirigido originalmente contra el artículo 137 del DFL N°1, de 22 de junio de 1982, del Ministerio de Minería, “Ley General de Servicios Eléctricos”; pero la modificación del año 2006 llevó al precepto impugnado hasta su actual ubicación.

⁷⁵ Art. 215: “El que sustrajere energía eléctrica, directa o indirectamente mediante conexiones clandestinas o fraudulentas, incurrirá en las penas señaladas en el artículo 446 del Código Penal.

En los casos de reiteración, se procederá en conformidad a lo prevenido en el artículo 415 del Código”.

bilidad de dictar normas penales, por lo que el Presidente de la República excedió las atribuciones concedidas.

Pero aún más palmaria es la inconstitucionalidad de la norma impugnada si se tiene en cuenta que la Constitución expresamente excluye del ámbito de la delegación legislativa las materias relacionadas con las garantías constitucionales, entre las que se halla por cierto el derecho a la legalidad penal. Esto es así por disposición del artículo 64 de la Ley Fundamental, que en lo pertinente, establece que “El Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley durante un plazo no superior a un año sobre materias que correspondan al dominio de la ley. (Inc. 2°) Esta autorización no podrá extenderse a la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones ni al plebiscito, como tampoco a materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado”.

El Tribunal entiende que el principio de legalidad implica exigencias materiales, como la taxatividad, la irretroactividad, etc., pero también una exigencia formal, de que la norma haya sido originada en un proceso legislativo, en que el legislador sea efectivamente el que valore el bien jurídico y la tutela del mismo⁷⁶. Luego, expone la situación de los Decretos con Fuerza de Ley en nuestra historia constitucional, señalando que pese a no estar contemplados en la Constitución de 1925, de todas maneras, entre 1925 y 1964 se verificaron más de veinticinco delegaciones legislativas. A través de esta práctica, que parece abiertamente inconstitucional, se “generaron derechos y deberes para las personas, y los tribunales de la República les otorgaron plena validez jurídica, siendo consideradas incluso fuente válida de Derecho Penal”⁷⁷. Ya en 1970 se reconoció esta práctica constitucional, incorporando una regulación a la Constitución, sin que se cuestionara la subsistencia de las leyes delegadas dictadas con anterioridad a tal reforma.

La Constitución de 1980 por su parte, también previó la posibilidad de que el Congreso Nacional delegara sus facultades en el Ejecutivo, pero excluyendo algunos ámbitos de esta facultad. No resolvió lamentablemente la situación en que quedarían las leyes delegadas dictadas antes de su vigencia sobre materias que quedan fuera de tal posibilidad. Para el Tribunal esta situación se salva interpretando la forma de redacción del artículo 64 de la Carta Fundamental, que está escrita “hacia lo futuro”, por lo que cabría sostener que su regulación y límites sólo operan respecto de leyes delegadas dictadas con posterioridad a su entrada

⁷⁶ “DÉCIMO CUARTO. Que la garantía de la reserva legal en materia sancionatoria del artículo 19, N°3, de la Constitución comprende dos aspectos de diversa naturaleza. El uno, de carácter material, que demanda que exista una norma de rango legal (*lex scripta*) anterior al hecho sancionado (*lex praevia*) que lo describa con indudable determinación (*lex certa*), y el otro, de tipo formal, que se refiere a la naturaleza de la norma misma, esto es, que se trate de un precepto legal aprobado por los poderes colegisladores. En ambos casos, subyace, como ya lo ha declarado este Tribunal, la importancia de la seguridad y la certeza jurídica, “ya que asegura al hombre la facultad de actuar en sociedad con pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas de sus actos” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 46, considerando 18°) (considerando 14°).

⁷⁷ Considerando 15°.

en vigencia⁷⁸. Este argumento no nos parece fuerte porque pretende extraer una solución que la Constitución no contempla del estilo utilizado en su redacción. Antes bien, la manera en que debería solucionarse el posible conflicto es a través de las reglas generales de relación entre normas de rango superior y rango inferior (esto es, decidirse derechamente por la inconstitucionalidad sobreviniente de los decretos con fuerza de ley que rijan materias prohibidas para ellos)⁷⁹.

En todo caso el Tribunal incorpora una variante, al señalar que la interpretación debe propender al máximo respeto y promoción de los derechos fundamentales, armonizándolos con la garantía de un adecuado funcionamiento del Estado democrático de derecho, por lo que la aceptación de validez de los decretos con fuerza de ley que incursionan en materias que les son prohibidas se hará siempre que no lesionen los derechos y libertades fundamentales⁸⁰. Este análisis de si acaso la norma impugnada en el caso concreto supone una vulneración de derechos es lo que el Tribunal realiza a partir del considerando 21°, y que llega a su cénit en la afirmación de que “la norma en cuestión (...) está incorporada en la conciencia jurídica del pueblo como asimismo validada por notables profesores y por la jurisprudencia”⁸¹. Por ello es que, indebida y todo como fue la incursión de una norma dictada por el Presidente de la República, “no alcanzó a afectar en lo sustancial, en este caso particular y concreto, la seguridad jurídica del imputado que protege el principio de legalidad penal, sustento filosófico del numeral tercero del artículo 19 de la Constitución”⁸².

b) Observaciones a la posición del Tribunal Constitucional sobre este punto

Dediquemos unas palabras al concepto de “conciencia jurídica del pueblo”, que el Tribunal trae a colación en este caso. Un concepto similar aparece también, aunque tímidamente, en la STC Rol N°1281, en que el Tribunal hizo suya una declaración del Tribunal Constitucional Español (STCE 89/93), en el siguiente sentido: “[E]s claro que el legislador penal no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo. Si se tiene presente lo que queda dicho en el funda-

⁷⁸ “DECIMOCTAVO: Que, sin embargo, un análisis más detallado del artículo 64 de la Constitución permite constatar que la norma en cuestión regula la dictación de nuevas leyes delegatorias y de nuevos decretos con fuerza de ley, esto es, efectúa una ordenación hacia lo futuro, pues se refiere a la eventual autorización que el Presidente de la República recaba al Congreso Nacional para dictar decretos con fuerza de ley, las que a contar de la entrada en vigencia de la Constitución no pueden extenderse a las materias taxativamente indicadas en el precepto antes indicado”.

⁷⁹ Como bien parece señalarlo el Ministro VENEGAS PALACIOS, disidente de este fallo, quien constata que “Por la profundidad de estas normas y por la simple mecánica jurídica de la jerarquía de las normas y de la sucesión de las leyes en el tiempo, era previsible que, tras la entrada en vigor de la nueva Constitución, fuera cuestionada la vigencia o la validez de las leyes que regulaban materias que ya no eran materia de ley, o que lo hacían sobre asuntos que ahora debían estar regulados por leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado (...)”.

⁸⁰ Considerandos 19° y 20°.

⁸¹ Considerando 22°.

⁸² Considerando 25°.

mento que antecede –esto es, la inserción de toda norma en el sistema que es el ordenamiento jurídico– una labor definitoria sólo resultaría inexcusable cuando el legislador se sirviera de expresiones que *por su falta de arraigo en la propia cultura jurídica* carecieran de toda virtualidad justificante y deparasen, por lo mismo, una indeterminación sobre la conducta delimitada mediante tales expresiones”. Pero, mientras en un caso (STC Rol N° 1281) se le utiliza para afirmar que el concepto de “agua” puede desentrañarse acudiendo al resto del ordenamiento jurídico; en el otro caso (STC Rol N° 1191) se usa para descartar que la evidente vulneración de la reserva legal pudiera redundar en una afectación de la certeza jurídica y la función de garantía del tipo. En efecto, el Tribunal parece erigir un discurso de consuelo, al aceptar que el delito tipificado irregularmente puede devenir en un efecto inconstitucional (de hecho hace un llamado a los órganos colegisladores para que remedien la situación⁸³), pero lo descarta de inmediato porque no puede un ciudadano no saber que el hurto de energía eléctrica es punible: su punición está en la “conciencia jurídica del pueblo”. La certeza jurídica y la garantía del tipo se ven tuteladas, ¡aun sin ley formal!

Dejando de lado lo etéreo del concepto “conciencia jurídica del pueblo”⁸⁴, es de notar que el Tribunal realiza una *elipsis* al momento de atribuir al principio de legalidad un valor normativo directo, pues omite su necesaria observancia bajo el pretexto de que igualmente sus fines se ven tutelados. Trataremos de explicar esto.

El principio de legalidad tiene por objeto cumplir ciertos fines, salvaguardando algunos bienes como la seguridad y certeza jurídica que permiten al ciudadano orientar su conducta hacia lo permitido –lo que se denomina la función de garantía del tipo–. En este caso, según vimos, el Tribunal estima que no se afectan estos fines, en virtud de que la figura típica está en la “conciencia jurídica del pueblo”; y, por ello, es capaz de aceptar –aunque con algún reproche a los legisladores– que no se observe estrictamente el principio de legalidad. Ahí está justamente la *elipsis* que denunciamos, y que encierra una lógica peligrosa: los principios bien pueden ser dejados de lado, en tanto al final del día se cumpla con lo que justifica su existencia. Pero lo cierto es que los principios deben observarse rigurosamente, aun a costa de que esa observancia parezca arbitraria o contraproducente. En este caso concreto el Tribunal llama la atención sobre las implicancias fácticas de

⁸³ Considerando 26°.

⁸⁴ Para una crítica más completa y seguramente mejor fundada, Vid. FERNÁNDEZ CRUZ (2009), quien sostiene que “[S]in perjuicio, de la pertinencia de utilizar el término “conciencia jurídica del pueblo”, que inevitablemente nos trae a la memoria épocas oscuras de la primera mitad del siglo xx, para fundamentar la constitucionalidad de una norma promulgada en una dictadura militar, resulta sorprendente e inaceptable esta argumentación. El Estado de derecho constitucional se fundamenta, precisamente, en la superación de la tradición a la hora de legitimar sus decisiones y, en especial, las leyes. Esta tradición histórica se verifica a juicio del TC con una supuesta ausencia de crítica sobre la utilización del decreto con fuerza de ley como fuente de tipificación de delitos y penas. Esta afirmación resulta, cuando menos, matizable. Así, la Defensoría Penal Pública pone expresamente en conocimiento del TC una variada jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que entiende el delito de hurto de energía eléctrica derogado por la CPR. En el ámbito dogmático tampoco la crítica se encuentra ausente, tildando esta tradición histórica como anacrónica”. (pág. 262).

la posible inconstitucionalidad de la figura típica involucrada. Ni siquiera ello es de considerar a la hora de calibrar principios, pues estas consecuencias –la impunidad de una conducta reprochable como el aprovechamiento de energía de forma ilegítima– son plenamente justificadas por la protección del principio de legalidad.

ATRIA LEMAITRE dice –en otro contexto, eso sí–, que los principios justificadores definen el modo de actuación, “de modo tal que sin esos principios esas características y modos de actuación pueden parecer arbitrarios y contraproducentes”. Y cita luego, un ejemplo: “Así, por ejemplo, MAX WEBER decía, refiriéndose a un caso problemático en el derecho alemán de principios de siglo, que “un ‘lego’ nunca podrá entender que, de acuerdo a la vieja definición del delito de robo, no pueda existir un ‘robo’ de energía eléctrica”. Para un abogado, que entiende la importancia del principio de legalidad, esa afirmación no sólo es comprensible; el abogado entiende que hay algo extraordinariamente importante escondido detrás de la conclusión de que si la acción típica es apropiarse de cosa mueble, y si la electricidad – conforme a las convenciones interpretativas y reglas del caso – no es una cosa mueble, entonces no cabe otra conclusión que la impunidad del hurto de electricidad”⁸⁵. En síntesis, la lógica esbozada en esta sentencia debe ser rechazada en cuanto resta importancia a la observancia de las reglas formales, pues éstas se justifican en virtud de los propios principios.

Finalmente, y como señala FERNÁNDEZ CRUZ, la “invasión del DFL en materia de derechos fundamentales y libertades públicas conculca la voluntad de los constituyentes de evitar su limitación por una minoría, en este caso, el Ejecutivo, mediatizado por su función social de reprimir la criminalidad”⁸⁶. En otras palabras, aún concediendo que se halla a salvo la función garantística del tipo –lo que ya es conceder mucho–, no ha sido el legislador el que ha valorado el bien jurídico protegido, la necesidad de que se tutele penalmente, y la penalidad asignada, etc., por lo que igualmente debería declararse la inconstitucionalidad de la norma⁸⁷.

⁸⁵ ATRIA LEMAITRE (2004), pág. 119.

⁸⁶ FERNÁNDEZ CRUZ (2009), pág. 263.

⁸⁷ En el mismo sentido, Cfr. POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA (2004-PG), pág. 95. Y, decididamente, GUZMÁN DÁLBORA: “Un argumento definitivo, análogo al esgrimido antes en España, contra la legitimidad de las delegaciones para legislar en lo penal, provino de las modificaciones que concedieron formalmente al Congreso la facultad de otorgarlas. La del 4 de noviembre de 1970 se abstuvo de incluir delitos y penas en el contenido permitido de las leyes de bases, y el documento que impera desde 1980 en lugar de la Constitución de 1925, dispone que la autorización no puede extenderse a las materias comprendidas en las garantías constitucionales (artículo 64). Dado que los bienes jurídicos más importantes, así susceptibles de tutela punitiva cuanto de ser afectados por las penas, son enlistados allí como derechos fundamentales del individuo, puede llegarse a la misma conclusión que en Europa, o séase, la inconstitucionalidad de la delegación en este campo, corolario por lo demás congruente con el axioma de la legalidad de delitos y penas –que también aparece entre las garantías básicas de los justiciables–, cuya asociación con el principio democrático quedaría desfigurada en disposiciones que hacen tabla rasa de la disidencia y del requerimiento de que toda innovación penal sea discutida multilateral y despaciosamente por los representantes del plexo del conglomerado social, de nada de lo cual son garantía los decretos legislativos con sus rasgos de parcialidad y presurosa gestión”. GUZMÁN DÁLBORA (2009), pág. 16.

III. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO “REGLA DEL JUICIO”: DERECHO A QUE LA PRUEBA CORRESPONDA A QUIEN ACUSA

I. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia es definida por NOGUEIRA como “el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiriera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir”⁸⁸. Esta definición merece ser precisada.

Siguiendo la fórmula utilizada por FERRAJOLI, la presunción de inocencia comprende una “regla de tratamiento del imputado”, “que excluye o al menos restringe al máximo la limitación de la libertad personal”, y una “regla del juicio”, “que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda”⁸⁹.

La presunción de inocencia no está establecida expresamente en la Constitución de 1980. Sin embargo, existe cierto consenso doctrinal en que puede deducirse del inciso 6° del número 3 del artículo 19, que prohíbe que la ley presuma de derecho la responsabilidad penal y de las normas que establecen el “debido proceso”⁹⁰. Como puede apreciarse nuestro texto constitucional no proscribiera de plano las presunciones de responsabilidad, sino que sólo aquéllas contra las cuales no se admite prueba. Esto ha permitido la pervivencia en el ordenamiento penal de presunciones simplemente legales, que, consideradas por sí mismas, evidentemente vulneran la presunción de inocencia, pues liberan al acusador de probar alguno de los elementos del delito. Así, por ejemplo a veces la ley presume la concurrencia de alguna disposición subjetiva por el mero hecho de realizar conductas sobre ciertos objetos, como el ánimo de traficar por la posesión de pequeñas cantidades de droga (artículo 4° de la Ley 20.000), o la autoría de aquel en cuyo poder se encuentre la cosa hurtada o robada (artículo 454 del Código Penal); o la responsabilidad del comerciante en cuya casa o establecimiento se origina el incendio, salvo que probare que éste no le beneficiaba (artículo 483 del Código

⁸⁸ NOGUEIRA ALCALÁ (2007), pág. 129.

⁸⁹ FERRAJOLI (1995), pág. 551. Como veremos, el Tribunal Constitucional hace suya esta distinción.

⁹⁰ Dice NOGUEIRA: “Existe así una *derecho fundamental a la presunción de inocencia*, emanado de la CADH, que forma parte de la Constitución material, el cual como derecho esencial constituye una limitación a la potestad constituyente derivada y a los poderes constituidos, de acuerdo con el artículo 5°, inciso 2°, de la Constitución, el cual constituye un criterio condicionador de la interpretación de las normas vigentes y un derecho fundamental” NOGUEIRA ALCALÁ (2007), pág. 78 Y cita, a renglón seguido, la opinión de SILVA BASCUÑÁN, quien estima que el derecho a la presunción de inocencia es parte del debido proceso; y de CEA EGAÑA, quien estima que rige para nosotros en virtud del artículo 5°, inciso segundo.

Penal), etc., originándose verdaderas inversiones del *onus probandi*, completamente reprochables.

2. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS PRESUNCIONES SIMPLEMENTE LEGALES DE RESPONSABILIDAD PENAL. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La posible vulneración de la presunción de inocencia por estas presunciones simplemente legales ha sido llevada al Tribunal, para que éste determine si acaso tienen un efecto contrario a la Carta Fundamental.

En estos casos, el Tribunal ha señalado que la presunción de inocencia no se halla consagrada entre nosotros expresamente, pero que se puede deducir de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad criminal, lo que se complementa con su reconocimiento expreso en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile⁹¹. Ha sostenido también que este principio encuentra sus fundamentos en valores que la propia Constitución establece, como lo es el de dignidad de la persona humana, y del debido proceso⁹². Y respecto a su contenido, éste ha sido desarrollado por el Tribunal en estos años (2006-2010) de forma uniforme, en los que ha sostenido que: “La llamada ‘presunción de inocencia’, como lo señala el requerimiento, está compuesta de dos reglas complementarias. Una primera regla de trato o conducta hacia el imputado, según la cual toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare lo contrario (*nulla poena sine iudicio*). Una segunda regla de juicio, en cuya virtud el imputado no debe probar su inocencia, correspondiendo a la parte acusadora acreditar, suficientemente, la existencia del hecho punible y la participación del acusado (*in dubio pro reo*)”⁹³.

Por otra parte, la “regla del juicio” que impone la presunción de inocencia se vincula al desarrollo del proceso propiamente tal, en que debe ser la parte acusadora la que soporte la carga de la prueba. El imputado no está obligado a probar su inocencia⁹⁴. Por ello, resultan en principio contrarias a la presunción de inocencia las normas que relevan del *onus probandi* a los acusadores, en cualquiera de los elementos que conformen la conducta punible. En nuestro país el Ministerio Público ha sido caracterizado por la Corte Suprema como “el titular exclusivo de la investigación”⁹⁵, “un organismo autónomo de la mayor relevancia dentro de la etapa de investigación del proceso penal, pues detenta en forma exclusiva

⁹¹ STC Rol N° 739, considerando 7°; STC Rol N° 993, considerando 3°; STC Rol N° 1443, considerando 44°. Vid. en el Anexo de esta memoria, la Tabla N°2.

⁹² “Que la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal es, por lo demás, un principio que es concreción de la dignidad de la persona humana, consagrada en el artículo 1° de la Constitución Política, y del derecho a la defensa en el marco de un debido proceso, en los términos que reconoce y ampara el artículo 19 N°3 de la Ley Fundamental”. (STC Rol N° 519, considerando 42°; STC Rol N° 825, considerando 24°; STC Rol N° 829, considerando 24°).

⁹³ STC Rol N° 739, considerando 8°; STC Rol N° 993, considerando 4°; STC Rol N° 1351, considerando 45°; STC Rol N° 1352, considerando 45°; STC Rol N° 1584, considerando 6°; STC Rol N° 1443, considerando 45°.

⁹⁴ DURÁN FUICA (2007), pág. 83.

⁹⁵ Vid. SCS Rol 2600-2004, considerando 5°.

y excluyente la averiguación de la existencia real de un presupuesto de reacción penal⁹⁶. No corresponde, entonces, al imputado realizar diligencias tendientes a acreditar su inocencia o la falta de participación en los hechos investigados. Esto corresponde al Ministerio Público, que además debe actuar conforme al principio de objetividad establecido en el artículo 3° de la Ley 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público⁹⁷. En el sistema interamericano esto también ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, en que declaró que “el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa” (párrafo 154).

3. CASOS PLANTEADOS AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los casos que han ocupado al Tribunal a este respecto se han caracterizado por ser impugnaciones de normas que establecen –real o aparentemente– presunciones simplemente legales, liberando al acusador de probar alguno de los elementos del delito, o bien trasladando el *onus probandi* al acusado, exigiéndole desvirtuar alguno de ellos. Se trata del artículo 4° de la Ley 20.000 y la presunción de voluntariedad contenida en el inciso segundo del artículo 1° del Código Penal. Adicionalmente, en algunos requerimientos dirigidos a lograr la inaplicabilidad del artículo 450 del Código Penal, que establece que ciertos delitos se castiguen como consumados desde que se hallen en grado de tentativa, se ha planteado que esta norma establece una verdadera presunción de consumación, la que no puede desvirtuarse, por lo que sería una presunción de derecho contraria a la Constitución.

a) El caso “Morrison Cristi” y la carga de la prueba en el delito de microtráfico

Respecto de la primera norma, se trata de un bullado caso que involucró al hijo de una parlamentaria. El requirente, Paul Morrison Cristi, alegaba que se infringía su derecho a la presunción de inocencia con la eventual aplicación del artículo 4° de la Ley 20.000 que establece que corresponde al imputado “justificar que (las sustancias poseídas) están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”, pues esta norma invertiría el *onus probandi*, que en principio corresponde al Estado, liberándolo de acreditar una circunstancia que, según la *regla del juicio* debe ser probada para que pueda hallársele culpable. Esta es la posición defendida por el profesor RAÚL TAVOLARI, quien representó al requirente. El Tribunal descarta esta posibilidad, sobre la base de ver en la norma impugnada una causal de justifi-

⁹⁶ Vid. SCS Rol 437-2005, SCS Rol 3984-2005, SCS Rol 1300-2007.

⁹⁷ Esta disposición establece que “En el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen”.

cación⁹⁸, que según las reglas generales corresponde ser acreditada por quien la alega⁹⁹.

El problema del microtráfico, eso sí, tiene más complejidades. Aún estimando que lo que hay es una causal de justificación, persiste el problema de qué es lo que debe probar el Ministerio Público para que se tenga por acreditado el delito en cuestión. Como se entenderá, el microtráfico exige un ánimo especial, de traficar con las sustancias prohibidas. Lo que el Ministerio Público planteó en los tribunales de instancia –y fue acogido por la Corte de Apelaciones– es que le bastaba acreditar los elementos objetivos del tipo, de los que se deduce la intención de traficar.

Y ese justamente es el problema que plantea el microtráfico, en que el legislador, “al igual como lo ha hecho en varias disposiciones del Código Penal (*v.gr. arts. 445, 454, 494*), presume legalmente la intención de traficar con las pequeñas cantidades respecto de aquellas conductas a que se refiere el primer elemento sistemático (se refiere a los verbos rectores propios de la etapa preparatoria del tráfico, *precisión nuestra*)”¹⁰⁰. Para el Tribunal Constitucional, en cambio, el Ministerio Público debe acreditar la participación culpable, lo que en el caso planteado significaba comprobar que el imputado sabía que portaba la droga y lo hacía con el ánimo de traficar. En ello radica probablemente que el juicio posterior resultara

⁹⁸ “Que, por otro lado, la parte final del inciso primero del referido artículo 4° consagra una causal de justificación de la responsabilidad penal, al eximir de castigo a quien acredite que las sustancias o drogas están destinadas a la atención de un tratamiento médico o al uso o consumo personal. La existencia de un interés preponderante hace desaparecer la antijuricidad de la conducta y ésta deja de estar prohibida por la ley. Por cierto, sin que impone una inversión de la carga de la prueba, ya que, de acuerdo a las reglas generales, recae sobre quien alega la exigencia o causal de justificación probar las circunstancias en que se funda”. (STC Rol N° 993, considerando 11°).

⁹⁹ Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ (2007), pág. 137.

¹⁰⁰ CISTERNAS VELIS, L. (2009), pág. 116. Y agrega luego el autor que: “La verdadera controversia, en realidad, se genera cuando, habiéndose acreditado el porte, transporte, posesión o guarda de pequeñas cantidades, el acusado nada dice o nada acredita. En tal evento, lo acreditado por el ente persecutor sólo nos revela que el acusado portaba, poseía, guardaba o transportaba pequeñas cantidades de droga. De esta manera, pretender negar la variación del peso de la prueba, so pretexto de entender las circunstancias indicadas en la parte final del primer elemento sistemático como causales de justificación, resulta insulso. A nuestro juicio, aun cuando la defensa del acusado nada alegue, si la labor desplegada por el Ministerio Público se limita a demostrar únicamente lo que los autores propugnan, *v.gr.* que tal persona en tal día portaba pequeñas cantidades de marihuana, es inconcebible una sentencia condenatoria. ¿El motivo? Porque no se ha logrado satisfacer, con el estándar exigido por el art. 340 del CPP, las razones que justifican adelantar el *ius puniendi* a estadios anteriores al tráfico mismo, como lo son la posesión, porte, guarda y transporte de pequeñas cantidades de drogas, a saber: que la conducta que se pretende sancionar denote inequívocamente su orientación al tráfico” (pág. 118-119). En un sentido similar, lo sostenido por el argentino ALBERTO BINDER, hecho valer por el profesor TAVOLARI ante el Tribunal, en el sentido de que la redacción de la norma impugnada es “tramposa” por trasladar al campo de las causales de justificación –y, con ello, haciendo de cargo del imputado– circunstancias que, de concurrir, excluirían la configuración del microtráfico; y, con ello, estableciendo subrepticamente una presunción de que lo que se posee lo es para traficar. En el mismo sentido, Vid. GONZÁLEZ WITTIG (2007).

en la absolución del imputado. En todo caso, la prueba del “ánimo” es compleja, y deberá hacerse por “medios de prueba indiciaria consistente y plural o por otros medios más directos”¹⁰¹.

Finalmente señalemos que, incluso admitiendo que lo que hay es una inversión del *onus probandi*, a través de una presunción caracterizada por el razonamiento *id quod plerumque accidit* (lo que sucede más a menudo), es decir, basada en la discutible premisa de que lo más usual es que la droga que se porta es para traficar (y no para el consumo); igualmente la norma sería constitucional por admitir prueba en contrario, al tenor de la disposición constitucional –tantas veces nombrada– que proscribía las presunciones de derecho en esta materia y permite, *a contrario sensu*, las simplemente legales.

b) *La presunción de voluntariedad del artículo 1° del Código Penal*

Respecto del inciso segundo del artículo 1° del Código Penal, que dispone que “[L]as acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario”, el Tribunal opta por no tomar una posición clara en la polémica doctrinal sobre su significado, la que sólo deja consignada, y la da por constitucional porque “en cuanto se trata de una presunción simplemente legal, puede ser desvirtuada”¹⁰². No abundaremos aquí en el significado que cabe atribuir a la “presunción de voluntariedad”, en cuanto a si lo que se presume es el dolo, como plantean algunos, o sólo la imputabilidad y el conocimiento de la antijuricidad, como señalan otros, por ser un tema que, interesante para efectos de otras materias penales y procesales, no constituye el *quid* del problema planteado al Tribunal, como sí lo es la presunción de inocencia.

Dedicaremos el siguiente epígrafe a sistematizar cuáles son los elementos que se desprenden de los pronunciamientos señalados, en cuanto a la constitucionalidad y el valor de las presunciones simplemente legales.

c) *Doctrina emanada de ambos pronunciamientos. La presunción de inocencia y el valor de las presunciones simplemente legales de responsabilidad a la luz del sistema procesal penal*

En efecto, quizás lo más interesante de estos pronunciamientos, tanto respecto del artículo 4° de la Ley 20.000 como del inciso segundo del artículo 1° del Código Penal, es que en ellos el Tribunal afirma que las normas que establecen presunciones simplemente legales, además de no ser contrarias a la Carta Fundamental –que sólo proscribía las presunciones de derecho en esta materia– no resultan lesivas, en su aplicación, de la presunción de inocencia por existir un sistema procesal configurado legalmente que no permite que se condene a persona alguna sólo con mérito de una presunción legal. Así, el Tribunal toma partido en una disputa doctrinal existente alrededor del valor probatorio que cabe asignarle a las presun-

¹⁰¹ CISTERNAS VELIS, L. (2009), pág. 119.

¹⁰² STC Rol N° 739, considerando 9°; STC Rol N° 1351, considerando 47°; Rol N° 1352, considerando 47°.

ciones simplemente legales sobre todo a la luz del sistema probatorio establecido en el nuevo proceso penal, respecto de la cual existen distintas posiciones, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Por un lado, se han dado buenas razones para estimar que las presunciones simplemente legales no pueden ser aplicadas. Primero, hay quienes sostienen que han sido derogadas tácitamente por el sistema probatorio actual, en razón de que éste no contempla como límite para el juez el respeto a las presunciones legales. Así, pretender que el juez dicte sentencia condenatoria en base a una presunción legal, sin estar convencido, es ir contra la libertad de apreciación establecida en el artículo 297 del Código Procesal Penal, y cuyos únicos límites son la no contradicción de los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Adicionalmente, el artículo 340 del mismo cuerpo legal establece que la convicción necesaria para la dictación de una sentencia condenatoria debe ser “más allá de toda duda razonable” y “sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral”, descartándose así, al parecer, el valor de una presunción configurada legalmente.

Por la otra parte, se ha respondido que las presunciones legales constituyen *uno* de los medios de prueba de aquellos de que puede servirse el juez para adquirir convicción. No habría una oposición absoluta entre las presunciones simplemente legales y la libertad para apreciar la prueba, si se interpretan aquellas de ese modo¹⁰³. El juez puede valerse de ellas para condenar o descartarlas para absolver. He ahí su libertad, al contrario del régimen inquisitivo en que predomina la prueba tasada. La única limitación es que no puede fundarse una sentencia condenatoria *sólo* en una presunción legal¹⁰⁴. La jurisprudencia también ha dado diferentes soluciones a este problema¹⁰⁵.

El Tribunal Constitucional, por su parte, sostiene que el deber del juez (en el procedimiento penal antiguo) de “investigar, con igual celo, no sólo los hechos y circunstancias que establecen y agravan la responsabilidad de los inculpados, sino también los que les eximan de ella o la extingan o atenúen” (artículo 109 del Código de Procedimiento Penal) y la exigencia de que “nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley” (artículo 456 del Código de Procedimiento Penal), conspiran

¹⁰³ Cfr. POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA (2004), pág. 248

¹⁰⁴ Vid. la aplicación que de esta idea se hace en la SCS Rol CS 740-2005, considerando 7°: “Que, establecer que José Selim Chat Aldúnez es autor por inducción de un delito de incendio frustrado y otro consumado porque es socio de la sociedad Chat Limitada, que es beneficiaria de un seguro y tiene problemas financieros, consistentes en baja liquidez, mínima solvencia y rentabilidad, y condenarlo a cumplir las penas que establece la sentencia, constituye también una infracción sustancial del derecho a que se presuma su inocencia contemplado en el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derecho Humanos, y en el artículo 14 N°2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”, sentencia citada en NÁQUIRA RIVEROS, IZQUIERDO, VIAL, Y VIDAL (2008), pág. 28

¹⁰⁵ Vid. CERDA SAN MARTÍN (2003), pág. 102

para que las presunciones legales no puedan tener un efecto contrario a la Carta Fundamental¹⁰⁶.

Idéntico discurso ha enarbolado con respecto a las normas del proceso penal vigente. Para el Tribunal, “existen suficientes garantías en las reglas generales en materia de prueba y persecución penal para garantizar que la presunción de inocencia esté asegurada”¹⁰⁷. Acto seguido, enumera cuáles son a su juicio estas garantías: la presunción de inocencia consagrada en el artículo 4° del Código Procesal Penal, la existencia del Ministerio Público como órgano autónomo encargado de la investigación; los fines de ésta, consagrados en el artículo 181 del mismo Código, el contenido de la acusación y de la sentencia, que deben consignar los medios de prueba considerados para dar por acreditados los hechos y la participación del imputado, etc. En síntesis, para el Tribunal Constitucional, la configuración del proceso penal regulado en el Código Procesal Penal representa suficiente protección del principio de presunción de inocencia, la que no se verá afectada por las presunciones simplemente legales de responsabilidad¹⁰⁸.

d) Artículo 450 del Código Penal: ¿presunción de derecho de responsabilidad?

Otros casos en que se ha estimado vulnerada no sólo la presunción de inocencia, sino que la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, han sido dados por la aplicación del artículo 450 del Código Penal, norma que pese a no ser una presunción, tiene el efecto de impedir descartar cierto grado de participación criminal, sosteniendo los requirentes que opera como una verdadera presunción de derecho de la participación y del grado de desarrollo del delito. Específicamente, se reprocha que la norma disponga que se castigue como consumados los delitos, desde que se hallan en grado de tentativa, por impedirse al imputado que acredite la no consumación del mismo, beneficiándose con ello de la rebaja en la penalidad correspondiente.

Esta norma ha sido objeto de permanente debate en los últimos años, aunque claramente ha predominado la posición sostenida por la Corte Suprema, secun-

¹⁰⁶ STC Rol N° 739, considerando 10°; STC Rol N° 1351, considerando 48°; Rol N° 1352, considerando 48°. “Que, en consecuencia, en este caso no se produce una aplicación contraria a la Constitución del artículo 1°, inciso segundo, del Código Penal, por cuanto no se afecta el principio de inocencia y mal puede vulnerarse la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, toda vez que, aunque se discute que el artículo 1°, inciso segundo, contenga una presunción de responsabilidad, ésta sólo tiene el carácter de simplemente legal, por lo que corresponderá al juez de la causa investigar y llegar a la convicción acerca de la existencia de la responsabilidad criminal”. (STC Rol N° 1351, considerando 49°; Rol N° 1352, considerando 49°).

¹⁰⁷ STC Rol N° 1443, considerando 47°.

¹⁰⁸ “Que, como puede apreciarse, el Código Procesal Penal ha conjurado el peligro de amenazas a la presunción de inocencia. En su diseño, el órgano persecutor estará siempre obligado a probar todos los elementos de la imputación criminal. Cuestión diversa es si el Ministerio Público o el órgano judicial cumple debidamente con el cometido que le ha encargado el legislador, materia que, según lo asentado por este sentenciador, no corresponde que sea analizada en sede de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”. (STC Rol N° 1443, considerando 48°).

dada por la mayoría de las Cortes de Apelaciones del país, en el sentido de que ella “implica una regla especial respecto a la pena a imponerse (...) En virtud de ella se hace excepción a las normas generales que sanciona con menor rigor los delitos en grado de frustrado conforme lo dispone su artículo 51 (...) De otra parte, no puede imputarse que la norma cuestionada importe presunción de derecho de responsabilidad con transgresión del principio de culpabilidad consagrado en el N°3 inciso 6° del artículo 19 de la Constitución Política tanto por los razonamientos anteriores, como por el tenor claro del precepto que no permite suponer siquiera que el legislador hubiese tenido la intención de establecerla”¹⁰⁹. La posición contraria, y hasta hoy minoritaria, es sostenida por la Corte de Apelaciones de Santiago, que históricamente se ha negado a aplicar el artículo 450 del Código Penal por estimarlo inconstitucional y tácitamente derogado por la entrada en vigencia de la Carta Fundamental¹¹⁰.

El Tribunal Constitucional acepta la tesis de la Corte Suprema, y da por constitucional la norma impugnada, entendiéndolo que se trata de una regla especial de penalidad, cuyo mantenimiento depende de la voluntad del legislador. Señala que la disposición no importa una presunción, pues deben igualmente acreditarse las condiciones que la misma contempla para que se produzca el efecto de que se deba castigar como consumado un delito que no llegó a tal estado.

Por nuestra parte, creemos que lo que oculta la norma impugnada no es una presunción, sino una ficción legal de consumación del delito, puesto que las primeras se caracterizan por ligar dos hechos lógicamente a la luz de un cálculo de probabilidades, lo que no ocurre en este caso en que derechamente se pasa por alto la realidad y se castiga como si el delito se hubiera consumado, aunque se acredite lo contrario¹¹¹. Nuestra principal aprehensión respecto de esta disposi-

¹⁰⁹ Vid. entre otras, SCS Rol N°4606-2007 (3 de diciembre de 2007), considerando 2°; SCA de Temuco Rol N° 458-2009 (16 de junio de 2009), considerando 1°; SCA de Valparaíso Rol N° 708-2007 (24 de julio de 2007), considerando 7°; SCA de San Miguel Rol N° 428-2006 (31 de mayo de 2006), considerando 2°; SCA de Rancagua Rol N°199.025 (13 de noviembre de 2001).

¹¹⁰ Como ejemplo paradigmático: “3°) Que la citada norma del inciso primero del artículo 450 del Código Penal originalmente introducida en nuestra legislación por la Ley 11.625 del 4 de octubre de 1954, y modificada posteriormente por la Ley 17.727 del 27 de septiembre de 1992, establece una ficción legal que altera las normas que regulan el *iter criminis*, al imponer la aplicación de la sanción correspondiente al delito consumado cualquiera sea el grado de desarrollo del ilícito y sin admitir prueba alguna en contrario, generando así una presunción de derecho de responsabilidad penal que se encuentra en contradicción con la Constitución Política de la República vigente desde 1980, la que en el inciso 6° de su artículo 19 N°3 consagra el principio de que la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. El aparente conflicto entre el artículo 450 inciso 1° del Código Penal y el artículo 19 N°3 inciso 6° de la Carta, sólo puede ser resuelto entonces concluyendo que la norma legal anterior ha sido derogada por la de mayor rango y de fecha posterior. (SCA de Santiago Rol N° 2122-2009 (11 de septiembre de 2009), considerando 3°). Para una descripción más acabada del panorama doctrinal y jurisprudencial sobre el artículo 450 del Código Penal, Vid. MEDINA JARA (2001); CAMPOS MUÑOZ (2008b); CAMPOS MUÑOZ (2008a).

¹¹¹ Concordamos, entonces, con lo sostenido por la Corte de Apelaciones de Valparaíso: “QUINTO: (...). Sostener, a su vez, que aquí se está en presencia de un régimen especial sobre determinación de la pena, como consigna el fallo en su considerando séptimo, confunde el efecto del precepto con su verdadera naturaleza jurídica. Ésta no lo incardina

ción es su evidente desproporción, lo que, a nuestro juicio, acarrea su inconstitucionalidad, según explicaremos más adelante (Vid. infra, Capítulo I.E.5).

IV. PROHIBICIÓN DE LA PRISIÓN POR DEUDAS

1. CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO Y SITUACIÓN GENERAL EN CHILE

La prohibición de la prisión por deudas no se encuentra consagrada en la Constitución Política de 1980. Sin embargo, no hay lugar a dudas de que constituye un derecho fundamental que limita el ejercicio de la soberanía, a la luz de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, pues se halla reconocido en sendos tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes¹¹².

En nuestro ordenamiento hay normas que pueden oponerse a esta interdicción. Así, el castigo penal del giro fraudulento de cheques, cuando estos son “a fecha”, puede resultar en una verdadera prisión por deudas, si lo que subyace es una relación contractual¹¹³. En todo caso, podemos decir, junto con otro autor, que “en general se respeta este principio en nuestra legislación”¹¹⁴. Por lo menos no existen normas que criminalicen el mero incumplimiento contractual o la insolvencia¹¹⁵.

precisamente dentro de las presunciones de culpabilidad o de autoría. Todo razonamiento por presunciones llega al hecho ignoto, que busca despejar, tomando como base otro conocido y anudándolos con la máxima *id quod plerumque accidit* (lo que sucede más a menudo). También las presunciones que formula la ley dan por cierto aquello que suponen ser verdad, no fingen lo que desde la partida se sabe que no es, como en el presente caso.

Por ende, en el artículo en palabra se oculta una ficción de consumación. Como en toda analogía parcial, la que estampa el Código para el delito de robo asocia consecuencias jurídicas a un consciente alejamiento de la realidad, ajeno al cálculo de probabilidades que anima a las presunciones. La equiparación en orden a la penalidad de las etapas del proceso ejecutivo de la infracción, es semejante a lo que ocurre en los delitos llamados de emprendimiento, en que la ley describe *expressis verbis*, pero ahora al interior de la misma estructura del tipo, una actividad consumada junto con otra que sólo inicia la ejecución, por ejemplo, el artículo 17 de la Ley número 20.120, de 22 de septiembre de 2006, donde se castiga a quien a quien clonare o iniciare un proceso de clonar seres humanos. (SCA de Valparaíso Rol N° 131-2007).

¹¹² Así, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que: “Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, por su parte, establece en su artículo 7.7 que: “Nadie podrá ser detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”. No parece haber más argumentos que el sustento dogmático prestado por estos instrumentos, y acaso sean necesarios. Digamos, en todo caso que la inconstitucionalidad de la prisión por deudas o, mejor, de la criminalización de la insolvencia, puede también afirmarse si se sostiene que la Carta Fundamental de 1980 recoge, aunque no expresamente, el principio de culpabilidad, pues –como sostiene SILVESTRONI– el no pago de una deuda puede originarse en situaciones como la mala administración del patrimonio, la poca fortuna en los negocios, una enfermedad particularmente onerosa, etc., que no constituyen conductas reprochables propiamente tal. SILVESTRONI (2004), pág. 172.

¹¹³ Cfr. POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA (2004), pág. 468.

¹¹⁴ MERA FIGUEROA (1998), pág. 202.

¹¹⁵ MERA llama la atención, eso sí, sobre la posibilidad de que una interpretación excesivamente amplia de las conductas comprendidas en la figura de apropiación indebida (artículos 470

2. CASOS PLANTEADOS AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

a) Arresto ante el no pago de las cotizaciones previsionales, ¿constituye prisión por deudas?

Hay, sin embargo, algunas situaciones que podrían asimilarse a una prisión por deudas, las que han sido llevadas al Tribunal Constitucional para que éste determine si la aplicación de estas normas resulta constitucional. Un primer asunto a resolver por el Tribunal es determinar en qué consiste la prisión por deudas que es proscrita por normas internacionales. En otras palabras, cuándo el incumplimiento de una obligación pecuniaria puede derivar lícitamente en la privación de la libertad de deudor y cuándo esta posibilidad es ilícita (Vid. Tabla N°3, en el Anexo de esta memoria).

Esta tarea –una verdadera interpretación de la norma internacional– ha sido abordada por el Tribunal desde la STC Rol N° 519-2006, en que fue requerido para que se pronunciara sobre la inaplicabilidad de algunas normas de la Ley 17.322. En lo que nos interesa ahora, se impugnó el artículo 14 de dicha ley, que posibilita que se haga efectivo el arresto sobre los administradores, gerentes o presidentes de la empresa, cuando no se consignen dentro del plazo legal las sumas descontadas a los trabajadores por concepto de cotizaciones previsionales¹¹⁶.

El núcleo del argumento del Tribunal para desechar el requerimiento es que la prohibición de la prisión por deudas está limitada a aquellas obligaciones que surgen de la contratación entre privados, situación diversa a la que se le presenta en el requerimiento, pues la obligación surgida por el descuento de las remuneraciones de los trabajadores es de interés general, con trascendencia para los derechos de la seguridad social contemplados en la propia Carta Fundamental y, en fin, no puede asimilarse a los emanados de un simple contrato privado¹¹⁷.

Sin embargo, en cuanto a qué es la prisión por deudas para el Tribunal, su pensamiento parece más estar escondido en el tratamiento que hace del arresto como apremio. De alguna manera busca eludir el problema que le plantea el hecho de

y siguientes del Código Penal), incluyendo “hipótesis constitutivas de mero incumplimiento de obligaciones civiles”, derive en una infracción a la prohibición de la prisión por deudas. MERA FIGUEROA (1998), pág. 214.

¹¹⁶ El artículo 12 de la Ley 17.322 establece que: “El empleador que no consignare las sumas descontadas o que debió descontar de la remuneración de sus trabajadores y sus reajustes e intereses penales, dentro del término de quince días, contado desde la fecha del requerimiento de pago si no opuso excepciones, o desde la fecha de la notificación de la sentencia de primera instancia que niegue lugar a ellas, será apremiado con arresto hasta por quince días. Este apremio podrá repetirse hasta obtener el pago de las sumas retenidas o que han debido retenerse y de sus reajustes e intereses penales”. Por su parte, el impugnado artículo 14 dispone que: “En caso de que el empleador sea una persona jurídica de derecho privado, una comunidad, sociedad o asociación de hecho, el apremio a que se refiere el artículo 12° se hará efectivo sobre las personas señaladas en el artículo 18°”.

¹¹⁷ Así, el Tribunal discurre a lo largo de varios considerandos sobre la incidencia del incumplimiento en el orden público económico (considerando 12°), en el derecho a la seguridad social, tutelado constitucionalmente (considerando 13°); la exigencia social en la obligación de cotizar y su carácter no contractual (considerando 14°). Este razonamiento se repitió en la STC Rol N° 576 (24 de abril de 27).

que el arresto sea, al final del día, una forma de privar de la libertad a quien incumple una obligación pecuniaria. Aunque en este caso concreto es claro que el carácter de la obligación hace que no sea aplicable a su respecto la prohibición de prisión por deudas, no es razonable que el Tribunal pretenda excluir la posibilidad de aplicar este régimen a otros casos en que la ley hace procedente el arresto.

Esto lo hace tratando de separar la institución del arresto de su naturaleza penal. Así, el tratamiento que le da es de un apremio que no puede considerarse “prisión”¹¹⁸. Este esfuerzo podría resultar en la inutilidad de la proscripción de la prisión por deudas, pues lo que pretende ésta es que ningún ciudadano sea privado de su libertad por el hecho de no poder cumplir una obligación patrimonial. El arresto es una privación, aunque temporal, de la libertad y, por tanto, si se aplica a una obligación contractual, cuyo no es el caso planteado al Tribunal, podrá considerarse “prisión” y producirá efectos contrarios a la Constitución.

Con posterioridad a estas resoluciones la posición del Tribunal varió, pasando a elaborar su decisión ya no desde la perspectiva de la prohibición de la prisión por deudas, sino desde la proporcionalidad entre la medida limitativa y el fin que pretende conseguir. Por ello, aunque no existiera en realidad prisión por deudas, el Tribunal igualmente acogió el requerimiento en la STC Rol N° 1518-09, en que se impugnó el artículo 169 del Código Sanitario, que permite la imposición de arrestos por el no pago de multas cursadas por el Instituto de Salud Pública. Para ello, el Tribunal tuvo en consideración que “(...) no resguarda ni promueve dicha finalidad el reparado artículo 169, toda vez que por vía administrativa y sin ninguna cautela judicial previa, aun obviando que a su respecto puede existir una gestión jurisdiccional pendiente, permite consolidar irremediamente una pena privativa de libertad, hasta por hechos –agrégase ahora– de ínfima magnitud y en los que puede no haber mediado ni siquiera culpa del infractor” (considerando 29°).

b) Imposibilidad de cumplir con la obligación de indemnizar y consecuente pérdida del beneficio de la libertad vigilada (Ley 18.216)

Otro caso en que se alegó la eventual vulneración de la prohibición de prisión por deudas fue el que involucró a los artículos 17, letra d); y 19 de la Ley 18.216.

¹¹⁸ El Tribunal se esfuerza, sin dudas, en caracterizar al arresto como una “limitación de la libertad personal” (considerando 17°), o como “restricción o limitación a la libertad personal” (considerando 18°); a la vez que acude a las sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en que quedó perentoriamente claro algo diferente, esto es, que se trata de una privación de tal libertad (como se desprende del propio considerando 17°). Nos parece más benigna con la posición asumida por los ministros que estuvieron por acoger el requerimiento en la STC Rol N° 1006-09 (22 de enero de 2009), quienes allí sostuvieron que “(...) un arresto hasta por 15 días, renovable, es, a no dudarlo, una restricción severa a la libertad personal. La persona sometida a un arresto ve impedido su derecho a residir y a permanecer en el lugar de su elección y a trasladarse en el territorio de la República. Su libertad queda sometida al confinamiento carcelario y a sus severas reglas” (considerando 12° del voto por acoger el requerimiento). En todo caso, los ministros que suscriben tales afirmaciones no fundan su decisión en la infracción de la prohibición de prisión por deudas, sino en la existencia de medios menos restrictivos de la libertad para el logro del objetivo perseguido, esto es, en este caso, en entero de los impuestos debidos en arcas fiscales.

Como se sabrá, esta ley establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, que establecen respectivamente la posibilidad de que el tribunal, al conceder el beneficio de la libertad vigilada, imponga como condición la satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas; y la facultad del juez de revocar el beneficio ante el incumplimiento¹¹⁹.

Los hechos que motivan la presentación son, en esencia, los siguientes: el requirente de inaplicabilidad había resultado condenado por el delito de manejo de vehículos motorizados en estado de ebriedad, causando muerte (artículos 115 A y 196 E, inciso tercero, de la Ley 18.290), por lo que se le impuso la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, a las accesorias legales, al pago de una multa a beneficio fiscal, a la suspensión de la licencia para conducir vehículos motorizados, y al pago de una indemnización de perjuicios a los afectados del delito, la que se fijó en cincuenta y cinco millones de pesos. Cumpliéndose los requisitos legales, se le benefició con la libertad vigilada, la que estima en peligro de ser revocada como resultado de la imposibilidad de pagar la indemnización de perjuicios a los afectados. Estima, en definitiva, que de verificarse esta eventualidad, se vulneraría la prohibición de prisión por deudas consagradas en los instrumentos internacionales que ya hemos señalado, prohibición que –en su concepto– comprende en general toda deuda, independiente de su fuente generadora. Por lo menos, comprendería toda deuda civil, independientemente de si se origina por responsabilidad contractual o extracontractual, como en la especie.

Por su parte, el Ministerio Público respondió, apoyándose en el precedente sentado por el Tribunal, que la mentada prohibición dice relación sólo con obligaciones contractuales, lo que no corresponde a la naturaleza de la obligación indemnizatoria.

El requirente agrega que la norma podría vulnerar la igualdad ante la ley, que manda dar un trato diferente a quienes se hallan en diferentes situaciones. Esta violación ocurriría –según el requirente– porque imponen, de la misma forma, a todo sentenciado, sin atender a sus capacidades económicas, la obligación de satisfacer la indemnización civil, costas y multas. Según esta disposición, los que tienen mayor capacidad económica para satisfacer las condiciones impuestas pueden mantener el goce de la libertad vigilada, y quienes no, perderán tal beneficio. El Ministerio Público, por su lado, señala que en este caso la igualdad se refiere a todos los que estén en la posibilidad de ser beneficiados con la libertad vigilada, los que se someten a un mismo estatuto en lo relativo a las causales que permiten su revocación. Además, la ley contempla la posibilidad de que se exima

¹¹⁹ Art. 17: “El tribunal al conceder el beneficio impondrá las siguientes condiciones al reo: d) Satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia, de acuerdo con lo establecido en la letra d) del artículo 5º”. Art. 19: “El quebrantamiento de algunas de las condiciones impuestas por el tribunal o la desobediencia grave o reiterada y sin causa justa a las normas de conducta impartidas por el delegado, facultarán al tribunal, sobre la base de la información que éste le proporcione en conformidad con el artículo 23, para revocar el beneficio, en resolución que exprese circunstanciadamente sus fundamentos. (Inc. 2º) En tal caso, el tribunal dispondrá el cumplimiento de las penas inicialmente impuestas o su conversión, si procediere, en reclusión nocturna”.

al beneficiado del cumplimiento de alguna de las condiciones por impedimento justificado, lo que debe discutirse en la instancia respectiva.

El Tribunal decide desechar el requerimiento en lo relativo al artículo 17 letra d), por ya haberse aplicado éste; y se refiere al fondo sólo respecto de artículo 19, el que podrá aplicarse en la audiencia en que se discutirá el incumplimiento de las condiciones por parte del requirente. Sobre éste, el Tribunal señala nuevamente que la prohibición internacional de la prisión por deudas –específicamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos– tiene por fin “prohibir que una persona pueda sufrir privación de libertad *como consecuencia del no pago de una deuda*. Lo prohibido es que la conducta de no pagar una obligación pecuniaria sea tratada jurídicamente como causa de una sanción privativa de libertad” (destacado en el original). Y luego agrega que en la especie, no es el incumplimiento el que pone en peligro al requirente de sufrir privación de libertad, “sino que la causa de su eventual pérdida de libertad es la comisión de un delito (...)”¹²⁰. Y continúa, en la misma consideración, señalando que “el legislador no ha dispuesto que se encarcele a una persona por no pagar una deuda, que es la conducta prohibida por la norma del derecho internacional invocada, sino que ha establecido una condición para que a la persona condenada por un delito pueda concedérsele o mantener el goce del beneficio de cierta libertad”.

Luego, el Tribunal se hace cargo de un problema que surge de la estrecha relación que establece entre el delito y la indemnización a que se condena –condición para mantener el beneficio–, que es la evidente distinta naturaleza de ambas. Es decir, que a primera vista, aparece que mientras la responsabilidad penal que surge del delito (y que pone al condenado en situación de sufrir una pena privativa de libertad) es bien distinta de la responsabilidad extracontractual (y, por ello, civil) que se concretiza en una obligación de indemnizar perjuicios, y cuyo incumplimiento puede derivar precisamente en la revocación de un beneficio. Dice el Tribunal sobre ello que “[A]un reconociendo las diferencias de naturaleza entre la pena y la responsabilidad civil que derivan de los delitos, esta Magistratura no comparte que tal distinción pudiera servir para concluir que se ha afectado la prohibición de prisión por deudas. En efecto, la diferente naturaleza de ambas podría llevar a formular una crítica de mérito a la norma impugnada, en cuanto sujeta la vigencia de un beneficio, que persigue un fin resocializador, a una condición que no dice relación con la gravedad del delito, la conducta reprochable del responsable o el pronóstico de su comportamiento futuro”. Y agrega luego que, aun aceptando estas críticas, no le corresponde a esa Magistratura evaluar el mérito o conveniencia de la opción legislativa¹²¹. “La contradicción alegada, aunque fuera efectiva, transforma la norma impugnada en incongruente con la finalidad de la ley, pero no en inconstitucional”. En este punto podría surgir un problema, pues la constatación de que el incumplimiento en la satisfacción de la indemnización tiene poco que ver con las consecuencias del delito y el fin resocializador de la pena, pone de manifiesto su carácter netamente civil, aunque no contractual.

¹²⁰ Ambas citas, del considerando 13°.

¹²¹ Considerando 17°.

Por otra parte, y sobre la alegación hecha fundada en la igualdad ante la ley, el Tribunal señala que la igualdad no exige siempre un trato igualitario, y que permite trato diferenciado, siempre que éste no sea arbitrario (considerando 22°). Y este principio, aplicado a las indemnizaciones de perjuicios, resulta en que no atender a las condiciones económicas del autor del daño, para determinar la cuantía de la misma, es razonable, pues la indemnización dependerá justamente de los perjuicios producidos (considerando 23°). Por lo demás, la ley contempla un momento procesal en que se puede prescindir de la obligación indemnizatoria para efectos de las condiciones para mantener la libertad vigilada, sin perjuicio de que se persigan según las reglas generales (artículo 5°, letra d).

V. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LOS DELITOS Y LAS PENAS

1. LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO. CRITERIOS PARA LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La importancia del principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales surge de la constatación de que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho puede ser limitado. Pero este principio no busca la limitación de los derechos, sino precisamente al revés, pretende dar pautas para el control de sus límites. “En esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos”¹²². Según ALDUNATE LIZANA, este principio junto con la reserva legal en materia de derechos fundamentales y la garantía de su contenido esencial, conforman lo que se ha denominado “límites a los límites” que puede establecer el Estado al ejercicio de tales derechos¹²³.

En este contexto, es que se ha desarrollado por los tribunales constitucionales, la doctrina del principio de proporcionalidad, que señala que la intervención limitativa de la ley sobre derechos fundamentales es válida si cumple con a lo menos tres requisitos, que pueden ser evaluados por la jurisdicción constitucional al momento de decidir sobre la conformidad de tal ley con la Constitución política¹²⁴. Estos tres requisitos son: primero, que la limitación constituya un medio idóneo para el fin perseguido por el legislador; segundo, que sea además necesaria; y, tercero, que entre los sacrificios y los beneficios perseguidos exista proporcionalidad, en sentido estricto.

La idoneidad implica que la medida limitativa debe ser apta para cumplir la finalidad que se le encomienda. Con ello se pretenden excluir aquellas limitaciones que resultan indiferentes o contraproducentes a la finalidad perseguida.

La necesidad consiste en que el legislador debe elegir entre las múltiples opciones de herramientas de que dispone para lograr el fin que persigue, la que re-

¹²² CARBONELL (2008), pág. 10.

¹²³ ALDUNATE LIZANA (2008), pág. 256 y siguientes.

¹²⁴ Vid. de nuestro Tribunal Constitucional STC Rol 541, considerandos 15 y 16; STC Rol 519, considerando 19; y las sentencias allí mencionadas. Del Tribunal Constitucional Español, STC 66/1995; STC 55/1996; STC 207/1996, entre otras. Del Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE 19, 342 [348]; BVerfGE 90, 145; BVerfGE, 75, 108 [154 y siguientes], entre muchas otras.

sulte menos limitativa de los derechos. En otras palabras, la necesidad consiste en que no tenga el legislador formas menos gravosas para el logro de sus objetivos. “De los diversos medios posibles, habrá de optarse por aquel que implique una menor restricción en la esfera jurídica de los afectados, esto es, que no impongan un sacrificio claramente innecesario por no existir otra alternativa menos gravosa que puede satisfacer igual objetivo”¹²⁵.

Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la relación proporcional que debe existir entre la limitación establecida y el beneficio obtenido con ella. Dicho de otra manera, “el principio de proporcionalidad en sentido estricto intenta determinar si el sacrificio del derecho fundamental se encuentra en una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés que se trata de proteger”¹²⁶.

Según el propio ALDUNATE LIZANA, en nuestra Constitución se pueden hallar normas que consagran el principio de proporcionalidad. Primero, esta recepción sería consecuencia necesaria de la servicialidad del Estado establecida en el artículo 1º, que implicaría “un principio general de limitación para las cargas que las autoridades puedan imponer a los particulares”. En segundo lugar, aunque limitado a los derechos que emanan de la naturaleza humana, el principio de proporcionalidad se derivaría del deber de promoción que tiene el Estado respecto de aquéllos, al tenor de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5º. “En efecto, si el Estado no sólo debe respetar, sino promover dichos derechos, resulta indiscutible la necesidad de incorporar este deber de promoción, como elemento normativo, en su consideración de medios y fines”. Y agrega, “la citada disposición constituye el deber de promoción como un fin dentro de toda actividad estatal, de tal modo que, al disponer de sus medios, el Estado no puede sino elegir aquellos que provoquen el menor menoscabo a los derechos, de tal forma de cumplir con dicho imperativo”¹²⁷. Finalmente, también apoyaría su tesis la interdicción de la arbitrariedad que se establece en los artículos 1º, inciso cuarto; 19 Nº2; y, en términos generales, del artículo 20.

2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA INTERVENCIÓN PENAL. IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD (EN SENTIDO ESTRICTO) DE LA TUTELA PENAL

Todo lo dicho hasta ahora sobre el principio de proporcionalidad, como “límite de los límites” a que pueden someterse los derechos fundamentales tiene una proyección en el ámbito penal. Esto es así porque las sanciones penales –y en cierto sentido el Derecho penal en su totalidad–, no son sino limitaciones a los derechos, precisamente de aquellos sujetos que son objeto del ejercicio del *ius puniendi* estatal¹²⁸. Por ello, respecto de las leyes penales puede hacerse el mismo enjuiciamiento que respecto de otras medidas legislativas: verificar la idoneidad de la medida adoptada, su necesidad, y su proporcionalidad en sentido estricto.

¹²⁵ PERELLO DOMENECH (1997), pág. 70.

¹²⁶ NARANJO DE LA CRUZ (2000), págs. 108-109., citado en ALDUNATE LIZANA (2008), pág. 265.

¹²⁷ ALDUNATE LIZANA (2008), pág. 265 y 266.

¹²⁸ Cfr. MERA FIGUEROA (1998), pág. 95.

Así, podemos decir que una norma penal será idónea si la conducta que pretende desincentivar o estimular, es apta ya para poder afectar el bien jurídico que se pretende proteger, ya para ponerlo a salvo (en el caso de los delitos de omisión). Por ello es que el juicio de proporcionalidad (en sentido amplio) exige también que la conducta sancionada sea lesiva, descartándose con ello la conminación penal dirigida contra conductas que no afectan –ni ponen en peligro–, bien jurídico alguno. ¿Qué idoneidad podría predicarse de una medida destinada a no cambiar en nada la realidad del bien jurídico que se quiere tutelar? Pero no sólo deberá afirmarse la idoneidad respecto de la conducta prohibida, sino que también respecto de la pena con que se quiere evitar su realización¹²⁹. Esto significa, que se debe evaluar el efecto que tiene la sanción establecida por la ley penal, en los objetivos que atribuye a la pena el propio constituyente. Así, una Constitución que pone como punto central de la pena la “resocialización” del delincuente, determinará que la evaluación de idoneidad se refiera especialmente a la aptitud de la pena para lograr la rehabilitación del autor. En cambio, una Carta orientada a asignar a la pena un fin social como la prevención general, determinará que tal evaluación se refiera a la aptitud de la pena para intimidar a la población.

Verificada la idoneidad de la norma penal en los dos sentidos propuestos, deberá evaluarse su necesidad, que, como ya dijimos, implica que no exista una medida menos gravosa para los derechos fundamentales que pueda cumplir el fin perseguido. Nuevamente, este juicio debe hacer en dos sentidos. Primero, la intervención penal debe limitarse a aquellas conductas cuya sanción baste para proteger el bien jurídico. Esto significa, por ejemplo, que si es suficiente protección la tipificación de conductas dolosas, deberá descartarse el castigo de las culposas; o, si basta con la protección otorgada por un tipo de peligro concreto, que no se tipifique además uno de peligro abstracto. En segundo término, la necesidad de la sanción se refiere a la búsqueda de castigos alternativos a la pena. Ya no se trata de que la sanción efectivamente tenga un efecto preventivo, sino que éste se logre con el castigo menos gravoso posible.

Finalmente, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto es la ponderación que se hace del detrimento establecido en la esfera de libertad de los sujetos, con los beneficios obtenidos por la imposición de la medida. Esta valoración se hace teniendo en cuenta por un lado la gravedad del hecho –cuya represión viene a ser el beneficio obtenido–, y por otro, la gravedad de la pena –que es una limitación de los derechos fundamentales de los sujetos destinatarios de la norma–.

Es así que se llega a la tradicional definición del principio de proporcionalidad en materia penal, como “adecuación o correspondencia que debe existir entre la gravedad del hecho y la reacción penal que ella suscita”¹³⁰, o como “adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos”¹³¹. Según MIR PUIG: “[S]ignifica que la gravedad de la pena o de las medidas de seguridad debe hallarse en relación con la gravedad del hecho cometido o la peligrosidad del sujeto, respec-

¹²⁹ Para una explicación más detallada, Vid. LOPERA MESA (2008), pág. 275 y siguientes.

¹³⁰ MERA FIGUEROA (1998), pág. 94

¹³¹ FUENTES CUBILLOS (2008), pág. 19

tivamente”¹³². Esta concepción, limitada a la pena –y, que excluye tanto el juicio de idoneidad como de necesidad de la intervención penal–, bien podría reemplazarse por una más amplia, que la comprenda junto con otros aspectos relacionados con los beneficios y costos propios de la intervención penal¹³³.

3. PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO. CORRESPONDENCIA ENTRE LOS DELITOS Y LAS PENAS

Como acabamos de señalar, este principio exige una adecuación o correspondencia entre la gravedad del hecho y la pena. GARRIDO MONTT enseña al respecto que: “[L]a proporcionalidad se refiere a la reacción del Estado frente al delincuente y su hecho, y ofrece interés tanto para determinar la naturaleza de la reacción como su forma”. Y agrega, “[L]a sanción debe ser proporcionada a la gravedad del hecho, a las circunstancias individuales de la persona que lo realizó y a los objetivos político-criminales perseguidos”¹³⁴. DURÁN señala que la exigencia de proporcionalidad en la pena se relaciona también con el fin retributivo de la pena y la igualdad en la aplicación del Derecho, como lo ha planteado la Corte Suprema al resolver que “el principio de igualdad en la determinación objetiva de la responsabilidad penal, conforme al cual la sanción debe ser el resultado de la determinación de criterios generales, evitando distorsiones y tratamientos discriminatorios e injustificados para diversos sujetos en igualdad de condiciones (...), ha de determinar la necesidad de un castigo proporcional y condigno con los hechos”¹³⁵.

4. DISCUSIÓN EN TORNO A LA CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO

Como fuere, el primer problema que surge al abordar este principio y su tratamiento por el Tribunal Constitucional es el que se refiere a su consagración en la Carta Fundamental. Y tal como sucede con otros principios que hemos tratado, lo primero que podemos afirmar es que no hay ninguna disposición que establezca expresamente la exigencia de proporcionalidad de las penas.

Ahora bien, que la Constitución no proclame de forma explícita este principio de debe hacer suponer que no lo asegura implícitamente. A tal conclusión han llegado tanto el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG), como el Tribunal Constitucional español. La jurisprudencia del primero lo estima comprendido dentro de la idea del Estado de Derecho¹³⁶, señalando que de éste “se deriva para el Derecho penal que la pena con que se amenaza ha de encontrarse en una relación justa con la gravedad del hecho y con la culpabilidad del autor (...) no debe ser ni desproporcionada ni inhumana (...) Una ley penal que contravenga esto, no podría formar parte de un orden constitucional”¹³⁷. El Tribunal Constitu-

¹³² MIR PUIG (2003), pág. 141.

¹³³ NAVARRO FRÍAS (2010), pág. 36 y siguientes.

¹³⁴ GARRIDO MONTT (2003-I), pág. 49.

¹³⁵ SCS Rol N° 5019-2006, de 20 de diciembre de 2006, citada en DURÁN (2009), pág. 14.

¹³⁶ Cf. ROXIN (1997), PÁG. 106.

¹³⁷ BVERFGE 6, 389. Citado por RAMOS TAPIA y WOISCHNIK (2001), pág. 148.

cional de España, por su lado, lo ha derivado de otros principios constitucionales expresos. “Así, se vincula con el precepto constitucional que configura a España como un Estado de Derecho que propugna la justicia como valor superior de su ordenamiento (art. 1 CE) y con el que establece la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes con fundamentos del orden público y la paz social (art. 10 CE). También se ha vinculado el principio de proporcionalidad con el de legalidad (art. 25 CE) por parte de algunos autores y, de forma aislada, por la STC 136/1999. En cualquier caso, sea cual fuere el precepto constitucional al que se vincule, el rango constitucional del principio de proporcionalidad ha sido afirmado en reiteradas sentencias por el Tribunal Constitucional, quien se ha pronunciado sobre su contenido y alcance”¹³⁸.

Por lo anterior, cabe preguntarnos si se puede sostener un argumento similar entre nosotros. Nuestra opinión es positiva, ya que el discurso de los tribunales que señalamos gira en torno a nociones como el Estado de derecho y la dignidad de la persona humana, que son comunes también a nuestra Carta Fundamental. Por lo pronto, tanto la Constitución española como la chilena tienen a la dignidad como principio rector: la una como “fundamento del orden político y de la paz social”; y la otra, como “base de la institucionalidad”¹³⁹.

Por otro lado, MERA señala que la exigencia de proporcionalidad se puede deducir no de la Carta Fundamental, sino de la normativa internacional sobre derechos humanos. “En efecto, la proporcionalidad referida es una consecuencia de que las limitaciones a los derechos humanos –y las penas lo son– deben ser las necesarias en una sociedad democrática. Obviamente, una reacción penal desproporcionada no es necesaria para conseguir el fin que se trate –la protección del correspondiente bien jurídico– y mucho menos en una sociedad democrática”¹⁴⁰. Agrega ese mismo autor que la proporcionalidad también puede entenderse comprendida implícitamente en la prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, pues una pena desproporcionada “constituye un trato cruel, inhumano y degradante”¹⁴¹, en el mandato de que la pena de muerte procede sólo para los delitos más graves, y en la jerarquía natural de los bienes jurídicos, hecha tanto por el legislador como por el propio constituyente¹⁴².

¹³⁸ RAMOS TAPIA y WOISCHNIK (2001), págs. 148-149., en que se señalan, al efecto, las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional español: STC 55/1996, 161/1997 y 136/1999.

¹³⁹ Cfr. RÍOS (2005), pág. 91 y ss., donde sostiene que: “En ambas Constituciones –la española y la chilena– la dignidad de la persona es considerada no sólo la clave de bóveda de la arquitectura jurídico-política de ambos países sino también su orientación y su medida, así como el núcleo generador de todos los derechos humanos” (pág. 93).

¹⁴⁰ MERA FIGUEROA (1998), pág. 95. Agrega este autor que la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que “sólo son necesarias en una sociedad democrática las restricciones conducentes al logro del objetivo perseguido con la limitación, *proporcionales* con éste y que respondan a una necesidad social imperiosa” (pág. 95).

¹⁴¹ MERA FIGUEROA (1998), pág. 96.

¹⁴² Cfr. MERA FIGUEROA (1998), pág. 97 y siguientes.

5. CASOS PLANTEADOS AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

a) *Artículo 450 del CP. Castigo de la tentativa y la frustración como si el delito se hubiese consumado*

El Tribunal ha debido pronunciarse acerca de este principio a propósito de la aplicación del inciso primero del artículo 450 del Código Penal que dispone que ciertos delitos se castiguen como consumados desde que se hallen en grado de tentativa¹⁴³. Esta norma ha sido criticada por parte de la doctrina desde varios enfoques. Por un lado, se reprocha el establecer un castigo igualitario para conductas que se encuentran en grados de desarrollo distintos. Se postula que a través de la falta de proporción entre el delito y la pena, se afecta la igualdad ante la ley. Por otro lado, como ya señalamos (Vid. *supra*, Capítulo I. C.3.d) se reprocha también su incompatibilidad con la disposición constitucional que prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal, por estimar quienes sostienen esto que la norma tiene como efecto práctico el impedir que se acredite un grado de desarrollo del delito menos perfecto. Es decir, se presumiría de derecho la consumación del mismo. Finalmente, se le reprocha no describir la conducta y, por tanto, vulnerar el principio de tipicidad, al no señalar claramente en qué consiste para estos efectos la frustración¹⁴⁴.

En cuanto a la jurisprudencia de los tribunales, la Corte Suprema ha sostenido sistemáticamente que la norma que comentamos sólo contiene una regla especial de penalidad, y que no adolece de inconstitucionalidad, por lo que no cabe entenderla derogada tácitamente por la Constitución de 1980. En esto ha sido secundada por la mayoría de las Cortes de Apelaciones del país, con la excepción notable de la Corte de Apelaciones de Santiago que históricamente ha sostenido su inconstitucionalidad, su derogación tácita por la entrada en vigencia de la Constitución en 1980, y que, por tanto, se ha negado a aplicarlo por estimar que ya no es Derecho vigente¹⁴⁵.

¹⁴³ Esta norma dispone lo siguiente: “Los delitos a que se refiere el Párrafo 2 y el artículo 440 del Párrafo 3 de este título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”. Vid. Tabla N°4, en el Anexo de esta memoria.

¹⁴⁴ Vid. en lo referente al principio de tipicidad, SCA de Santiago Rol N° 31.753-99, considerando 5°. Esta sentencia aparece comentada en MEDINA JARA (2001):

“Que no se compadecería con lineamientos semejantes, cualquier norma que pretendiera aplicar la pena que la ley designa a un delito que ella describe, a un ilícito cometido en grado de frustración, sin haber definido especialmente el comportamiento de manera diversa al primero.

Es eso, sin embargo, exactamente lo que ocurre con el artículo 450 inciso primero del Código Penal, según el cual delitos de robo como los que han sido objeto del presente auto de cargos, “se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”.

Literalmente inteligido y en lo que aquí interesa, el precepto manda reprimir determinados robos frustrados, con la pena de consumados. Empero, omite toda descripción de lo proscrito, con lo cual pasa a llevar los relevantes basamentos que antes se dejó explicados y que a esta judicatura incumbe reivindicar”.

¹⁴⁵ En realidad, actualmente incluso la Corte de Apelaciones de Santiago ha comenzado a alinearse con la postura de la Corte Suprema. Sin embargo, algunas de sus salas siguen sosteniendo la postura señalada. Vid. al efecto, las SCA de Santiago Roles N° 69.399-2000 (15 de noviembre de 2000), 2122-09 (11 de septiembre de 2009).

Respecto a la supuesta infracción del principio de tipicidad, la Corte Suprema ha dicho que: “(...) debe concluirse que no es verdad, como lo pretende la defensa de ambos inculcados, en cada uno de sus recursos, que el artículo 450 inciso 1° del Código Penal se encuentre derogado tácitamente, en virtud de que contraría el principio de la tipicidad consagrado en los incisos séptimo y octavo del N°3 del artículo 19 de la Carta Fundamental (...) Agrega que todo esto se ha producido porque la Ley N° 17.727, que introdujo esa disposición en el Código Penal, no habría descrito o definido en forma especial la conducta típica de la frustración que se pretende sancionar. Como es unánimemente aceptado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la descripción de aquello en que consisten los hechos frustrados se obtiene conectando el tipo de complemento contenido en el artículo 7° inciso segundo del Código Penal, con el correspondiente tipo de consumación consagrado, sea en la parte especial del mismo texto legal, sea en una ley especial”¹⁴⁶. Y para desvirtuar que se trate de una verdadera presunción de derecho, ha buscado establecer claramente su naturaleza, de una regla especial de penalidad, que no tiene otro objetivo que hacer excepción de la regla general contenida en los artículos 51 y 52 del Código Penal.

Por nuestra parte, creemos que la infracción más palmaria radica efectivamente en la falta de proporcionalidad de la pena, pues tanto la tentativa como la frustración importan una afectación menos intensa del bien jurídico protegido, que debiese manifestarse en una disminución en la penalidad. Ésta, que es permitida por la ley por regla general, encuentra su fundamento justamente en el absurdo que plantea castigar con una misma pena a quienes han producido un resultado diverso en relación al bien jurídico que se tutela. Los reproches hechos en torno a los principios de tipicidad y de presunción de inocencia no nos parecen acertados. Por ello es que concordamos con lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en sentencia rol N° 131-2007, en que además de clarificar el problema, razona en torno a la naturaleza del artículo 450 para concluir que no vulnera la tipicidad ni la presunción de inocencia, pero que sí dispone una sanción desproporcionada, por la vía de establecer una ficción de consumación, lo que deberá solucionarse por los órganos constitucionales respectivos. Transcribimos a continuación lo esencial de ese fallo, alumbrado por la redacción del abogado integrante GUZMÁN DÁLBORA:

“QUINTO: Que, contrariamente a lo planteado por la defensa de Marín Triviño, la índole de la regla enunciada en el artículo 450, inciso uno, del Código Penal, muestra su total subordinación a los delitos de robo con violencia o intimidación y robo con fuerza en las cosas en lugares habitados o destinados a la habitación. Tal dependencia impide pensar que allí se infrinja el principio de legalidad y su precipitado técnico, el de tipicidad, como quiera que las actividades delictuosas a

¹⁴⁶ SCS Rol N° 3361-2003 (30 de septiembre de 2003), considerando 7°. En el mismo sentido, Vid. SCS Roles N° 663-05 (29 de junio de 2005), 6468-05 (29 de junio de 2005), 2430-05 (19 de octubre de 2005), 5019-2006 (20 de diciembre de 2006) y 6618-2006 (26 de marzo de 2007). También las SCA de Rancagua Rol N°199.025 (13 de noviembre de 2001), SCA de Temuco Rol N° 458-09 (16 de junio de 2009), SCA de Valparaíso Rol N° 708-07 (24 de julio de 2007), entre otras.

que accede la disposición están exhaustivamente descritas en los artículos 432, 433, 436 y 440 de dicho Código. Sostener, a su vez, que aquí se está en presencia de un régimen especial sobre determinación de la pena, como consigna el fallo en su considerando séptimo, confunde el efecto del precepto con su verdadera naturaleza jurídica. Ésta no lo incardina precisamente dentro de las presunciones de culpabilidad o de autoría. Todo razonamiento por presunciones llega al hecho ignoto, que busca despejar, tomando como base otro conocido y anudándolos con la máxima *id quod plerumque accidit* (lo que sucede más a menudo). También las presunciones que formula la ley dan por cierto aquello que suponen ser verdad, no fingen lo que desde la partida se sabe que no es, como en el presente caso.

Por ende, en el artículo en palabra se oculta una ficción de consumación. Como en toda analogía parcial, la que estampa el Código para el delito de robo asocia consecuencias jurídicas a un consciente alejamiento de la realidad, ajeno al cálculo de probabilidades que anima a las presunciones. La equiparación en orden a la penalidad de las etapas del proceso ejecutivo de la infracción, es semejante a lo que ocurre en los delitos llamados de emprendimiento, en que la ley describe *expressis verbis*, pero ahora al interior de la misma estructura del tipo, una actividad consumada junto con otra que sólo inicia la ejecución, por ejemplo, el artículo 17 de la Ley número 20.120, de 22 de septiembre de 2006, donde se castiga a quien a quien clonare o iniciare un proceso de clonar seres humanos.

SEXTO: Que, siendo cierto que disposiciones de este jaez han sido cuestionadas por la doctrina no sólo a causa de su falta de realismo, sino además en sus efectos contraproducentes, comenzando por el hecho de poder tornarse criminógenas “o sea, en una invitación a consumir la fechoría”, no es menos exacto que su eventual desproporción, con la consiguiente sospecha de inconstitucionalidad en un Estado que se proclama de Derecho, sólo puede remediarse con una reforma legislativa o, en su caso, una declaración de inconstitucionalidad que las aleje fulminante y globalmente del ordenamiento jurídico. En los sistemas que facilitan la enervación de las leyes contrarias a la Constitución a través de un control difuso cometido a cada órgano jurisdiccional, esto es factible limitadamente al asunto objeto de enjuiciamiento. Pero en el Derecho chileno, caracterizado por un rígido y centralizado control de legitimidad de las disposiciones legiferantes, la incompatibilidad de alguna de éstas con la Ley fundamental, así como con el Derecho Internacional que ella recepta, requiere que el Tribunal Constitucional las declare inaplicables a un negocio en particular o reñidas en general con la Constitución, según los artículos 93, números 6 y 7, y 94 de esta última”.

Dicho esto, pasemos ahora sí a examinar lo que ha dicho sobre este artículo el Tribunal Constitucional. Se ha pronunciado en cuatro ocasiones sobre el fondo del asunto, todas requeridas por el juez presidente de la tercera sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción. Todos estos requerimientos fueron rechazados.

En cuanto a lo que nos interesa en este momento –la proporcionalidad de los delitos y las penas–, lo que se plantea como reproche es que la exigencia de ésta se relaciona con el derecho a la igualdad ante la ley, pues la norma impugnada priva a los imputados por los delitos que ella señala de acceder a un beneficio que la ley contempla para los delitos frustrados y tentados. Así, se les aplicaría un régimen distinto, aunque se hallen en la misma situación que otros, a quienes se les permi-

tirá acceder a una pena rebajada. Esto ha sido desvirtuado por el Tribunal, por estimar que la igualdad ante la ley se refiere a todos los individuos que se hallen en la situación planteada por la misma norma, a quienes se les debe aplicar ésta sin excepción. En otras palabras, la igualdad no debe predicarse respecto de todos quienes hayan cometido un delito en grado de frustración o tentativa, sino que respecto de todos quienes hayan cometido alguno de los delitos que la norma impugnada señala en tales grados. En tal sentido, el Tribunal señaló que “la igualdad consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes”¹⁴⁷. Luego agrega que en el caso *sublite*, “la calidad de personas que se encuentran en las mismas circunstancias la constituyen aquellas acusadas de cometer en grado de tentativa o frustración algunos de los tipos señalados en el artículo 450 del Código Penal y no las que han cometido otros ilícitos en etapa imperfecta de desarrollo y que en virtud de ello pueden ser beneficiadas por las rebajas de penas establecidas en los artículos 51 y siguientes del mismo Código”¹⁴⁸ (énfasis en el original).

Una visión distinta se ofrece en las prevenciones estampadas en los casos antedichos (STC Roles N° 787-07 y 797-07), en que se admite que la regla del artículo 450 del Código Penal constituye una diferencia de trato hacia quienes se hallan en una situación de igualdad, como son los que han cometido un delito no consumado; pero esto no deriva necesariamente en su inconstitucionalidad, puesto que lo que la Constitución proscribe son las discriminaciones arbitrarias, cuyo no es el caso del artículo que tratamos por existir razones que justifican un trato más riguroso en los delitos que la norma comprende¹⁴⁹. Esta posición pasará a ser mayoritaria en las STC Roles N° 825-07 y 829-07¹⁵⁰.

Relacionado con ello, es que debemos destacar que el Tribunal parte de la base de que la norma impugnada, por ser una regla de penalidad, es parte de la

¹⁴⁷ STC Rol N° 787-07, considerando 19°.

¹⁴⁸ STC Rol N° 787-07, considerando 20°; STC Rol N° 797-07, considerando 20°;

¹⁴⁹ Vid. los considerandos 2° y 3° de la prevención, en que se consignó lo que sigue:

“SEGUNDO. Que, por los motivos que razona el Tribunal requirente, resulta necesario concluir que efectivamente, por aplicación de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 450 del Código Penal, el legislador establece una diferencia gravosa para los responsables de ciertos delitos contra la propiedad que quedaren en etapa de tentativa o resultaren frustrados, ya que, a diferencia de lo que ocurre en la generalidad de los restantes delitos, se les castiga como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa. De ese modo, y en virtud del precepto legal impugnado, a los responsables de los delitos especificados en él, no les beneficia la reducción de las penas que, como regla general, contemplan los artículos 51 y siguientes del mismo Código Penal, para aquellos que no llegan a consumarse;

TERCERO. Que la existencia de un trato diferente para una cierta categoría de delitos no es suficiente para concluir que ello es contrario a la Carta Fundamental, pues ésta no prohíbe establecer diferencias, sino que hacerlo arbitrariamente, esto es, careciendo de fundamento razonable que pueda justificarlas”. En las consideraciones posteriores de la prevención, se afirma la razonabilidad de la discriminación, destinada a lograr fines que el legislador puede trazarse.

¹⁵⁰ Vid. considerando 17° y posteriores de ambas sentencias, en que se reproducen casi exactamente las afirmaciones vertidas en la prevención ya anotada.

política criminal que el legislador puede articular soberanamente. Las penas que puede establecer el legislador ciertamente están limitadas por principios como la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes; mas, “dentro de tales marcos, se entiende como tolerable la fijación de sanciones de acuerdo a los fines de convivencia establecidos por los órganos legítimos y a los efectos de que su mayor severidad o laxitud, según el caso, resulte más eficaz en el logro de los propósitos propuestos”¹⁵¹.

Como se ve, en estos requerimientos el Tribunal no se ha referido propiamente al problema de la proporcionalidad de las penas como una exigencia impuesta autónomamente por la Carta Fundamental, sino que la ha analizado como una manifestación de la igualdad ante la ley. Por ello, es comprensible su posición, pues desde esta perspectiva efectivamente no hay una incompatibilidad con las disposiciones constitucionales, según el razonamiento que el propio Tribunal elabora.

Este estado de cosas ha variado sutilmente con la dictación de la STC Rol N° 1518-09 (21 de octubre de 2010), que en un breve considerando parece afirmar que la exigencia de proporcionalidad entre delitos y penas se deriva del derecho a un procedimiento racional y justo¹⁵². Sin duda, esta postura necesita aún desarrollo, y acaso derive en una posición más protectora de los derechos de los ciudadanos, que por fin aleje las sanciones desproporcionadas –con tal que esa desproporción sea apreciable–. También puede ser que el Tribunal sólo haya acudido a esta noción para efectos de encontrar un basamento dogmático a dicha exigencia, pero en su análisis permanezca atado a la premisa de que no toda discriminación está prohibida, sino sólo la que no se halla fundada en fundamentos racionales, dejando convertido el derecho a la pena proporcional en uno que sólo operará ante sanciones groseramente excesivas, como una tímida prohibición de exceso.

¹⁵¹ STC Rol N° 787-07, considerando 9°; STC Rol N° 797-07, considerando 9°; En el mismo sentido, sostuvo en una sentencia de inadmisibilidad (STC Rol N° 530-2006), que: “las penas en el sistema chileno las fija el legislador”, que “8°. (...) en la especie lo que el legislador decidió, en uso de sus atribuciones, es aumentar la pena del delito de robo con intimidación, aplicándole al participante la pena del delito consumado aun cuando se ha demostrado que sólo llegó al grado de tentativa; 9°. Que, por lo tanto, el legislador actuó dentro del marco de la reserva legal y no se divisa la infracción constitucional que pretende el requirente, lo que no posibilita una acción razonablemente fundada (...)”.

¹⁵² STC Rol N° 1518-09, considerando 28°. “Que el derecho a un procedimiento justo y racional no sólo trasunta aspectos adjetivos o formales, de señalada trascendencia como el acceso a la justicia de manera efectiva y eficaz, sino que también comprende elementos sustantivos de significativa connotación material (rol N° 437, considerando 14°), como es –entre otras dimensiones– garantizar la proporcionalidad de las medidas adoptadas en su virtud. Esto es, en los procesos punitivos, que exista una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada”.

VI. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD (*NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE CULPA*)

I. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA CULPABILIDAD, SU IMPORTANCIA, Y FUNDAMENTOS

La culpabilidad en un requisito esencial para que la conducta que ha sido valorada como típica y antijurídica se convierta en delito, de modo que deba aplicársele al autor la pena prevista por el ordenamiento jurídico. Mientras tipicidad y antijuricidad se determinan por un examen descriptivo y objetivo¹⁵³, respectivamente, la culpabilidad responde a un juicio subjetivo, dirigido a establecer un reproche al autor “que podía obrar diversamente y optó por la conducta prohibida”¹⁵⁴.

Los fundamentos sobre los que descansa el concepto de culpabilidad han sido largamente discutidos por la doctrina penal. Especialmente álgido ha sido el debate centrado en el presupuesto material de la culpabilidad, que es la posibilidad de obrar de modo diverso. Mientras que para algunos el obrar humano constituye un ejercicio de libertad (esta es la posición mayoritaria de la doctrina penal nacional), de forma que no se puede separar ésta de la voluntad que se reprocha¹⁵⁵; para otros la conducta humana responde a un determinismo, provocado por un conjunto de factores que “obran como causas necesarias de ellas en cuanto a su sentido y dirección”¹⁵⁶. Esto conlleva que no puede hacerse un reproche por no haberse comportado de otra forma, a quien no estaba en tal posibilidad¹⁵⁷.

En todo caso, la discusión se ha mantenido en torno a problemas que ROXIN califica como metajurídicos¹⁵⁸, y en general, la doctrina penal está de acuerdo

¹⁵³ JIMÉNEZ DE ASÚA (1997), pág. 352.

¹⁵⁴ POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA (2004-PG), pág. 243

¹⁵⁵ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN (1997), pág. 317., reproducen lo expuesto por CARRARA en su *Programma di Diritto Criminale*: “La libertad es un atributo indispensable de la voluntad, de manera que ésta no puede existir sin aquella, del mismo modo que no puede haber materia sin gravedad”. Y con posterioridad, “La libertad de elegir, como potencia abstracta del ánimo, no puede quitarse nunca al hombre. Hasta que cae desde una altura, mientras cae y sabe que cae, no quisiera caer. La libertad como idea le queda aún, pero le está impedida la realización de la idea”.

¹⁵⁶ NOVOA MONREAL (1960 [ed.2005]), pág. 405.

¹⁵⁷ El positivismo negó la existencia del libre albedrío que subyace al concepto de culpabilidad en el sentido aquí explicado y sostuvo, en cambio, que el delincuente no podía obrar de otra forma. Se trataría de un sujeto determinado al delito (por razones psíquicas que lo hacían fácilmente reconocible incluso a la vista), al que no puede hacerse un reproche propiamente tal. De ahí que la *Scuola positiva* postulara la inutilidad de la pena en tanto castigo, y propusiera su reemplazo por medidas de seguridad destinadas a conjurar la peligrosidad del delincuente, concepto éste –el de peligrosidad– que estaba en el centro de la teoría del delito. Vid. POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA (2004-PG), pág. 31. En el mismo sentido, “Ahora bien, planteado que la justicia penal no se asienta en el individuo y el libre albedrío, sino en la defensa social, el criterio para ponderar las medidas represivas que se tomen en dicha defensa no podrá ser, pues el de la culpabilidad, sino el de la peligrosidad, esto es, la capacidad para delinquir, o lo que es lo mismo, la probabilidad de repetición de otras acciones delictivas, lo que a su vez implica tener en cuenta, por una parte, la temibilidad del sujeto y, por otra, su readaptabilidad social”. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN (1997-II), pág. 318.

¹⁵⁸ Cfr. ROXIN (1981), pág. 147.

en cuanto a la necesidad de la vinculación subjetiva del autor para legitimar la imposición de la pena –persistiendo el debate sobre la “idea de culpabilidad”¹⁵⁹–, por un lado; y la admisión de que el hombre es capaz de evitar el delito, determinando su conducta, por otro¹⁶⁰. Dice al respecto BACIGALUPO: “Sin embargo, sería erróneo creer que la discusión en torno a la idea de reprochabilidad o, lo que es lo mismo, a la fundamentación de la responsabilidad en la libre determinación del autor (sea ésta real o supuesta), tiene tanta trascendencia práctica que quienes niegan el libre albedrío, como premisa metafísica de la responsabilidad penal, rechacen también las *consecuencias* que por lo general se vinculan con el principio de culpabilidad”. Por estas razones es posible afirmar que en la ciencia penal actual existe acuerdo respecto a la vigencia de las consecuencias del principio de culpabilidad, aunque no se verifique respecto de su fundamentación¹⁶¹.

Actualmente, en el derecho comparado se considera que el principio de culpabilidad encuentra su consagración definitiva en los derechos fundamentales de las personas y en los principios constitucionales básicos del Estado de derecho. BACIGALUPO, recuerda al efecto lo sostenido por el Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG): “El principio del Estado de derecho es uno de los más elementales principios de la Ley Fundamental. Dentro de él se encuentra no solamente la seguridad jurídica sino también la justicia material. La idea de la justicia requiere que el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica estén en una proporción justa recíproca (...) Con la pena, inclusive con la contravencional, se formula un reproche al autor. Tal reproche jurídico-penal presupone reprochabilidad, es decir, culpabilidad. De otra manera la pena sería una retribución incompatible con el principio del Estado de derecho respecto de un suceso por el que el afectado no tiene por qué responder. La sanción jurídico-penal, o de naturaleza similar, de un hecho no cometido culpablemente por el autor es contraria al Estado de derecho y lesiona al afectado en su derecho fundamental emergente del artículo 2º.1 de la Ley Fundamental”¹⁶². Este principio, expresado en la fórmula *nulla poena sine*

¹⁵⁹ ROXIN (1981), pág. 147.

¹⁶⁰ “Hoy la tendencia más generalizada es declarar que la cuestión relativa a la libertad del querer es de índole filosófica y que el Derecho Penal debe prescindir de ella y adoptar bases de carácter empírico. Con ello se excluye del campo de nuestra disciplina la referida controversia y simplemente se parte del hecho de que el individuo puede y debe tomar la norma jurídica y su sanción como motivos suficientes para no realizar conductas delictuales. Así, para los fines prácticos, se admite por todos que el hombre puede evitar los hechos antijurídicos y determinarse por las exigencias del Derecho, con lo cual se reconoce la libertad de decidir entre el respeto de las normas jurídicas o el delito”. NOVOA MONREAL, 1960 [ed.2005], pág. 407. En un sentido similar, ROXIN (1997), pág. 807, quien luego de señalar que la polémica entre libre arbitrio y determinismo se basa en tesis indemostrables, se pronuncia por entender la culpabilidad como “actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa”, siendo ésta una especie de suposición de libertad, que “El indeterminista interpretará (...) como empíricamente acertada. Pero asimismo podrán aceptarla el agnóstico que se declara desconocedor de la existencia o no de libre albedrío (como tal se confiesa el autor del libro en este punto) y el determinista. Pues la misma no dice que el sujeto pudiera efectivamente actuar de otro modo –lo que precisamente no podemos saber–, sino sólo que, cuando exista una capacidad de control intacta y con ella asequibilidad normativa, se le **trata como libre**” (*destacado en el original*).

¹⁶¹ BACIGALUPO (1999d), pág. 138.

¹⁶² BACIGALUPO (1999d), págs. 145-146.

culpa, se afirma como uno de los límites fundamentales del *ius puniendi* estatal, y que se concretiza, en tres exigencias fundamentales para que pueda imponerse la pena: la vinculación subjetiva del autor a título de dolo o culpa –lo que excluye la responsabilidad objetiva–, la debida proporcionalidad de la pena con la culpabilidad; y que la evaluación de ésta se haga respecto del acto delictuoso y no respecto de la persona del delincuente (culpabilidad de acto, por oposición a la culpabilidad de autor en que se responde por el estado, la personalidad o la condición de vida)¹⁶³.

2. EL PROBLEMA DE SU CONSAGRACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1980

En nuestro ordenamiento constitucional se plantea la problemática relativa a la consagración constitucional del principio de culpabilidad. Al igual que el principio de legalidad penal –y, en realidad como todos los principios que limitan el ejercicio del *ius puniendi*–, la recepción del principio de culpabilidad en el texto constitucional importa para efectos de verificar la conformidad de la ley penal a las bases establecidas por él. Específicamente, la ley deberá someterse, si se estima que el principio está recogido en la Carta Fundamental, según BACIGALUPO, a las siguientes exigencias: “que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de la antijuricidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del derecho (imputabilidad), de una situación normal para la motivación del autor (exigibilidad). Asimismo, en el momento de la individualización de la pena, el principio

¹⁶³ Vid. NÁQUIRA RIVEROS, IZQUIERDO, VIAL, & VIDAL (2008), pág. 14., También, NOVOA MONREAL, (1960 [ed.2005]), pág. 403 y 410: “Repugna a la conciencia jurídica de nuestros días toda imposición de sanción penal por un hecho que no sea expresión de una actitud psíquica reprobada por las normas jurídicas; por ello se afirma que ‘no hay pena sin culpabilidad’”; BACIGALUPO (1999), pág. 138. POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA (2004), pág. 247 y siguientes, desarrollan el tema distinguiendo entre consecuencias de la exigencia de la culpabilidad en la teoría del delito y otras funciones del concepto de culpabilidad. Entre las primeras ubican: la exclusión de la responsabilidad objetiva, el rechazo de la culpabilidad de autor, la aceptación de la eximente de caso fortuito junto a la proscripción del *versari in re ilícita* y la necesaria reinterpretación de los llamados delitos calificados por el resultado. Las segundas, en tanto, son la de servir como fundamento de la pena y como medida o criterio limitador de la misma. GARRIDO MONTT (2003-I), pág. 48, señala que “El principio de culpabilidad impide que se imponga un castigo al autor por el solo hecho de ‘causar’ un resultado injusto; para merecer el castigo debe cumplir con las condiciones requeridas para ser objeto jurídicamente de reproche por ese acto, y lo será cuando lo es ‘atribuible’”. Más adelante (pág. 49), agrega “Una de las manifestaciones de este principio es la presunción de inocencia. Se presume que toda persona es inocente en tanto no se acredite su culpabilidad”; la función de proporcionalidad es tratada por este autor como un principio autónomo que tiene entre varios aspectos a considerar la intensidad del reproche de la conducta a su autor GARRIDO MONTT (2003-I), pág. 49. BUSTOS y HORMAZÁBAL por su parte adhieren a las exigencias señaladas pero no a consecuencia del principio de culpabilidad, sino que como derivación del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos: “Todas estas consideraciones, de acuerdo con la sistemática seguida en estas *Lecciones* nos lleva a excluir el principio de culpabilidad pues para nosotros cada uno de sus componentes tiene distinta base o fundamento, y si se menciona aquí es simplemente por su carga y valor histórico”, posición que no deja de ser interesante, y sobre la cual volveremos más adelante. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN (1997-I), pág. 70.

de culpabilidad exige que la sanción sea proporcionada al hecho cometido”¹⁶⁴. La inconformidad de la ley penal con estas exigencias puede derivar perfectamente en su inconstitucionalidad y, como veremos más adelante, esta afirmación no es meramente retórica, sino que tiene trascendencia práctica pues existen algunas instituciones y figuras que son a todas luces reñidos con ellas. De allí que no sólo entre nosotros, sino que también en otros ordenamientos, como el español o el alemán, se hayan verificado sendas discusiones en torno a la recepción del principio en el texto constitucional, lo que en definitiva hubo de ser zanjado por la justicia constitucional respectiva.

La doctrina nacional se encuentra dividida en torno a este problema. Mientras que para algunos el principio de culpabilidad se halla recogido en la Carta Fundamental, explícitamente o implícitamente; para otros, simplemente no está contemplado, sin perjuicio de que se encuentren en la Constitución principios vinculados, como la presunción de inocencia o la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, de los que eventualmente podrían desprenderse algunas de las consecuencias del principio. En todo caso, es claro que en la Carta Fundamental no se halla ninguna norma que siquiera mencione el principio de culpabilidad.

Para KÜNSEMÜLLER, la ley penal chilena debe interpretarse con respeto al principio *nulla poena sine culpa*, que se desprendería de diversas normas constitucionales, entre las que destaca el artículo 1°, incisos primero y cuarto, en tanto estos establecen la dignidad de la persona humana y la servicialidad del Estado; éstas se hallan relacionadas con el artículo 19 N°3 que proscribe las presunciones de derecho de responsabilidad penal. También es importante la presunción de inocencia, que si bien es cierto no está consagrada en la Constitución, se halla asegurada en diversos tratados internacionales, y que constituye por tanto, una limitación al ejercicio de la soberanía, en conformidad al inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental¹⁶⁵.

Una argumentación similar ofrece GUZMÁN DÁLBORA, quien sostiene que la Constitución, pese a no consagrar *expressis verbis* el principio, por lo menos lo afirma parcialmente, teniendo para ello en consideración el ya nombrado artículo 19 N°3, que prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal. Para este autor, esta disposición proscribe la presunción de cualquiera de los elementos que conforman aquella clase de responsabilidad, entre los que se halla el juicio de culpabilidad. “Es evidente –y en contra de un conocido pensamiento que las identifica– que responsabilidad penal, o sea, la conclusión a la que se arriba luego de haberse comprobado empíricamente la concurrencia de todos los elementos del delito, no significa culpabilidad, siendo ésta apenas uno de los elementos del último y, por lo mismo, presupuesto de aquélla. Por eso es que cuando la constitución prohíbe toda presunción *iuris et de iure* de responsabilidad penal, sienta la máxima inconvencional de que ninguno de los presupuestos en que se asentará la

¹⁶⁴ BACIGALUPO (1999d), pág. 140.

¹⁶⁵ Cfr. KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER (2001a), pág. 243. Reconoce en todo caso el autor que la deducción construida es “constitucional y penalmente insatisfactoria”, y que no logra ocultar “algunas improbables excepciones al mismo, que lo niegan y le restan vigor”.

responsabilidad puede presumirse concurrir sin que se admita la prueba adversa. Pero a esta regla no es ajena la culpabilidad, en cuanto se encierra también, dentro de la voluntad objetiva de la norma constitucional, la idea de que ningún tipo penal concreto puede imputar objetivamente un resultado antijurídico a su autor haciendo inoficiosa la indagación de la mens rea: la culpabilidad, en cuanto uno de los presupuestos de la responsabilidad penal, no ha de presumirse jamás en términos absolutos, así como tampoco ninguno de sus supuestos, elementos y especies¹⁶⁶. Y concluye: “De esta suerte, una parcial aceptación del principio *nullum crimen sine culpa* en esta constitución se impone, por lo menos en lo que se refiere a la falta de validez –ergo, inconstitucionalidad– de cuantos tipos penales presuman de derecho la culpabilidad en orden a un resultado ofensivo de bienes jurídicos”¹⁶⁷.

Para MERA, por otro lado, el principio que tratamos rige para nosotros, pero no porque esté consagrado expresamente ni en la Constitución ni en los tratados internacionales sobre derechos humanos, sino porque “se deduce de estos últimos, particularmente de la exigencia en orden a que las limitaciones a los derechos humanos deben ser sólo las necesarias en una sociedad democrática”¹⁶⁸. El Derecho penal, como limitador que es de los derechos fundamentales –a la vez que limitado por los mismos–, se somete a las normas del Derecho internacional de los Derechos Humanos en cuanto a que tal limitación ha de ser necesaria¹⁶⁹. Esto permite sostener, según MERA, que es plenamente aplicable lo dicho por FERRAJOLI, en el sentido de que “la pena no sirve únicamente para prevenir los injustos delitos, sino también los injustos castigos... no tutela solamente la persona ofendida por el delito, del mismo modo protege al delincuente de las reacciones informales, públicas o privadas. En esta perspectiva, la “pena mínima necesaria” de la cual hablaron los iluministas no es únicamente un medio, es ella misma un fin: el de la minimización de la reacción violenta contra el delito. Este fin, entonces a diferencia de la prevención de los delitos, es también idóneo para indicar –por su homogeneidad con el medio– el límite máximo de la pena por encima del cual no se justifica la substitución de las penas informales”¹⁷⁰.

La posición contraria, esto es, que el principio de culpabilidad no tiene consagración constitucional en la Carta de 1980, ha sido sostenida por ETCHEBERRY, quien reconoce que, pese a que sería lo deseable, no hay norma que permita siquiera deducir una exigencia de tal naturaleza. Su argumentación, que también parte del mentado artículo 19 N°3, se funda sobre todo en estimar aplicable esta norma sólo a aquellos casos en que la ley efectivamente exige culpabilidad. “Desearíamos que así fuera pero en realidad, si bien se mira, la disposición constitucional prohíbe presumir de derecho la culpabilidad en los casos en que ésta es exigible según la ley, pero no excluye la posibilidad de una ley que establezca

¹⁶⁶ GUZMÁN DÁLBORA (1994), págs. 190-191.

¹⁶⁷ GUZMÁN DÁLBORA (1994), pág. 192.

¹⁶⁸ MERA FIGUEROA (1998), pág. 160.

¹⁶⁹ Vid. Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 32 N°2 establece que “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

¹⁷⁰ FERRAJOLI (1986), pág. 37., citado parcialmente en MERA FIGUEROA (1998), pág. 16.

casos de responsabilidad objetiva, es decir, en que la culpabilidad no se presume, sino que simplemente se prescinde de ella y se castiga un hecho haya o no culpabilidad. No hay una regla constitucional expresa que exija que siempre deba haber culpabilidad para que pueda imponerse una pena¹⁷¹.

3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO A LA CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

El asunto de la consagración del principio en la Carta Fundamental no ha sido zanjado por el Tribunal de una manera del todo satisfactoria, puesto que pese a que lo ha aplicado en diversas ocasiones, no ha abundado en el importante tema de su fundamento y consagración. En junio de 2010, dictó la STC Rol N° 1584-09, en que hubo de examinar la constitucionalidad de la aplicación de los llamados “delitos calificados por el resultado”¹⁷². En esa ocasión, el Tribunal determinó que esta clase de ilícitos deben ser interpretados en el sentido de que requieren una vinculación subjetiva del autor con el resultado, a lo menos en el grado de culpa¹⁷³. Con ello, descarta el Tribunal una interpretación que desvincule la exigencia subjetiva en el resultado, prescindiendo de la culpabilidad como requisito para el surgimiento de la responsabilidad penal. De esta manera, el Tribunal da plena aplicación al principio de culpabilidad, ligándolo a la prohibición constitucional de presumir de derecho la responsabilidad penal¹⁷⁴. Sin duda se extraña una ar-

¹⁷¹ ETCHEBERRY (2005), págs. 67-68.

¹⁷² La norma impugnada era el artículo 317 del Código Penal, que es del siguiente tenor: “Si a consecuencia de cualquiera de los delitos señalados en los cuatro artículos precedentes, se produjere muerte o enfermedad grave de alguna persona, las penas corporales se elevarán en uno o dos grados, según la naturaleza y número de tales consecuencias, y la multa podrá elevarse hasta el doble del máximo señalado en cada caso. (Inc. 2°) Si alguno de tales hechos punibles se cometiere por imprudencia temeraria o por mera negligencia con infracción de los reglamentos respectivos, las penas serán de presidio menor en su grado mínimo o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales”. Esta norma debe relacionarse con el artículo 315 del mismo cuerpo que establece que: “El que envenenare o infectare comestibles, aguas u otras bebidas destinadas al consumo público, en términos de poder provocar la muerte o grave daño para la salud, y el que a sabiendas los vendiere o distribuyere, serán penados con presidio mayor en su grado mínimo y multa de veintiuna a cincuenta unidades tributarias mensuales. (Inc. 2°) El que efectuare otras adulteraciones en dichas sustancias destinadas al consumo público, de modo que sean peligrosas para la salud por su nocividad o por el menoscabo apreciable de sus propiedades alimenticias, y el que a sabiendas las vendiere o distribuyere, serán penados con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a cincuenta unidades tributarias mensuales”.

¹⁷³ Pese a que en el caso concreto, el Tribunal estimó que la norma impugnada no era un delito calificado por el resultado, lo que es discutible, a la luz del tenor literal del precepto que claramente agrava la pena en función del resultado. A ello no obsta el que el mismo artículo haga referencia a la “imprudencia temeraria” o a la “mera negligencia”, ya que es claro que el agravamiento de la pena tiene su medida en el resultado producido, al punto que la elevación en “uno o dos grados” se hará “según la naturaleza y número de tales consecuencias”.

¹⁷⁴ Un discurso que ya había sido anunciado por la prevención estampada en la STC Rol N° 993-07 por los MINISTROS BERTELSEN Y CORREA SUTIL, en que se aventuraron a señalar “Que el inciso sexto del numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en aras de proteger la dignidad y libertad de toda persona, así como de garantizar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, prohíbe al legislador presumir de derecho la responsabilidad

gumentación más elaborada, sobre todo si comparamos el discurso del Tribunal con el de otros tribunales constitucionales que se han enfrentado al mismo problema, en que se ha preferido acudir a la noción de dignidad humana para fundar la exigencia de reprochabilidad.

En todo caso, lo sostenido por el Tribunal debe complementarse por lo resuelto anteriormente, en que estableció que el principio *nulla poena sine culpa* constituye un límite del *ius puniendi* estatal, y, más específicamente, de la libertad de que goza el legislador al fijar la política criminal, que cuenta entre sus límites el principio de culpabilidad¹⁷⁵.

VII. PRINCIPIO *PRO REO*

Tradicionalmente, se identifica el principio *pro reo* con la regla que manda a que en la duda acerca de la configuración del hecho punible, el juez debe decidirse por la absolución (*in dubio pro reo*). En términos más específicos, este principio “opera como una regla que orienta directamente la decisión en sentido absolutorio, cuando la culpabilidad del acusado es incierta”¹⁷⁶. Su fundamento radica, según BUSTOS y HORMAZÁBAL, en que “es preferible la absolución del culpable a la condena del inocente”¹⁷⁷.

Sin embargo, el *pro reo*, en términos generales no se limita a esta regla procesal, sino que también tiene manifestaciones sustantivas, referidas a la forma de interpretar las disposiciones penales, a la aplicación de las mismas, etc. En este sentido, es que podemos decir que el principio *pro reo* aparece como una derivación del principio general *pro homine* o *pro libertatis*, según el cual la interpretación debe hacerse de forma de que los derechos fundamentales resulten limitados lo menos posible, y no de manera que se perjudique a la persona titular de los mismos.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales han sido más bien renuentes a aceptar proyecciones materiales del principio *pro reo*. Más allá de la obligación constitucional de aplicar la ley penal más benigna, no existen reglas o pautas que guíen la aplicación de las leyes penales de fondo, las que se estiman como cualquier ley, sometidas a las reglas de interpretación del Código Civil.

penal, mientras el inciso anterior obliga, también al legislador, a que las reglas procesales garanticen un procedimiento racional y justo. Estos preceptos constitucionales no impiden, dentro de ciertos límites, establecer presunciones legales, pero ciertamente exigen que en toda condena penal se acredite un cierto grado de culpabilidad, pues no podría estimarse ni racional ni justo un procedimiento en el que se aplica una condena penal a una persona cuyos actos han carecido de toda voluntariedad, al menos de carácter culposo” (STC Rol 993-07, Fundamento primero de la prevención).

¹⁷⁵ Así lo estableció al definir “Política criminal” como “la configuración del Derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir la tarea de protección de la sociedad, incluyendo tres principios fundamentales: el principio de la culpabilidad, el principio del Estado de derecho y el principio de la humanidad” (STC Rol 787-07, considerando 8°; STC Rol 825-07, considerando 8°).

¹⁷⁶ HORVITZ LENNON, M. I., & LÓPEZ MASLE, J. (2004-II), pág. 254.

¹⁷⁷ BUSTOS RAMÍREZ, J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (1997-I), pág. 75.

I. APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY PENAL MÁS BENIGNA

Nos encontramos frente a una manifestación del principio *pro reo*, que establece una excepción para la regla general de que la ley penal no puede tener efecto retroactivo. También se puede ver desde el punto de vista del principio de legalidad, pues la exigencia de *lex praevia* –según la cual para que un delito pueda castigarse y una pena imponerse es necesario que así lo disponga una ley que haya sido publicada con anterioridad a los hechos– tiene una excepción que es la retroactividad de la ley penal más favorable. Esto está contemplado explícitamente en nuestra Constitución Política que, en el inciso séptimo del artículo 19 N°3, dispone que “[N]ingún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”. El Código Penal, en su artículo 18, complementa a la norma constitucional, estableciendo la forma en que se procederá a beneficiar al inculcado o condenado¹⁷⁸.

Se ha dicho, con razón, que el fundamento de la retroactividad de la ley más benigna radica en que ésta muestra que ha variado la consideración del legislador sobre la conducta, dejando de considerar éste como necesaria la intervención penal, o considerando excesivo el rigor de la misma. En otras palabras, lo que trasunta a una ley penal más benigna es que “el tratamiento legal anterior era innecesariamente riguroso o inadecuado a las necesidades sociales, por lo que no resulta procedente imponer una pena declarada inútil o excesiva”¹⁷⁹.

El derecho a que se aplique la ley posterior cuando sea beneficiosa para el inculcado también está reconocido por tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que lo contempla en su artículo 15.1¹⁸⁰; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que lo consagra en su artículo 9¹⁸¹. En síntesis, se trata de un derecho plenamente exigible, y la ley que en su aplicación pueda tener como efecto impedir su ejercicio puede –y debe– ser declarada inaplicable por el Tribunal Constitucional.

¹⁷⁸ Artículo 18: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. (Inc. 2°) Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento. (Inc. 3°) Si una ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte. (Inc. 4°) En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades”.

¹⁷⁹ NÁQUIRA RIVEROS, IZQUIERDO, VIAL, & VIDAL (2008), pág. 10.

¹⁸⁰ Artículo 15.1: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

¹⁸¹ *Principio de Legalidad y de Retroactividad*. “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.

No abordaremos aquí los pormenores de la aplicación de las normas señaladas, por haber sido tratados suficientemente por la doctrina¹⁸². Nos concentraremos, pues, en aquellos casos en que se ha requerido al Tribunal Constitucional para que declare la inaplicabilidad de un precepto legal, por estimar –los requirientes–, que se desconoce el derecho a que se les aplique una ley posterior más beneficiosa.

2. CASOS PLANTEADOS AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Este pronunciamiento ha sido solicitado en varias ocasiones desde que el Tribunal conoce de la cuestión de inaplicabilidad (Vid. Tabla N°5 en el Anexo de esta memoria). En dos de estos casos, el precepto impugnado fue el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal (1906). En otro, se trata del artículo 484 del Código Procesal Penal¹⁸³. En ambos supuestos se trata de normas que –según sostienen los requirientes–, de aplicarse, resultan en un trato más desfavorable que el que recibirían si se aplicara otra norma, más beneficiosa, a la que habría que preferir en razón del principio *pro reo*.

a) Artículo 509 del Código de Procedimiento Penal

Respecto al artículo 509 del Código de Procedimiento Penal (1906), ésta es una norma que establece la forma en que se castigarán los delitos reiterados de una misma especie. Por encontrarse inserto dentro de un cuerpo normativo que regula el procedimiento penal antiguo es que se considera que resulta aplicable respecto de las causas regidas por aquél. El problema surge si consideramos que el Código Procesal Penal también contiene una regla para el castigo de los delitos reiterados, que, comparada con la que se impugna, resulta más benigna¹⁸⁴. Enton-

Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

¹⁸² Vid. entre otros, POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA (2004), pág. 129 y siguientes, GARRIDO MONTT (2003-PG), pág. 107 y siguientes, BACIGALUPO (1999a), pág. 191 y siguientes.

¹⁸³ Respecto del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal (1906), se trata de las STC Roles N°784-07 (20 de diciembre de 2007) y 1532-09 (24 de agosto de 2010). En cuanto al artículo 484 del Código Procesal Penal, se trata de la STC Rol N°1389-09 (31 de diciembre de 2009).

¹⁸⁴ El artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, impugnado, dispone que: “En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie, se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno, dos o tres grados. (Inc. 2°) Si por la naturaleza de las diversas infracciones éstas no pueden estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquélla que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tenga asignada pena mayor, aumentándola en uno, dos o tres grados según sea el número de los delitos. (Inc. 3°) Podrán con todo aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 73 del Código Penal, si, de seguir este procedimiento, haya de corresponder al acusado una pena menor. (Inc. 4°) Las reglas anteriores se aplicarán también en los casos de reiteración de una misma falta. (Inc. final) Para los efectos de este artículo se considerarán delitos de una misma especie aquellos que estén penados en un mismo Título del Código Penal o ley que los castiga”. Por su parte,

ces, ¿pueden los que se hallan sometidos a las normas del proceso antiguo exigir que se les aplique una disposición cuya vigencia es posterior, pero que resulta más beneficiosa? He aquí la pregunta que debe resolver el Tribunal en estos casos. Y lo hace de una manera que merece varias críticas, como veremos en seguida.

En el primer caso, cuya resolución data de diciembre de 2007, se trata de un militar –el mayor Patricio Cereceda– que fue condenado a la pena de cinco años y un día de reclusión mayor en su grado mínimo como autor de cuasidelito de homicidio reiterado y del delito de incumplimiento de deberes militares. Es importante destacar que a la fecha de los hechos ya se encontraba vigente el Código Procesal Penal, pero no resulta aplicable en este caso porque se trata de delitos regidos por el Código de Justicia Militar, que expresamente remite, en su artículo 162, al artículo 509 del Código de Procedimiento Penal¹⁸⁵. Esta circunstancia da pie al Tribunal para elaborar un argumento –muy precario– que le permitió rechazar el requerimiento.

En efecto, el Tribunal reconoce que la norma del Código Procesal Penal es más benigna que la impugnada, por permitir al juez un aumento de hasta dos –y no hasta tres– grados en la pena a aplicar¹⁸⁶. Pero estima que el constituyente, al permitir la entrada en vigencia gradual de la reforma procesal penal, la radicación de los hechos anteriores a su entrada en vigencia en el proceso antiguo y la pervivencia de la justicia militar (en sus disposiciones octava transitoria y el inciso final del artículo 83 de la Carta Fundamental), “autorizó diferencias de trato en el juzgamiento por parte de tribunales militares y de otros tribunales mientras no se produjera la adecuación de los primeros a las reglas de procedimiento aplicables a la generalidad de la población del país. Desde esta perspectiva, la legislación que así lo ha reconocido no hace más que aplicar el mandato contenido en la propia Constitución” (considerando 24°). Esta posición nos parece errónea, pues parte del convencimiento de que la norma impugnada, por su ubicación, es una norma que rige el proceso penal. Si así fuere, es claro que se podría sostener que la propia Constitución permite la convivencia de varios estatutos para un mismo caso.

el artículo 351 del Código Procesal Penal reglamenta la misma operación, al establecer que: “*Reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie*. En los casos de reiteración de crímenes o simples de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados. (Inc. 2°) Si, por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieren estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos. (Inc. 3°) Podrá, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal si, de seguirse este procedimiento, hubiere de corresponder al condenado una pena menor. (Inc. final) Para los efectos de este artículo, se considerarán delitos de una misma especie aquellos que afectaren al mismo bien jurídico”.

¹⁸⁵ Artículo 162 del Código de Justicia Militar: “La sentencia contendrá los requisitos indicados en el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal y le serán aplicables las reglas de los artículos 501, 502, 503, 504, 505, 507, 508 y 509 del mismo Código”.

¹⁸⁶ Señala al efecto que: “(...) Así, esta última disposición (del Código Procesal Penal) establece una situación más benigna para quien ha incurrido en la misma hipótesis delictiva prevista en el inciso primero del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal” (STC Rol N° 784, considerando 17°).

Pero la norma impugnada es derecho penal sustantivo y así lo reconoce el propio Tribunal al señalar que las reglas aludidas “no tienen sólo un valor procedimental, toda vez que incidirán en la restricción de un derecho consustancial a toda persona como es su libertad personal” (considerando 18°)¹⁸⁷. Por lo tanto, nada aporta el que la Constitución autorice la existencia de normas procesales diferenciadas. No se autoriza un estatuto penal diferenciado, por lo que es plenamente aplicable la norma que manda aplicar la ley penal más favorable, aunque sea posterior.

El Tribunal examina también la diferencia de trato desde la perspectiva de la igualdad ante la ley, concluyendo que se trata de una discriminación razonable, a la luz de “los tiempos que el propio Constituyente ha querido otorgar al legislador para adecuar el procedimiento aplicable a la justicia militar a aquél que hoy rige para todo el resto de la población del país” (considerando 25°); y proporcional, porque la diferencia entre una normativa y otra es *solamente* la posibilidad de que el tribunal eleve en un grado la pena, concluyendo el Tribunal que “la diferencia de un solo grado de la pena aplicable, en ningún caso, puede estimarse como una diferencia que menoscabe sustancialmente la situación del condenado” (considerando 26°). La afirmación es de por sí cuestionable, pues el Tribunal parece obviar que de lo que se está hablando es de la posibilidad de que la pena a imponer se aumente hasta tres grados, pudiendo redundar fácilmente en que no se cumplan los requisitos exigidos por la ley para optar a medidas alternativas a la privación de libertad. Y aunque no fuere éste el caso, resulta inquietante que para el Tribunal en general las penas, si no son elevadas, no impliquen un menoscabo sustancial en la situación de la persona. Hay una cierta indolencia hacia la situación del imputado, que merece reproche.

Posteriormente la argumentación del Tribunal da un giro, y acepta que todo el discurso elaborado puede ceder a favor de una interpretación que favorezca el ejercicio de los derechos fundamentales¹⁸⁸. Pero, a su vez, rebate esta posición, trayendo a colación los antecedentes fácticos del caso concreto, según los cuales –

¹⁸⁷ Un reconocimiento que en todo caso es imperfecto porque pretende que las normas tienen una doble naturaleza, procedimental y sustantiva. En realidad, se trata de normas penales sustantivas que nada tienen que ver con el proceso penal, aunque se hallen en cuerpos normativos procesales. Cfr. POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA (2004-PG), págs. 74-75.

¹⁸⁸ “Que no obstante lo señalado, este Tribunal no puede dejar de tener en cuenta la perspectiva relacionada con el “mayor valor de los derechos fundamentales”, según la cual debe preferirse aquella interpretación que favorezca los derechos de la persona versus aquella que privilegie las potestades de los órganos del Estado, entre ellos, los tribunales de justicia”. (considerando 27°);

“Que aun desde esta perspectiva congruente con el constitucionalismo centrado en la persona, cabe desechar una infracción al principio de la igualdad ante la ley garantizado por el artículo 19 N°2 de la Carta Fundamental.

En efecto, si bien no escapa a la consideración de estos sentenciadores que la norma contenida en el artículo 351 del Código Procesal Penal constituye una regla más beneficiosa para quien resulte condenado en virtud de la reiteración de crímenes y simples delitos de la misma especie y podría inclinarse al intérprete a aplicarla con preferencia en virtud del principio *pro reo*, ello resulta desvirtuado por la particular naturaleza de la causa en que incide el requerimiento de autos (considerando 28°).

en su opinión— el requirente no podría reprochar la regulación a que se le somete por ser oficial de las Fuerzas Armadas, las que en su formación van interiorizando a sus miembros. Este razonamiento parece estar fuera de lugar, pues la circunstancia de que los miembros de las Fuerzas Armadas conozcan —por la formación que se les brinda a lo largo de la carrera militar— que están sometidos a un régimen legal diferenciado no implica en absoluto que se autorice un tratamiento penal distinto al que les resulte más beneficioso. El requirente en ningún momento alegó desconocimiento de las normas a las que estaba sometido (como ha sucedido en otros casos, relativos a la aplicación del delito de incumplimiento de deberes militares, a los que el Tribunal se remite), sino simplemente la existencia de una norma más beneficiosa que estimaba debía aplicarse por mandato constitucional.

Más allá de la postura del Tribunal, es rescatable la posición adoptada por la disidencia del fallo, integrada por los Ministros BERTELSEN REPETTO, VODANOVIC SCHNAKE y CORREA SUTIL, que parece comprender cabalmente el problema planteado. En síntesis, lo que plantean los disidentes es que las reformas introducidas con ocasión de la reforma procesal penal tuvieron por objeto reemplazar normas que rigen el proceso penal, carácter que no tienen los preceptos del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal (1906) y el artículo 351 del Código Procesal Penal (considerando 6° de la disidencia). También rebate, con éxito según nosotros, la posición de la mayoría que postulaba que legitimaba el trato diferenciado el hecho de que se tratara de una jurisdicción sobre militares, sometidos a una relación de sujeción especial. Al respecto, los disidentes hacen notar que la justicia militar también juzga civiles, por lo que no puede ser la persona el elemento que justifica un trato más perjudicial (considerando 8° de la disidencia)¹⁸⁹.

Finalmente, y vinculado con el hecho de que las normas que comentamos son sustantivas y no adjetivas, es que los disidentes sostienen que ni el inciso final del artículo 83 de la Constitución, que establece el estatuto diferenciado de la justicia militar, ni la disposición octava transitoria (cuyo objeto fue ligar la entrada en vigencia de las normas constitucionales relativas al nuevo proceso penal con la entrada en vigencia del mismo) permiten afirmar que la Constitución autoriza un trato diferenciado como el que impugna el requirente. “La diferencia en análisis no puede entenderse comprendida en ninguna de las hipótesis indicadas por la Constitución, ya que el modo de computar penas no constituye ni se refiere al ejercicio de la acción penal pública, ni a la dirección de las investigaciones, ni a la adopción de medidas para proteger a víctimas o testigos” (que son los ámbitos en que la Constitución reconoce una justicia militar diferenciada). De más está decir que en este caso estimamos que la opinión de los disidentes es mucho más coherente, incluso a nivel argumentativo, que la de la mayoría, y se corresponde de mejor manera con los criterios de interpretación que deben regir la resolución de conflictos en que se ven involucrados derechos fundamentales, según los cuales debe preferirse la norma o la interpretación que restrinja menos el derecho involucrado, o bien, la que lo proteja en mayor medida. Como fuere, debemos además

¹⁸⁹ “(...) *Nada hay, ni en la justicia militar ni en la profesión castrense, ni en la necesaria disciplina de los cuerpos armados, que pueda razonablemente perseguirse a través de esta regla diferenciadora en el modo de calcular las penas ante reiteración de delitos de esta especie*”. Disidencia de la STC Rol N° 784.

señalar que operan en este caso las razones que sustentan la retroactividad de la ley penal posterior más favorable, pues, al establecer una nueva regla –con alcance general– para el castigo de los delitos reiterados, el legislador “recoge la *revalorización* que la sociedad hace del acto calificado como punible (...), y por ello lo sanciona en forma menos rigurosa”¹⁹⁰ (énfasis en el original). Se podrá contestar que en este caso el legislador no ha modificado la pena de los delitos cometidos; mas, lo que ha revalorizado es la conducta consistente en la comisión reiterada de delitos de una misma especie.

b) Artículo 484 del Código Procesal Penal

El Tribunal hubo de referirse nuevamente al derecho a que se aplique la ley más favorable, en la STC Rol N° 1389-09, dictada el 31 de diciembre de 2009, en que el precepto que se impugnó fue la frase final el artículo 484 del Código Procesal Penal, que establece la entrada en vigencia diferida de las normas de tal Código. Los hechos que motivaron esta presentación son los siguientes: el requirente, Enrique Figueroa, fue condenado en primera instancia a la pena de trescientos días de reclusión nocturna por el delito de conducción en estado de ebriedad, cometido el día 8 de enero de 2005, en Santiago. En ese momento, no se hallaba vigente la reforma procesal penal para la Región Metropolitana, por lo que el proceso se substanció conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal (1906). El requirente reconoció los hechos y se sometió voluntariamente al examen de alcoholemia. Sin embargo, la sentencia que lo condenó no sólo le aplicó la agravante de reincidencia, sino que no le reconoció la atenuante de colaboración substancial en el esclarecimiento de los hechos (artículo 11 N° 9 del Código Penal), la que él estimaba concurría. Según el requirente, para el tribunal sentenciador fue determinante la norma que impugna, pues ésta no permitió que se aplicara una disposición que le resultaba más beneficiosa, la del artículo 407 del Código Procesal Penal, que señala que, en el marco del procedimiento abreviado, la aceptación de los hechos permitirá al fiscal estimar que concurre la atenuante referida¹⁹¹.

¹⁹⁰ GARRIDO MONTT (2003-I), pág. 112. En el mismo sentido, CURY URZÚA (1992-I), pág. 214.

¹⁹¹ Para la comprensión del problema planteado transcribiremos las normas involucradas, en lo que nos interesa. Artículo 406 del Código Procesal Penal: “*Presupuestos del procedimiento abreviado*. Se aplicará el procedimiento abreviado para conocer y fallar, los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualesquiera fuere su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas. (Inc.2°) Para ello, será necesario que el imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundares, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento. (...)”. Artículo 407: “*Oportunidad para solicitar el procedimiento abreviado*. Una vez formalizada la investigación, la tramitación de la causa conforme a las reglas del procedimiento abreviado podrá ser acordada en cualquiera etapa del procedimiento, hasta la audiencia de preparación del juicio oral. (Inc.2°) Si no se hubiere deducido aún acusación, el fiscal y el querellante, en su caso, las formularán verbalmente en la audiencia que el tribunal convocare para resolver la solicitud de procedimiento abreviado, a la que deberá citar a todos los intervinientes. Deducidas verbalmente las acusaciones, se procederá en los demás en conformidad a las reglas de este Título. (Inc. 3°) Si se hubiere deducido acusación,

Hasta el momento, parecería claro que la norma contenida en el Código Procesal Penal, por resultar más beneficiosa para el imputado, debiese ser preferida a la del Código de Procedimiento Penal, por mandato de la propia Constitución. Sin embargo, aquí está la diferencia con el conflicto planteado por el requerimiento dirigido contra el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal. Respecto a aquél, dijimos que se trataba de una norma penal sustantiva y no adjetiva (y así también lo entiende la disidencia consignada en la STC Rol N° 784, que transcribimos más arriba), por lo que la autorización constitucional brindada a la vigencia simultánea de dos procedimientos penales (disposición octava transitoria) no le afecta. En este caso nuestra opinión es que la norma posterior, contenida en el artículo 407 del Código Procesal Penal, es una norma adjetiva y no sustantiva, pues más bien rige la forma en que se ha de proceder para que el tribunal aprecie una atenuante a favor del imputado. No crea una atenuante nueva, sino que sólo permite una forma novedosa para que una ya existente sea tenida en cuenta por el tribunal; forma que, además, está considerada en el contexto de un procedimiento abreviado, como beneficio para el imputado que acepta su responsabilidad. A mayor abundamiento, se trata de un beneficio eventual y no necesario, pues no es obligación del fiscal reconocer la atenuante, aun cuando medie la aceptación de los hechos; ni del tribunal aceptarla en la sentencia.

El Tribunal, en todo caso, resuelve la cuestión nuevamente sobre la base de considerar que la entrada en vigencia gradual del Código Procesal Penal ha sido autorizada expresamente por la Carta Fundamental, en la ya mentada disposición octava transitoria. No hace sino proseguir la doctrina sostenida en su sentencia sobre el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal¹⁹².

el fiscal y el acusador particular podrán modificarla según las reglas generales, así como la pena requerida, con el fin de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas de este Título. Para estos efectos, la aceptación de los hechos a que se refiere el inciso segundo del artículo 406 podrá ser considerada por el fiscal como suficiente para estimar que concurre la circunstancia atenuante del artículo 11, N°9, del Código Penal, sin perjuicio de las demás reglas que fueren aplicables para la determinación de la pena”. Artículo 484 del Código Procesal Penal: “*Entrada en vigencia respecto de hechos acaecidos en el territorio nacional.* Este Código comenzará a regir, para las distintas Regiones del país, al término de los plazos que establece el artículo 4° transitorio de la Ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público. (Inc.2°) En consecuencia, regirá para las regiones de Coquimbo y de la Araucanía, desde el 16 de diciembre de 2000; para las regiones de Antofagasta, Atacama y del Maule, desde el 16 de octubre de 2001; para las regiones de Tarapacá, de Aisén del General Carlos Ibáñez del Campo y de Magallanes y de la Antártica Chilena, desde el 16 de diciembre de 2002; para las regiones de Valparaíso, del Libertador General Bernardo O’Higgins, del Bío Bío y de Los Lagos, desde el 16 de diciembre de 2003, y para la Región Metropolitana de Santiago, desde el 16 de junio de 2005”. Así lo plantea el Tribunal: “Que, según el requirente, el antiguo estatuto penal –que por la fecha de comisión del delito le era aplicable– habría sido determinante para que el juez de primera instancia desechara la atenuante de la colaboración substancial al esclarecimiento de los hechos, a pesar de que dicha colaboración se habría proporcionado de manera activa por parte del imputado. Afirma el actor que, en cambio, dicha atenuante sí habría tenido que ser considerada en el contexto del nuevo proceso penal de acuerdo a los artículos 407 y 406 del Código Procesal Penal. Ello, a su juicio, tornaría inconstitucional en este punto la gradualidad de la vigencia del nuevo estatuto penal”. (STC Rol N° 1389-09, considerando 3°).

¹⁹² Un problema parecido es el que plantea la aplicación del artículo 548 del Código de Procedimiento Penal (1906), que autoriza la reforma peyorativa, (y que examinaremos en otro

c) *Comentarios acerca de la interpretación del Tribunal Constitucional sobre la disposición octava transitoria de la Carta Fundamental*

Sin embargo, lo más interesante de esta sentencia es que el Tribunal, buscando quizás hacerse cargo de la disidencia de la STC Rol N° 784, resuelve que la disposición octava transitoria cubre la entrada en vigencia gradual tanto de normas adjetivas como sustantivas. En efecto, luego de dejar claro que la norma del artículo 407 del Código Procesal Penal “no es una norma sustantiva puesto que la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal no opera automáticamente con el procedimiento abreviado”, señala que incluso “si se considera sustantiva, es pertinente tener en cuenta que la gradualidad permitida por el texto del artículo 8° transitorio de la Constitución no distingue, en relación a la Reforma Procesal Penal, entre leyes sustantivas y adjetivas”¹⁹³. El argumento que esgrime el Tribunal para sostener esto es que una ley posterior a la reforma procesal penal, la Ley 20.245, modificó el artículo 77 de la Carta Fundamental, permitiendo al legislador para introducir la aplicación gradual territorial de leyes, pero *sólo* en cuanto regularan sistemas de enjuiciamiento. Si el constituyente en este caso se preocupó de limitar expresamente la posibilidad de estatutos diversos a las normas procedimentales, el Tribunal entiende que cuando formuló la disposición octava transitoria también pudo hacerlo, pero no lo hizo. Por lo tanto, permitió la entrada en vigencia gradual de *todas* las normas del Código Procesal Penal, incluso las sustantivas que pudiera contener¹⁹⁴. Esta posición se mantendrá en el último requerimiento que ha conocido en esta materia, según veremos.

Luego, y aunque ya este argumento le bastaba para rechazar el requerimiento, el Tribunal, vistiéndose casi de juez penal¹⁹⁵, examina los requisitos para que, en el marco del procedimiento abreviado, proceda la atenuante de colaboración sustancial al establecimiento de los hechos, concluyendo que ésta no opera automáticamente, por lo que la imposibilidad de acceder al procedimiento abreviado no

más adelante) frente al artículo 360 del Código Procesal Penal, que la proscribe. Tratándose de normas procesales, es indiscutible que se trata de una diferencia autorizada por la propia Constitución. Vid. STC 1250-09 (14 de mayo de 2009), considerando 11°.

¹⁹³ Considerando 20°.

¹⁹⁴ “Que, como puede apreciarse, la distinción introducida por el constituyente en el nuevo artículo 77, inciso final, no existe en el artículo 8° transitorio. Es decir, pudiendo haber distinguido y existiendo la distinción respecto de otras materias, en relación a las normas del Ministerio Público que a su vez contienen y sustentan las otras normas relativas a la Reforma Procesal Penal, no se hizo distinción alguna. Luego, no puede afirmarse que el artículo 8° transitorio de la Constitución es inconstitucional por contradecir lo dispuesto en el artículo 19 N°3, inciso octavo, de la misma Constitución. En aquellos casos debe darse a la Constitución una interpretación armónica que permita la subsistencia de todos sus preceptos”. (considerando 23°) “Que, en síntesis, la gradualidad de la Reforma Procesal Penal se aplica tanto a normas sustantivas como adjetivas. Cuando se ha querido limitar dicha posibilidad sólo a normas adjetivas, así se ha formulado de manera expresa, tal como se hizo en la reforma del artículo 77 de la Carta Fundamental, introducida por la ya referida Ley N° 20.245”. (considerando 27°)

¹⁹⁵ Tanto así, que los Ministros VENEGAS, COLOMBO y NAVARRO no adhieren a esta parte, “por estimar que en ellos se contienen razonamientos propios del juez de instancia y que se trata, en consecuencia, de problemas de legalidad y no de constitucionalidad”.

implica una infracción del artículo 19 N°3, inciso octavo¹⁹⁶. Por todas las razones expuestas, es que el Tribunal decide rechazar el requerimiento, con la disidencia de los Ministros BERTELSEN REPETTO, VODANOVIC SHNAKE y FERNÁNDEZ BAEZA¹⁹⁷.

Como se aprecia, la disposición octava transitoria de la Carta Fundamental ha sido objeto de distintas interpretaciones en el seno del Tribunal, tanto de parte de los votos mayoritarios, como de los disidentes. Más allá de las distintas razones que se han esgrimido de lado y lado, nos parece que la autorización dispensada por la disposición octava transitoria se limita a normas procesales y no debiera verse en ella una autorización constitucional a estatutos penales diferenciados.

d) Crítica al contenido asignado al derecho a que se aplique la ley penal posterior más benigna

Una oportunidad más tendría el Tribunal para sistematizar sus argumentos y buscar una definición completa de su doctrina, aun vacilante en dos fallos que, pese a compartir ideas comunes, tienen una dirección distinta. Lamentablemente, la postura del Tribunal lejos de evolucionar hacia una mayor protección de los derechos fundamentales, se mantuvo en la STC Rol N° 1532-09, dictada el 24 de agosto de 2010, en que hizo valer nuevos argumentos para negarse a declarar la inaplicabilidad del artículo 509 del Código de Procedimiento Penal (1906).

El caso planteado tenía, eso sí, dos diferencias esenciales con respecto al primero que involucró a este precepto legal. Por una parte, la causa estaba radicada en la justicia ordinaria regida por el procedimiento antiguo –y no por la justicia militar–. Y por otra, los hechos que motivaron la condena ocurrieron sin que estuviera vigente el Código Procesal Penal. Este último antecedente resulta decisivo, a nuestro juicio, para rechazar la inaplicabilidad. Pero, en cuanto al fondo de lo planteado, hubiesen valido los mismos argumentos vertidos en la STC Rol N° 784, esto es, la autorización constitucional expresa de procedimientos penales diferenciados. El Tribunal, lejos de ello, toma otro rumbo argumentativo, ligando su decisión al discurso elaborado en la STC Rol N° 1389.

¹⁹⁶ “Que, como se ha expuesto, no basta con la aceptación de los hechos por parte del imputado, para que se entienda configurada la referida atenuante. Más bien, para dicha procedencia, se requieren exigentes circunstancias adicionales. En consecuencia, no existe un vínculo obligado entre el procedimiento abreviado y la atenuación de la responsabilidad penal. De este modo, la no aplicación del procedimiento abreviado no equivale a una afectación del artículo 19 N°3, inciso octavo, de la Constitución” (considerando 41°).

¹⁹⁷ Los disidentes conceden a la mayoría el que la disposición octava transitoria no distingue entre normas adjetivas y sustantivas, lo que representa un cambio respecto a la disidencia estampada por los Ministros BERTELSEN REPETTO, VODANOVIC SHNAKE y CORREA SUTIL en la STC Rol N° 784 en que señalaron que la Carta Fundamental, a propósito de la justicia militar, autoriza un estatuto diferenciado en ámbitos procesales únicamente. Sin duda, tuvo razón en esta nueva argumentación el que en este caso el voto mayoritario se fundara en que la disposición octava transitoria no distinga, si consideramos que los disidentes, para dar coherencia a su discurso debieron acudir a una clasificación más alambicada entre normas procesales de contenido adjetivo, procesales de contenido sustantivo y normas procesales-constitucionales, entre las que debieran primar estas últimas.

En primer lugar, el Tribunal sostiene que el hecho de que se le requiera para que determine cuál de las dos normas –la del Código de 1906 o la del Código Procesal Penal– debe aplicarse, es un asunto que corresponde a los jueces del fondo, por corresponder a un problema de aplicación de las leyes (considerando 7°). Por cierto que en general los problemas planteados por la vigencia de las leyes es un asunto privativo de los jueces de instancia, y no un problema de constitucionalidad. Pero, también debemos considerar que, en cuanto la ley penal, existe una norma constitucional expresa que ordena aplicar la más benigna, por lo que cualquier conflicto en torno a la aplicación de una norma penal u otra tendrá una faceta constitucional que el Tribunal no puede desconocer. No resultan tampoco procedentes las remisiones que hace el Tribunal a su propia doctrina sobre aplicación de las leyes (considerando 7°), pues ellas se refieren a los problemas de leyes no penales. Debemos, eso sí, conceder al Tribunal la razón en cuanto reprocha al requirente no haber impugnado el artículo 483 del Código Procesal Penal, que ordena perentoriamente que las normas del mismo se apliquen a hechos posteriores a su entrada en vigencia.

Luego, el Tribunal, al tratar el problema “propia” constitucional, sostiene que “no advierte alguna posible oposición directa entre el contenido del artículo 19 N°3, inciso séptimo, de la Carta Fundamental, que hace primar la nueva pena más benigna por sobre aquella anterior más rigurosa, y el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, que versa sobre la determinación de la pena aplicable en el supuesto de existir concurso real de delitos de una misma especie”. Y agrega, “[E]n los términos de la referida garantía, una tal oposición directa, susceptible de reproche, podría configurarse si se pretendiera aplicar una nueva ley que perjudique a los afectados, cuyo no es el caso del artículo 509 impugnado” (considerando 9°). Dejando de lado el hecho de que el Tribunal descarta la “oposición directa” de la norma impugnada con la Carta Fundamental, en circunstancias que en sede de inaplicabilidad él mismo ha sostenido que pueden haber normas que son constitucionales in abstracto, y que pueden tener un efecto contrario a la Carta Fundamental, la visión que tiene respecto al derecho a que se aplique la ley penal más favorable resulta muy conservadora.

En efecto, pretender que la única manera de vulnerar tal derecho es “aplicar una nueva ley que perjudique a los afectados”, porque así se desprende de “los términos de la referida garantía” supone una interpretación literalista, que no se corresponde con el discurso esperable de un tribunal de su naturaleza. Es evidente, a nuestros ojos, que el derecho a que se aplique la ley penal más favorable puede verse violentado tanto porque se pretenda aplicar una ley posterior más perjudicial, como por la negativa a aplicar la ley posterior más benigna.

El Tribunal agrega luego que el requirente no ha acreditado que la inaplicación del precepto impugnado le produzca algún beneficio, pues en la sentencia que lo condenó, el tribunal juzgador elevó la pena del delito sólo en dos grados “que es lo mismo que permite hacer el artículo 351 del Código Procesal Penal, preferido por el reclamante” (considerando 10°). Esta afirmación tiene la debilidad de hacerse en términos absolutos (como si la norma impugnada se aplicó de tal forma definitivamente), en circunstancias de que aún estaba pendiente el fallo de sendos recursos de apelación y casación interpuestos ante la Corte de

Apelaciones de Talca, en los que el requirente bien podría obtener un beneficio mayor. Además, cabe preguntarnos si acaso el tribunal sentenciador *a quo* hubiese aumentado los mismos dos grados que efectivamente aumentó en caso de que ese fuera precisamente el máximo permitido por la ley; o hubiese preferido aumentar sólo uno.

En todo caso, como señalamos, en este caso igualmente correspondía rechazar el requerimiento por lo sostenido por la prevención de los Ministros BERTELSEN REPETTO y FERNÁNDEZ BAEZA, quienes, adhiriendo a la resolución, lo hicieron porque el requirente no impugnó el artículo 483 del Código Procesal Penal que, según dijimos, es el que no permite aplicar las normas de tal cuerpo normativo a hechos anteriores a su entrada en vigencia. Es esta norma la que impide aplicar la norma más benigna, por lo que contra ella debió haberse dirigido el requerimiento.

También consignemos la prevención de los Ministros PEÑA TORRES, FERNÁNDEZ FREDES, CARMONA SANTANDER y VIERA GALLO QUESNEY, quienes estuvieron por el rechazo en razón de estimar que la norma del Código Procesal Penal no se podría aplicar al caso concreto por impedirlo la disposición octava transitoria de la Constitución que, según ellos, “limita la vigencia de las normas del Código Procesal Penal sólo a hechos delictuales cometidos con posterioridad a la vigencia de ese orden de enjuiciamiento”.

De ambas prevenciones, nos parece destacable la primera, pues es innegable que la inaplicabilidad del precepto impugnado no hubiese servido de nada si el artículo 483 del Código Procesal Penal seguía siendo aplicable. En cambio la segunda prevención, aunque más elaborada que el voto mayoritario, interpreta erróneamente la mentada disposición octava transitoria. Ésta en ninguna parte ordena que el Código Procesal Penal se aplique sólo hacia el futuro. Sí ordena esto respecto de las normas que modifiquen el Código Orgánico de Tribunales o el de Procedimiento Penal, cuando complementen las normas del Capítulo VII de la Constitución. Como bien había quedado establecido por la disidencia de la STC Rol N° 784, que ya transcribimos (Vid. *supra*, Capítulo I.G.2.c), estas normas se refieren a ámbitos propiamente procesales, por lo que el mandato de la disposición octava transitoria no afecta la vigencia de las normas sustantivas, aunque se contengan en el Código Procesal Penal, pues ellas no complementan en modo algunas las normas del Capítulo VII de la Constitución.

3. INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL SEGÚN EL PRINCIPIO *PRO REO*

Un segundo asunto relacionado con el principio *pro reo* en que el Tribunal fue requerido es a propósito de la forma en que se ha de interpretar la ley penal. Sabido es que, según ese principio, la ley penal debe aplicarse de la manera que más beneficie al imputado. Esto se manifiesta, en cuanto a la interpretación, en que ésta debe hacerse de forma restrictiva. Con el mismo fundamento es que se plantea que las normas que beneficien al imputado –como las causales de justificación o de exculpación– deben interpretarse ampliamente.

Sin embargo, a diferencia de otros principios, el *pro reo* no tiene una consagración constitucional expresa, salvo en lo relativo al derecho a que se aplique la

ley posterior más benigna, según ya vimos. De ahí que el primer escollo que debe salvar quien pretenda fundar en su infracción la eventual inaplicación de una norma penal es justamente elaborar una argumentación que haga sostenible que este principio, en un sentido amplio, forma parte del bloque de constitucionalidad de derechos.

El problema específico lo plantea la posibilidad de que la interpretación de la ley penal se haga de una manera que perjudique al acusado. La posibilidad de una aplicación analógica está vedada por el principio de legalidad; mas, la interpretación analógica –herramienta para fijar la voluntad del legislador– no es lo mismo, y es aceptada en general por la doctrina y jurisprudencia. Aunque, como dice COUSIÑO MAC IVER, “no siempre es fácil advertir la valla que separa la una de la otra”¹⁹⁸, ambas son distintas, y no deben tratarse conjuntamente. Para ponerlo casi en palabras del mismo autor, no podría el juez asimilar a una mujer mayor de edad, merced de su inexperiencia y su “debilidad mental”, a una menor para efectos del delito de estupro (art. 363 del C. Penal); pero no habría problema que aplique la figura de hurto (art. 432 C. Penal) a la *apropiación* de una cosa mueble, aunque en realidad no exista adquisición del dominio por no concurrir un título, si se hace sin la voluntad del dueño, con fines lucrativos y con *animus rem sibi habendi*¹⁹⁹. Pero, aceptada y todo por la doctrina la interpretación analógica, ¿podría sostenerse su incompatibilidad con la Carta Fundamental?

También la interpretación extensiva nos plantea el mismo problema, puesto que no existe vulneración del principio de *lex certa*, si se mantiene su aplicación limitada por su tenor literal; pero, es conocido que la literalidad permite comprender en una descripción típica un número *mínimo* de casos, o un número *máximo* de ellos. ¿Hay un derecho fundamental a que la interpretación se haga restrictivamente? Veamos qué ha dicho el Tribunal al respecto.

4. CASOS PLANTEADOS AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

a) Sobre la interpretación del término “aguas” del artículo 459 N° 1 del CP. Crítica a la posición del Tribunal que acepta la licitud de la interpretación extensiva

El problema se le planteó con ocasión de la impugnación del delito de usurpación de aguas (Vid. *supra* Capítulo I.B.2.d). Uno de los problemas planteados por esta norma es si comprendía o no dentro de las “aguas” a que hace referencia, y que son el objeto material de la conducta, las subterráneas, y no únicamente las superficiales²⁰⁰. Es claro que el término “aguas” tanto puede entenderse como refiriéndose a las aguas superficiales, como comprendiendo también las subterráneas. En ningún caso hay infracción del principio de legalidad, pues ambas interpretaciones se afirman en el tenor de lo dispuesto por el legislador. Pues bien, el requirente en esta causa planteó la inconstitucionalidad de que se interpretara extensivamente el precepto legal impugnado, y no restrictivamente como mandaría –según él– la Constitución.

¹⁹⁸ COUSIÑO MAC IVER (1975), pág. 89.

¹⁹⁹ COUSIÑO MAC IVER (1975), págs. 90-91.

²⁰⁰ STC Rol N° 1281-08, (13 de agosto de 2009).

La posición del Tribunal es que no hay derecho a que la interpretación se haga buscando el beneficio del imputado, y su razonamiento puede construirse de la siguiente manera: en primer lugar constata la realidad de que toda norma legal requiere ser interpretada, aún en sus elementos meramente descriptivos (considerando 21°); luego afirma que el límite para tal interpretación lo marca el tenor literal del precepto involucrado (considerando 22°). Dentro del límite señalado por la literalidad, no existe obligación del juez de interpretar restrictivamente (y cita al efecto la opinión de NOVOA MONREAL, ETCHEBERRY y CURY, quien –éste último– condena abiertamente la inclusión del principio *pro reo* en el campo de la hermenéutica, como una extrapolación de un principio procesal sin fundamentos en el Derecho penal sustantivo). Por ello es que “la interpretación extensiva de la ley es perfectamente lícita, sin que quepa confundirla con la analogía” (considerando 24°)²⁰¹.

Esta posición no se compadece con la especial naturaleza de las leyes penales. El Tribunal hace aplicable al estatuto penal las reglas que rigen la interpretación de la generalidad de las leyes –específicamente, el artículo 23 del Código Civil– pasando por alto que el carácter limitativo del Derecho penal justifica su sometimiento a reglas distintas, más protectoras de los bienes involucrados. En este sentido, el Tribunal bien pudo haber afirmado la exigencia de que el juez frente a dos interpretaciones válidas –que sobre la validez de una y otra no hay duda– eligiese la más restrictiva. Y el fundamento de esto puede hacerse ya asignando al principio *pro reo* un alcance más amplio que el que se le da tradicionalmente, como criterio para resolver ante la dudas fácticas que conforman un caso sometido a la decisión jurisdiccional, y llevarlo también al ámbito de la interpretación de la ley; o bien construyendo un argumento tomando como base la exigencia de que las limitaciones a los derechos fundamentales –como lo es el Derecho penal– se minimicen, propendiendo a su promoción y desarrollo, como lo establece el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución. Esta norma “constituye el deber de promoción como un fin dentro de toda actividad estatal, de tal modo que, al disponer de sus medios, el Estado no puede sino elegir aquellos que provoquen el menor menoscabo a los derechos, de tal forma de cumplir con dicho imperativo”²⁰².

En todo caso, es claro que estas ideas requieren ser desarrolladas, y que el problema principal es, como señalamos al principio, el de la consagración constitucional del principio *pro reo*, que, como se aprecia, el Tribunal rechaza por lo menos en lo que se refiere a la interpretación de la ley. Por otro lado, hay que tener claro que la situación que describimos se verificará cuando el juez tenga a su disposición por lo menos dos interpretaciones de un precepto. Si la voluntad del legislador está fijada, o si el juez, por consideraciones de fondo, prefiere una interpretación, es válido que aplique la ley en tal sentido y será el funcionamiento de los medios procesales pertinentes el que asegurará eventualmente la subsanación de los erro-

²⁰¹ La consideración se repite en las STC Roles 1351 y 1352 (20 de mayo de 2010), considerando 38°, sobre el delito de contrabando, en que se pretendía aplicar una norma que prohibía importar vehículos usados a quienes internaron piezas usadas, para luego armarlas en territorio nacional.

²⁰² ALDUNATE LIZANA (2008), pág. 265 y 266.

res de derecho en que incurra. En otras palabras, el principio *pro reo* no obliga al juez a buscar una interpretación beneficiosa para el imputado, sino que a elegir la más beneficiosa entre las que aparecen como correctas.

VIII. PENA DE INHABILIDAD PARA EJERCER CARGOS PÚBLICOS Y ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LA PÉRDIDA DE LA CIUDADANÍA

Un último problema que se planteó al Tribunal, relacionado con materia penal, es el de la impugnación hecha dirigida a lograr la inaplicabilidad del artículo 239 del Código Penal, que tipifica el delito de fraude al fisco, y que establece como una de sus penas, la de “inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio”, lo que podría contravenir lo dispuesto en la Carta Fundamental a propósito de la pérdida de la ciudadanía y los derechos políticos que ella aparece²⁰³.

En efecto, lo que plantea el requirente –ex alcalde de Antofagasta, que se hallaba en ese momento imputado por el delito señalado– es que existía la posibilidad de que el tribunal ante el cual se realizaba el juicio aplicara la pena mencionada junto a otra, menor a la pena aflictiva que según la Constitución señala acarrea la pérdida de la ciudadanía, lo que sería inconstitucional porque implicaría la imposibilidad de postular a cargos de elección popular o a empleos públicos. Ello sería constitucional si la pena que se le impusiera fuera aflictiva, lo que podría no ocurrir en el caso concreto.

El Ministerio Público responde a esta alegación, evacuando el traslado conferido por el Tribunal, señalando que nada importa la cuantía de la pena a aplicar, pues la inhabilitación para cargos y empleos públicos constituye una pena principal –no accesoria– que por sí misma es considerada aflictiva, a la luz del artículo 37 y el 22 del Código Penal. Por ello es que la imposibilidad de postular a cargos de elección popular o empleos públicos es perfectamente constitucional, desde que la condena es a una pena que se considera aflictiva.

La resolución que da el Tribunal es interesante pues se produjo un empate entre los Ministros. Por una parte, por el rechazo estuvieron los Ministros BERTELSEN REPETTO, NAVARRO BELTRÁN, FERNÁNDEZ FREDES y CARMONA SANTANDER. Por acoger el requerimiento estuvieron los Ministros CEA EGAÑA (A la sazón, Presidente subrogante), VODANOVIC SCHNAKE, FERNÁNDEZ BAEZA y VENEGAS PALACIOS. Lo interesante es que, en ese momento aun no se había adecuado la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional a la Constitución reformada de 2005, por lo que el Tribunal regulaba la tramitación de los requerimientos aplicando directamente la Constitución

²⁰³ Nos referimos a la STC Rol N° 1328-09, de 6 de agosto de 2009. La norma impugnada dispone lo siguiente: artículo 239: “El empleado público que en las operaciones en las que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado”. Esta norma fue modificada por Ley 20.341 (D.O. de 22 de abril del 2009), entre otros aspectos, en el carácter de la inhabilitación que pasa de ser especial perpetua a absoluta temporal.

y elaborando reglas que pudieran aplicarse de la Ley Orgánica n o reformada. En este caso el Tribunal decide que no puede aplicarse la norma que establecía que, en caso de empate, primaría la posición por la cual votara el Presidente –en este caso, acoger el requerimiento–. Por lo tanto, y habiendo un empate, no puede hablarse de un voto mayoritario y uno minoritario. De ahí que la sentencia se redactara en una “Parte A”, por rechazar; y una “Parte B”, por acoger. En todo caso, por no reunirse la mayoría exigida por la Constitución, el requerimiento hubo de desecharse.

Los argumentos dados para este rechazo apuntan al carácter afflictivo de la pena de inhabilitación especial perpetua, la que se encuentra dentro de las penas de crímenes del artículo 21 del Código Penal; por lo que se le aplica el artículo 37 que, en lo que nos interesa, dispone que se consideran penas afflictivas “las penas de crímenes”. Al ser pena afflictiva, “su imposición al eventual condenado traería consigo la pérdida de la calidad de ciudadano –y de los derechos que de ella dimanar–, con sujeción al numeral 2º del artículo 17 de la Carta Fundamental, independiente de la cuantía de la pena privativa de libertad a que simultáneamente pueda condenarlo el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta”²⁰⁴. El carácter afflictivo de una pena corresponde que sea determinado por el legislador, y “sus únicos límites son los que establece la Constitución para la determinación legislativa de las penas”²⁰⁵.

Por su parte, los argumentos dirigidos a acoger el requerimiento se fundan en que la ciudadanía es un derecho político fundamental, esencial que emana de la naturaleza humana, que el Estado debe respetar y promover. La Constitución, desde la reforma de 2005, encarga a la ley el regular la forma en que se ha de recuperar la ciudadanía. La no dictación de esa ley al momento del requerimiento no puede perjudicar al imputado, por lo que se impone la aplicación directa de la Constitución²⁰⁶. Lo importante es que la Carta Fundamental permite que, al extinguirse la responsabilidad penal, se recupere la ciudadanía. Por ello es que no puede haber pena de inhabilitación perpetua, pues nunca se podría recuperar los derechos políticos perdidos²⁰⁷. “Por ende, si bien la fijación de las penas es atribución soberana del legislador –en tanto respeten los derechos constitucionales–, la perpetuidad de las mismas produce efectos contrarios a la Constitución en este caso”.

Señalemos, finalmente, que el problema esencial planteado en este caso fue solucionado por la dictación de la Ley 20.341, que cambió el carácter de la inhabilitación, de especial perpetua, a absoluta temporal, para el delito que estudiamos. No reformó, en cambio, la escala del artículo 21 del Código Penal, por lo que existe todavía la posibilidad de que se pretenda aplicar la misma pena a perpetuidad, lo que nos plantearía nuevamente un problema de constitucionalidad, por su eventual oposición a las normas en que afirman su argumento los Ministros que estuvieron por acoger el requerimiento.

²⁰⁴ Considerando 9º.

²⁰⁵ Considerando 11º y siguientes.

²⁰⁶ Considerando 5º y 6º de la Parte B de la sentencia.

²⁰⁷ Considerando 8º de la Parte B de la sentencia.

CAPÍTULO II

EL DERECHO PROCESAL PENAL EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE INAPLICABILIDAD (2006-2010)

I. DERECHO A UN TRIBUNAL COMPETENTE, INDEPENDIENTE E IMPARCIAL, ESTABLECIDO POR LA LEY CON ANTERIORIDAD A LOS HECHOS JUZGADOS

1. PROHIBICIÓN DE LAS COMISIONES ESPECIALES

La Constitución establece como derecho de todas las personas el no ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal establecido por ley con anterioridad a los hechos²⁰⁸. Esta garantía, que se ha entendido aplicable a todo órgano jurisdiccional, ha recibido aplicación fundamentalmente a propósito del hoy derogado artículo 116 del Código Tributario, que permitía al Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, en su calidad de juez tributario, delegar sus funciones (jurisdiccionales) en un subalterno²⁰⁹.

2. CASOS PLANTEADOS ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

a) Nombramiento de ministros en visita para conocer de determinados asuntos

En materia procesal penal, no ha habido oportunidad en que el Tribunal Constitucional haya podido referirse a esta materia en profundidad. Sólo en una oportunidad se planteó por el requirente una vulneración del derecho al “juez natural”, a propósito de una causa que, luego de haber sido tramitada por la justicia militar desde 1991, fue radicada en un ministro en visita durante el año 2005, en circunstancias que las normas pertinentes del Código Orgánico de Tribunales no resultarían aplicables –según el requirente– por haber sido modificadas con

²⁰⁸ Artículo 19 N°3, inciso 4°: “Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”. Una disposición casi idéntica se encuentra en el artículo 2° del Código Procesal Penal.

²⁰⁹ Vid. la STC Rol N° 681-06 (26 de marzo de 2007), en que declaró se declaró la inconstitucionalidad del mencionado precepto. En dicha ocasión, el Tribunal sostuvo: “Que, por otra parte, la delegación prevista en el artículo 116 del Código Tributario resulta contraria al principio del juez natural que exige que toda persona sólo pueda ser juzgada por el tribunal que le señale la ley y por el juez que lo represente. (...) El hecho de que una persona sólo pueda ser juzgada por el tribunal que le señale la ley y por el juez que lo representa, al tenor de las normas citadas, constituye, por un lado, un derecho esencial que se asegura a toda persona y que los órganos del Estado están obligados a respetar y promover, tal y como ordenan los artículos 1°, inciso cuarto, y 5°, inciso segundo, de la Constitución. A la vez, representa un elemento fundamental para la seguridad jurídica, pues impide que el juzgamiento destinado a afectar los derechos y bienes se realice por un tribunal o por un juez distinto del órgano permanente, imparcial e independiente a quien el legislador ha confiado tal responsabilidad y que se cumple por las personas naturales que actúan en él. Como puede observarse, el Estado de Derecho mismo, en cuanto adecuado equilibrio entre el orden y la libertad, es el que resulta afianzado con el debido respeto al principio de legalidad del tribunal” (considerando 25°).

ocasión de la reforma procesal penal. Se estaría, en definitiva, creando un tribunal, con base a normas que no pueden aplicarse a hechos acaecidos en 1991.

El Tribunal, en cambio, estima que la radicación en un ministro en visita de una causa que era conocida originalmente por un juez militar no constituye una sustitución del tribunal, sino que un cambio en el juez, distinción sutil, pero que –en su opinión– es decisoria al momento de descartar que nos hallemos frente a una comisión especial²¹⁰. La Corte Marcial ha ejercido sus facultades disciplinarias, que le permiten sustituir al juez competente, mas no ha trasladado la causa desde un tribunal a otro distinto.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional hace afirmaciones que merecen algún comentario. Para descartar que el ejercicio por parte de la Corte Marcial de una facultad que le fue conferida recién por la Ley 19.665 (D.O. de 9 de marzo de 2000) implique aplicar retroactivamente la ley procesal –y, con ello, la verdadera creación del tribunal–, sostiene que: “A mayor abundamiento debe tenerse presente que a la fecha de sustitución del juez del tribunal militar estaba plenamente vigente la modificación del Código Orgánico de Tribunales que autorizaba a la Corte Marcial para designar un ministro en visita, y resulta obvio que éste debe tomar el proceso en el momento en que es nombrado. En consecuencia, no se ha aplicado una norma con efecto retroactivo como argumenta la requirente”. Esto debe aceptarse con cierta cautela, a la luz de lo que el propio Tribunal ha sostenido con posterioridad, en el sentido de que el derecho al “juez natural” “representa un elemento fundamental para la seguridad jurídica, pues impide que el juzgamiento destinado a afectar los derechos y bienes se realice por un tribunal o por un juez distinto del órgano permanente, imparcial e independiente a quien el legislador ha confiado tal responsabilidad y que se cumple por las personas naturales que actúan en él”²¹¹. Como se aprecia, que la facultad de nombrar un ministro en visita no estuviera vigente al momento de los hechos sí plantea un problema con el derecho al juez natural, pues éste opera también como garantía de la certeza jurídica que brinda el saber de antemano el tribunal competente para conocer de los hechos que motivan el juicio.

Es del caso que el requirente no hubiera podido siquiera plantearse al momento de la perpetración de estos, en 1991, que el proceso a que estaba sometido podría ser conocido por un ministro en visita pues a la fecha las Cortes Marciales no tenían la facultad de nombrar uno. Por lo demás, el nombramiento de un ministro en visita supone un cambio radical en el proceso pues se pasa de uno en que existe un juez instructor y uno sentenciador, a uno en que el nombrado acapara ambas funciones, lo que puede desmejorar la situación procesal del procesado.

²¹⁰ “En cuanto a lo primero, y habiéndose ya aclarado en esta sentencia que el ministro en visita sustituye al juez y no al tribunal, esta infracción no se ha cometido, puesto que el tribunal militar de primera instancia no ha cambiado no ha sido sustituido, y por ende no puede afirmarse que estemos en presencia de una “comisión especial” que decida este conflicto, que nunca salió de la competencia del tribunal militar de primera instancia. Este solo argumento es suficiente para que se rechace la inaplicabilidad por inconstitucionalidad por vulneración al artículo 19 número 3°” (STC Rol N° 504-06 del 10 de octubre de 2006, considerando 13°).

²¹¹ STC Rol N°681-06 (26 de marzo de 2007), considerando 25°.

b) *El problema de la Justicia Militar*

Como es sabido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Palamara*, condenó al Estado de Chile, entre otras cosas, a adecuar “en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar”²¹². Esta resolución identificó los aspectos en que la justicia militar se opone a la normativa internacional de derechos humanos, específicamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

MERA resume estas falencias en tres puntos: “a) ámbito desmedido de la competencia de los tribunales militares que permite el juzgamiento de civiles y militares por delitos comunes, en circunstancias de que debiera limitarse exclusivamente al conocimiento de los delitos propiamente castrenses cometidos por militares; b) estructura y organización de los tribunales militares que compromete el derecho de los imputados a ser juzgados por un tribunal independiente e imparcial; y, c) procedimiento escrito, de carácter inquisitivo, estructuralmente contrario a las garantías del debido proceso”²¹³. Claramente, el tratamiento de estos problemas excede el límite de los objetivos perseguidos en este trabajo, por lo que nos referiremos únicamente a las dos oportunidades en que el Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse sobre la eventual inaplicabilidad de las normas procesales del Código de Justicia Militar²¹⁴.

El primer requerimiento fue planteado por un civil sometido a la jurisdicción militar, por un proceso instruido desde 1991, relacionado con un delito de tráfico de armas. La impugnación se dirigía contra aspectos determinados de las normas del proceso penal militar, especialmente, en cuanto a la imparcialidad de las Cortes Marciales (y sus relatores), integrada por oficiales de las Fuerzas Armadas, el plazo de duración del proceso, y la posibilidad de recurrir contra ciertas resoluciones. En general, la argumentación del requirente gira en torno a los aspectos sobre los que la Corte Interamericana llamó la atención en la sentencia del caso *Palamara* y que MERA sintetiza como vimos más arriba. En específico, el requerimiento contiene un capítulo de impugnación basado en la integración de la Corte Marcial y su relator; uno en la denegación de recursos, uno en el plazo razonable de duración del proceso y uno en la discriminación en el procedimiento aplicable.

El Tribunal, antes de referirse a estos aspectos específicos, confirma la jurisprudencia sostenida en la materia en cuanto “la decisión de sustituir o modificar el sistema de justicia militar por los vicios de mérito que se sustentan en la impugnación constitucional planteada en este proceso, constituye una problemática que deberá decidir el legislador dentro del marco de sus competencias mediante una ley orgánica constitucional, como lo ordena claramente el ya invocado artículo 77 de la Constitución Política, debiendo sostenerse que, en todo caso, una discrepancia de criterio sobre este capítulo no resulta eficaz para configurar la causal de

²¹² Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “*Palamara Iribarne c. Chile*”, dictada el 22 de noviembre de 2005, Serie C, N° 151.

²¹³ MERA FIGUEROA (2008), pág. 205. Para una visión crítica sobre la justicia militar, además de esta obra, Vid. COUSO SALAS (2002).

²¹⁴ Se trata de las STC Roles N° 664-06 (30 de mayo de 2007) y 1029-08 (24 de noviembre de 2008).

inaplicabilidad que en tal carácter establece el artículo 93 número 6° de la Carta Fundamental²¹⁵. Por lo tanto, no examina la constitucionalidad *in abstracto* de las normas impugnadas –hacia lo que van dirigidos los reproches del requerimiento, en buena medida–, sino que se concentra en analizar los efectos de la aplicación en el caso concreto.

Respecto a estos, el primer vicio que el Tribunal descarta es el relativo a la imparcialidad del tribunal juzgador, en razón de que la causa se encontraba radicada en un Ministro en Visita de la Corte de Apelaciones de Santiago, al que “no le afectan las tachas acerca de la supuesta incompatibilidad de sus funciones de juez con su eventual pertenencia a las Fuerzas Armadas”²¹⁶. Y agrega luego que “[E]n efecto, al juez instructor y sentenciador, que, como se dijo, es ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, no se le puede imputar ninguno de los reproches de constitucionalidad que se invocan para demostrar la falta de independencia de los tribunales militares, como ser el que la Corte Marcial se integre por personal militar, que su relator sea oficial en servicio activo, o que los militares sean jueces y parte”²¹⁷.

Luego, descarta también que se produzca una vulneración del derecho a recurrir contra las resoluciones judiciales, por la aplicación de las normas impugnadas –que regulan la procedencia de recursos en la Justicia militar–. Para ello nuevamente tiene en consideración que la regulación de los recursos corresponde al legislador, a quien la Constitución encarga que establezca las garantías de un procedimiento racional y justo²¹⁸. Lamentablemente, el Tribunal no profundiza en la materia.

El segundo requerimiento fue planteado por un juez de garantía que, creyéndose incompetente para seguir conociendo de un asunto determinado, buscó que se inaplicaran las normas de competencia del Código de Justicia Militar, fundando el requerimiento en la posible vulneración del derecho al juez natural y de la excepcionalidad de la jurisdicción militar, en la falta de imparcialidad e independencia de los jueces militares; y, en general, en “dudas acerca de la concordancia de los preceptos del Código de Justicia Militar ya citados, con el bloque de constitucionalidad”. Además de algunas normas determinadas²¹⁹, el juez requirente pidió que se declarase la inaplicabilidad de “todas aquellas normas del Código de Justicia Militar que autorizan a los juzgados militares a juzgar civiles por delitos comunes”. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no se hizo cargo de ninguno de los argumentos de la presentación, que son –en mayor o menor medida y al igual que el caso anterior– los que sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el mencionado caso *Palamara*, y terminó rechazando el requerimiento por estimar que no concurrían los presupuestos para la acción de inaplicabilidad, específicamente la posibilidad cierta de que las normas impugnadas pudieran aplicarse.

²¹⁵ Considerando 5°.

²¹⁶ Considerando 12°.

²¹⁷ Considerando 14°.

²¹⁸ Considerando 15°. Sobre el derecho al recurso, Vid. del Capítulo II, C.I.e).

²¹⁹ Artículos 5° N°3, 10, 11, 70-A, 405, 421 y 426 del Código de Justicia Militar.

Dejando de lado el tema de si la impugnación abstracta puede hacerse en sede de inaplicabilidad (considerando que la inconstitucionalidad de una norma derivará seguramente en la inconstitucionalidad de los efectos de su aplicación al caso concreto, como de a poco el propio Tribunal ha ido aceptando), la sentencia da luces respecto a la apertura del Tribunal a revisar la constitucionalidad de las normas de competencia de la justicia militar, siempre que la impugnación vaya dirigida contra normas determinadas y no contra el sistema penal militar globalmente considerado²²⁰. Es incomprensible en esta circunstancia que hasta el momento no haya habido más requerimientos sobre la materia²²¹.

II. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO “REGLA DEL TRATO”: DERECHO A SER TRATADO COMO INOCENTE HASTA QUE HAYA SENTENCIA CONDENATORIA FIRME

I. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Ya abordamos las generalidades sobre la presunción de inocencia entre nosotros, su consagración y la posición del Tribunal Constitucional frente a ella (Vid. *supra*, Capítulo I.C.1). Expusimos también allí los casos en que el Tribunal se ha referido a la “regla del juicio”, por lo que nos remitimos a ello. Ahora nos concentraremos, entonces, en las ocasiones en que se ha pronunciado acerca de la “regla del trato”, esto es, el derecho del imputado a que se le trate como inocente hasta la finalización del proceso. Específicamente, han sido impugnadas algunas normas sobre la prisión preventiva, por la posibilidad de que sean contrarias al estatuto del derecho a la libertad personal y las medidas cautelares establecido tanto en la Constitución como en tratados internacionales.

²²⁰ Así se desprende de lo sostenido por el Tribunal: “Que la acción de inaplicabilidad se dirige a establecer los efectos contrarios a la Constitución que la aplicación de un precepto legal provoca al regular una relación jurídica determinada y no a contrastar la compatibilidad, en abstracto, de una norma legal con la Ley Fundamental. Si bien la inconciliabilidad absoluta de ley y Constitución genera consecuentemente un efecto contrario a esta última en la aplicación de aquella a la relación jurídica singular –en el caso de que se trate y, por regla general, en cualquier otro–, en la especie no se cuestiona la aplicación de determinadas y precisas normas legales, explicando cómo cada una de ellas produce efecto contrarios a la Carta, sino que se impugna genéricamente un elemento relevante de un sistema jurisdiccional, el penal militar. Sin perjuicio de las críticas doctrinarias al mismo y del pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Chile que se invoca, a propósito de una situación jurídica determinada (Caso *Palamara Iribarne*, sentencia de 22 de noviembre de 2005), el juzgamiento de la acción de inaplicabilidad exige establecer si, en el caso específico, resulta contraria a la Constitución la aplicación de ciertos y determinados preceptos legales. Tal exigencia atribuye al interesado la carga de la argumentación y, eventualmente, de la prueba de las circunstancias concretas que en esa relación jurídica –como se alega– privan de imparcialidad al tribunal del fuero militar, disminuyen a límites inaceptables el derecho de defensa del imputado civil o atentan contra las bases de un procedimiento e investigación racionales y justos” (STC Rol N° 1029-08 de 24 de noviembre de 2008, considerando 7°).

²²¹ Digamos que ya sobre el final de la redacción de la presente memoria, el Tribunal hubo de controlar la constitucionalidad de un proyecto de ley que reforma algunos aspectos de la Justicia Militar que aquí señalamos, como la posibilidad de que se sometiera a ella a civiles. Vid. STC Rol N° 1845-10 (12 de noviembre de 2010).

2. CASOS PLANTEADOS AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

a) *Suspensión de la puesta en libertad por la interposición del recurso de apelación por parte del Ministerio Público (Artículo 149, inciso segundo del CPP)*

Según hemos dicho, la regla de tratamiento del imputado se vincula, en nuestro ordenamiento, con el sistema de medidas cautelares, las que deben tender a limitar la imposición de la prisión preventiva a los casos en que sea estrictamente necesaria, privilegiando la libertad del imputado a la espera del juicio.

Como derivación –o manifestación, si se prefiere– del principio de presunción de inocencia, su fundamento radica en que hasta la sentencia que dé término al proceso penal no se tiene real certeza de que el imputado ha cometido algún delito, por lo que resulta injusto que se le dé un tratamiento como tal. En este sentido, es que quizás sea más correcto referirnos al “estado de inocencia”, pues aquí no hay una presunción, en el sentido procesal del término, sino un *estatus* que sólo variará cuando se declare la culpabilidad por sentencia judicial.

Ya señalamos que entre nosotros la presunción de inocencia no se halla consagrada explícitamente, sino que, más bien, se le deduce de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal. Dijimos también que un sustento normativo más explícito lo brindan los tratados internacionales ratificados por Chile y que se hallan vigentes, que forman parte de lo que NOGUEIRA denomina el “bloque constitucional de derechos”²²².

Sin embargo, sí hay normas específicas en lo que se refiere al trato que debe recibir el imputado. En lo que nos interesa en este momento, existen disposiciones expresas que establecen garantías mínimas en torno a la procedencia de la privación de libertad previa a la condena²²³.

²²² Vid. del Capítulo I, epígrafe C.2 y Nota 93.

²²³ En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 9.4 que “[T]oda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal”. El número 3 del mismo artículo señala, además, en su parte final, que “[L]a prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”. En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su artículo 7° que “[T]oda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio” (N°5); agregando luego que “[T]oda persona privada de libertad a recurrir ante un juez o tribunal, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que ésta decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona” (N°6).

La Constitución, por su parte, dispone en la letra e) del N°7 del artículo 19, en los que nos interesa en este momento, que: “[L]a libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla”.

Como se puede apreciar, del bloque constitucional de derechos se desprenden las bases del sistema de medidas cautelares de nuestro país. Ello se ve reflejado en la reglamentación que hace el Código Procesal Penal de las mismas, que se caracterizan por ser excepcionales, instrumentales, provisionales, jurisdiccionales, proporcionales y sometidas a los objetivos del proceso²²⁴. De estas características, la que nos interesa en mayor medida en este análisis es la de jurisdiccionalidad, pues es ésta la que se ha hecho valer como argumento ante el Tribunal Constitucional para impugnar una norma del Código Procesal Penal.

Abundemos pues, en el carácter jurisdiccional de las medidas cautelares, específicamente de la prisión preventiva. DURÁN FUICA señala que este carácter deriva de la independencia del Poder Judicial, único encargado de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y hacer ejecutar lo fallado. Como las medidas cautelares son accesorias e instrumentales al proceso penal, su dictación corresponde a los tribunales, quedando vedada la intervención de los órganos legislativos y administrativos²²⁵. Tanto la Constitución como la ley reconocen el exclusivo dominio de la jurisdicción sobre las medidas cautelares. La primera al disponer en el inciso tercero del artículo 83 que “(...) las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa”. La segunda, al señalar el Código Procesal Penal, en el inciso segundo de su artículo 122, que “[E]stas medidas serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada”.

Como se sabrá, en el proceso penal vigente los órganos encargados de dictar las medidas cautelares son el Juez de Garantía o el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal respectivo, a petición del Ministerio Público, o bien del querellante. Lo importante es que, en principio, la libertad del imputado dependerá de la decisión que adopte el tribunal y no el fiscal.

Decimos en principio porque actualmente existe una especie de excepción a esta situación, la que fue establecida por Ley 20.253, que modificó –entre otros– el artículo 149 de dicho cuerpo normativo, agregando un inciso segundo que señala casos en que se suspenderá la puesta en libertad del imputado en razón de la interposición verbal de recurso de apelación por parte del Ministerio Público. Veamos.

²²⁴ Vid. con mayor detalle DURÁN FUICA (2007), pág. 118 y siguientes.

²²⁵ Hacia el final de la preparación de esta investigación, se dictó la STC Rol N° 1848-10, control de constitucionalidad del proyecto de ley que establece las figura del femicidio y modifica diversos cuerpos legales en materias relacionadas. Lo que nos parece destacable es que el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la parte del proyecto que permitía al Ministerio Público “decretar” la modificación o cese de una medida cautelar impuesta por el Juez de Familia, fundado justamente que la Constitución le prohíbe expresamente ejercer facultades jurisdiccionales, dentro de las que se comprende la potestad de dictar medidas cautelares.

La norma, que ha sido impugnada en cinco oportunidades, de las cuales sólo una vez el Tribunal se refirió al fondo de lo planteado, dispone que respecto de ciertos delitos, el imputado sea puesto en libertad sólo desde que quede ejecutoriada la resolución que lo ordena, lo que equivale a decir que es hasta que se falle el recurso de apelación, el que, además, se puede deducir verbalmente en la misma audiencia^{226, 227}. El problema surge, entonces, de comprender que en estos casos la libertad del imputado no depende, en última instancia, de la decisión de un órgano jurisdiccional (como le aseguran los tratados internacionales ya transcritos), sino que de la decisión de una autoridad administrativa como es el fiscal del Ministerio Público que intervenga en el proceso. Basta la interposición verbal del recurso de apelación para que la puesta en libertad quede suspendida y el imputado, privado de libertad aunque el órgano jurisdiccional haya resuelto lo contrario.

Como señalamos, en cuatro ocasiones el Tribunal decidió declarar la inadmisibilidad de la acción, fundado esencialmente en la falta de gestión pendiente. Esta norma plantea, efectivamente, un problema en este ámbito, pues ella misma contempla reglas para su resolución expedita, por lo que la gestión en que el precepto incide se agota en plazos muy cortos, lo que produce que al Tribunal Constitucional llega la causa cuando, para bien o mal del imputado, ya se ha resuelto su libertad y aplicado la norma impugnada.

En el plano sustantivo, cuando el Tribunal se refiere al problema planteado, decide igualmente rechazar el requerimiento por estimar que no hay ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte del Ministerio Público, y que es un órgano jurisdiccional (la Corte de Apelaciones respectiva) la que se pronunciará en definitiva sobre la libertad del imputado. Y la suspensión de la puesta en libertad se vería

²²⁶ Artículo 149: “*Recursos relacionados con la medida de prisión preventiva*. La resolución que ordenare, mantuviere, negare lugar o revocare la prisión preventiva será apelable cuando hubiere sido dictada en una audiencia. No obstará a la procedencia del recurso, la circunstancia de haberse decretado, a petición de cualquiera de los intervinientes, alguna de las medidas cautelares señaladas en el artículo 155. En los demás casos no será susceptible de recurso alguno.

Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, y los de la Ley 20.000, que tengan pena de crimen, el imputado no podrá ser puesto en libertad mientras no se encuentre ejecutoriada la resolución que negare o revocare la prisión preventiva, salvo el caso en que el imputado no haya sido puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido. El recurso de apelación contra esta resolución deberá interponerse en la misma audiencia, gozará de preferencia para su vista y fallo y será agregado extraordinariamente a la tabla el mismo día de su ingreso al tribunal de alzada, o a más tardar a la del día siguiente hábil. Cada Corte de Apelaciones deberá establecer una sala de turno que conozca estas apelaciones en días feriados.

En los casos en que no sea aplicable lo dispuesto en el inciso anterior, estando pendiente el recurso contra la resolución que dispone la libertad, para impedir la posible fuga del imputado la Corte de Apelaciones respectiva tendrá la facultad de decretar una orden de no innovar, desde luego y sin esperar la vista del recurso de apelación del fiscal o del querellante”.

²²⁷ Se trata de las STC Roles N° 1057-08; 1060-08 (ambas dictadas el 24 de abril de 2008); 1062-08 (28 de abril de 2008); 1064-08 (30 de abril de 2008), todas de inadmisibilidad; y la 1065-08 (18 de diciembre de 2008), en que el Tribunal, aunque señaló que procedía la inadmisibilidad, entró al fondo del asunto, haciéndose cargo de la argumentación planteada.

justificada desde que se trata de una norma aplicable sólo a delitos especialmente graves²²⁸. Por lo demás, el legislador habría actuado dentro de su competencia, determinando el sistema que mejor le pareció cumpliría con los fines que se planteaba, esto es, establecer un control de la puesta en libertad para ciertos casos. Ni al Tribunal Constitucional ni a los tribunales de justicia corresponde evaluar el mérito u oportunidad de las decisiones legislativas (considerando 35°).

El rechazo del requerimiento contó con la disidencia de los Ministros FERNÁNDEZ BAEZA y CORREA SUTIL, quienes estuvieron por acoger el requerimiento por los argumentos que ya explicamos: tanto la Constitución como la normativa internacional de derechos humanos garantizan que la libertad sea resuelta por un órgano jurisdiccional. La Carta Fundamental dispone explícitamente que “la libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad”, especificando claramente que es al juez al que corresponde valorar estos aspectos y no a otra autoridad del Estado²²⁹.

Por nuestra parte, concordamos con la posición mayoritaria del Tribunal en cuanto la norma no es inconstitucional ni en su consideración en abstracto, ni en su aplicación, pues no es efectivo que el Ministerio Público ejerza facultades jurisdiccionales, ni tampoco que al imputado se le prive de su derecho a que sea un órgano jurisdiccional en que resuelva sobre su libertad. En efecto, lo que caracteriza a la función jurisdiccional es que representa la decisión última, dotada de autoridad de cosa juzgada, lo que implica que lo que decida finalmente, ya no será más cuestionable. Aquí no hay por tanto ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte del Ministerio Público, puesto que lo que la norma impugnada permite es que se deduzca recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones –es decir, provocar el ejercicio ahora sí, de la jurisdicción–, y el imperativo de que antes de que se resuelva dicho recurso, se suspenda la puesta en libertad del imputado.

Ahora bien, esto no implica necesariamente que la norma no merezca reproches. Por una parte, altera el sistema original del Código que depositaba la confianza en el Juez de Garantía para resolver estos asuntos. Lo que trasunta a la modificación de la Ley 20.253 –y su debate en el Congreso Nacional– es una cierta desconfianza hacia dichos magistrados, por lo que se traslada la decisión

²²⁸ “TRIGESIMOSEGUNDO. Que, como se apreciarse, se trata de una situación excepcional, desde el momento que sólo resulta aplicable en caso de delitos muy graves y determinados taxativamente por el legislador, los que, específicamente, dicen relación con las figuras penales de secuestro, sustracción de menores, violación, violación de menores, violación calificada, parricidio, homicidio, robo con violencia o intimidación calificado o simple y robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación. Sin embargo, no debe olvidarse la circunstancia de que siempre serán los propios tribunales de justicia, en este caso la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, los que deberán resolver sobre dichas apelaciones, las que corresponde ver preferentemente y, en el caso de autos, ello se produjo al día siguiente, en ambos casos” (STC Rol N° 1065-08).

²²⁹ “(...) si llegara a aplicarse la disposición legal cuestionada, la privación de libertad del imputado se mantendrá aun cuando el juez expresamente haya resuelto que no la considera necesaria. La contradicción de ambas normas es palmaria y la Carta Fundamental no autoriza que un imputado puesto a disposición de un juez permanezca privado de libertad por la sola voluntad de un fiscal del Ministerio Público” (considerando 2° de la disidencia).

final sobre la libertad de los imputados por ciertos delitos, especialmente graves, a la Corte de Apelaciones respectiva. Por otro lado, no deja de ser cierto lo alegado por los requirentes en el sentido de que, al fin de cuentas, el imputado debe conformarse con seguir privado de libertad, por efecto de una decisión unilateral del Ministerio Público, la que además, no tiene mayor requisito que interponerse verbalmente en la misma audiencia. En cualquier caso, todas estas reflexiones apuntan a la mejor o peor decisión legislativa adoptada, y no a su constitucionalidad.

III. DERECHO AL DEBIDO PROCESO

I. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Sin duda el derecho al debido proceso es uno de los que mayor desarrollo ha tenido al alero de la Constitución de 1980. Paradojalmente, en su texto no se halla alusión alguna a dicho término –el “debido proceso”–, el que tiene, entre nosotros, un origen doctrinal; antes bien, su consagración se ha deducido del establecimiento como derecho de las personas el que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado” y en el deber correlativo del legislador de “establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Sin embargo, el hecho de que esté consagrado así –implícitamente– no ha sido obstáculo para que bajo su signo –y fruto de una sana interpretación evolutiva– se hayan ido alineando una serie de garantías que lo configuran. Se trata, en definitiva de un concepto cuyo contenido corresponde sea fijado a través de la función jurisdiccional y no de un catálogo taxativo de garantías²³⁰.

²³⁰ Vid. SCS Rol N° 3909-09, 15 de septiembre de 2009, considerando 9°: “Que, al respecto, como cuestión previa principal, es necesario precisar que el debido proceso, tal como ya ha tenido oportunidad de señalar este máximo tribunal en los ingresos N°s. 4954-08; 1414-09 y 4164-09, constituye un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, en cuya virtud toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y la misma Carta Fundamental, en el artículo 19, N°3, inciso 5°, le confiere al legislador la misión de establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo. Es así, que en torno a los aspectos que contempla el derecho a un debido proceso, no hay pareceres discrepantes en cuanto lo constituye un conjunto de garantías que la Constitución Política de la República, los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, y las leyes, entregan a las partes de la relación procesal, asegurándose que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes con la decisión, que se respeten los procedimientos establecidos en la ley, se dicten resoluciones motivadas o fundadas, etc.; en tanto que, por la imparcialidad del tribunal, se comprenden garantías individuales de que gozan las personas en relación a la organización judicial del Estado, como lo son el derecho al juez independiente, imparcial y natural, referida también a que los asuntos criminales deben ser conocidos por tribunales instituidos por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho punible, sin que otro poder del mismo Estado pueda avocarse a esa función, y finalmente, a la forma de posicionarse el juez frente al conflicto, de manera tal que no exista compromiso con las partes, porque en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los hechos y el castigo de los responsables de los delitos, como también la absolución del inocente, ese interés debe ser tutelado exclusivamente por el

Por ello es que hemos preferido agrupar en un epígrafe dedicado a este derecho un grupo de principios y derechos que han sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional (Vid. Tabla N°6 en el Anexo).

2. CASOS PLANTEADOS AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A. PUBLICIDAD DEL PROCESO Y DERECHO DEL ACUSADO A CONOCER LOS CARGOS QUE SE LE IMPUTAN

El derecho del imputado a conocer la acusación se encuentra asegurado en diferentes órdenes normativos válidos para nuestro país. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone, en su artículo 8.2, que el inculcado de un delito tiene dos garantías de información consistentes en el derecho a que le sea comunicada la acusación formulada “previa y detalladamente”, y el derecho a ser “asistido gratuitamente por el traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal”. Se trata de dos garantías “complementarias e indispensables si se quiere una verdadera posibilidad de defensa”²³¹. Una norma análoga contiene el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²³².

También en el Código Procesal Penal se encuentra recogido este derecho, como parte de lo que se ha denominado “derecho a la defensa material”, que incluye, entre otros, el derecho “a conocer, en forma clara y oportuna, la imputación formulada en su contra”²³³. Este derecho a la “defensa material” está construido sobre diversas normas que se hallan en el código del ramo, que le permiten en definitiva al imputado “realizar una oposición eficaz a la imputación delictiva de la que es objeto”²³⁴.

Y en lo que respecta a la Constitución Política, ésta asegura a todas las personas el derecho a defensa jurídica” y la debida intervención del letrado, pero no contempla en su catálogo derechos semejantes a los que contienen los instrumentos internacionales mencionados²³⁵. Sin embargo, como dijimos, se han ido incorporando estos a la noción del “debido proceso”, al punto que la doctrina y

Ministerio Público como órgano establecido por el Estado precisamente con ese objetivo, que incluye por cierto la exclusiva y excluyente promoción de la acción penal y la carga de probar la culpabilidad del imputado, debiendo al mismo tiempo el tribunal actuar con imparcialidad y objetividad, que no puede conducirlo a abandonar su posición equidistante de las partes, independiente y desinteresada sobre el objeto y fin del proceso”.

²³¹ TORO JUSTINIANO (2009), pág. 108.

²³² Artículo 14.3: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; y f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal”.

²³³ Cfr. DURÁN FUICA (2007), págs. 88-89.

²³⁴ DURÁN FUICA (2007), pág. 88.

²³⁵ Así, la Corte Suprema ha sostenido lo siguiente: “TERCERO: Que la Constitución Política de la República, en su artículo 19 N°3, inciso segundo, declara que ‘toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir, o perturbar, la debida intervención del letrado su hubiere sido requerida ...’, garantía que aparece en relación sustancial y directa, con aquella que contempla el inciso

jurisprudencia son unánimes en entenderlos integrante de ella. Por ello es que la posibilidad de que la aplicación de un precepto legal no permita al imputado conocer los términos de la acusación, y ejercer así su defensa, es susceptible de ser declarada inaplicable.

El Tribunal ha tenido oportunidad de referirse al derecho a conocer la acusación, a propósito de la impugnación hecha por una jueza del Auto Acordado Relativo al Procedimiento a Utilizarse para hacer Efectiva la Responsabilidad Disciplinaria de los Funcionarios y Empleados Judiciales, dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago. Entre los vicios alegados por la requirente, nos interesa el relativo a los efectos que podía tener la aplicación de la letra d) del artículo 4° del Auto Acordado, que establece el secreto de sumario administrativo hasta la formulación de cargos²³⁶.

Sin embargo, el Tribunal no resuelve el caso en razón del derecho a defensa, sino que por un razonamiento ligado al principio de publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, establecido en el artículo 8° de la Carta Fundamental. Siendo la Corte de Apelaciones de Santiago un órgano del Estado sometido a dicha exigencia, y no existiendo norma constitucional que permita al Auto Acordado exceptuarse de ella, deviene en inconstitucional el hecho de que éste establezca el secreto del sumario. Sin duda, el Tribunal dejó pasar una buena ocasión para determinar el ámbito del derecho a la defensa, sobre todo en relación con el secreto de los procedimientos disciplinarios. Acaso la posible trascendencia de su declaración lo llevó a preferir resolver este caso con normas anexas, con la costumbre de no referirse a los demás vicios alegados, cuando uno es suficiente para declarar la inaplicabilidad²³⁷.

primero del mismo precepto, precisando el sentido y alcance de la protección que el legislador debe prestar al ejercicio de los derechos de toda persona, refiriéndola específicamente a la defensa jurídica de ellos ante la magistratura que corresponda, defensa en juicio que constituye por otra parte un pilar básico de las reglas que sustentan el debido proceso penal, en virtud de lo cual el intérprete se encuentra obligado a dilucidar siempre en el sentido más favorable a la efectividad de aquellos derechos fundamentales.

CUARTO. Que aunque el constituyente utilizó una fórmula amplia y comprensiva de todos los que comparecen ante cualquier jurisdicción el derecho a defensa garantizado a través de asistencia jurídica letrada tiene su máximo grado de aplicación en el juzgamiento penal, en cual conlleva más exigencias que los requeridos en los demás órdenes jurídicos, por la mayor importancia de éste y por la supremacía de los bienes jurídicos en juego” (SCS Rol N°2629-05 del 13 de diciembre de 2005).

²³⁶ Se trata de la STC Rol N° 783-07, considerando 8°, 31 de agosto de 2007.

²³⁷ “Que, en el evento de concluirse que, en virtud de alguna de las razones invocadas, un precepto del Auto Acordado es contrario a la Carta Fundamental, se hará innecesario analizar otras causales de inconstitucionalidad alegadas para el mismo precepto. Este modo de razonar, ya asentado en nuestro medio jurídico, se sustenta en el hecho de que, respecto de este requerimiento, resulta innecesario e inútil entrar a considerar si un precepto, cuya inconstitucionalidad ya se ha concluido por contradecir una norma constitucional, debe ser declarado inconstitucional además por ser contrario a otro precepto de la misma Carta” (STC Rol N° 783-07, considerando 8°, 31 de agosto de 2007). Vid. la prevención de la Ministra PEÑA TORRES, que no comparte esta posición “debido a que, a su juicio, tal forma de razonar no se compadece con la defensa integral del principio de supremacía constitucional que procura resguardar el control de constitucionalidad de la ley y de otros cuerpos jurídicos, como el impugnado en el presente requerimiento”.

B. DERECHO A QUE SE LE BRINDE TIEMPO PARA PREPARAR LA DEFENSA

Con ocasión de la misma impugnación del Auto Acordado, el Tribunal tuvo oportunidad de referirse a este derecho, que garantiza al acusado la concesión de tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa²³⁸. Allí descartó que el plazo establecido en dicho cuerpo normativo para presentar los descargos o defensas y solicitar pruebas, de 5 días contados desde la acusación (artículo 4 letra i) del Auto Acordado) fuera contrario al derecho al debido proceso. Entre las razones que el Tribunal da para tal rechazo²³⁹, señala que “la fijación de un plazo requiere de una apreciación prudencial, que corresponde hacer al creador de la norma. A esta Magistratura no le cabe sustituir esa función sobre la base de su propio cálculo prudencial, sino sólo dejar sin efecto por inconstitucional la norma cuando exista evidencia que el plazo es tan breve que no resulta compatible con el derecho a defensa, afectándose la justicia del proceso”. Se trata de una decisión razonable, pues, siendo respetuosa con la autoridad competente para regular el procedimiento –por regla general y mandato constitucional, el legislador, y en este caso la Corte de Apelaciones de Santiago en ejercicio de facultades propias– deja abierta la posibilidad de que un plazo excesivamente breve tenga un efecto contrario a la Carta Fundamental. Esto parece en armonía también con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Castillo Petruzzi*, en que ésta objetó el plazo otorgado a la defensa, que sólo constó de 12 horas²⁴⁰. Claramente hay una diferencia ostensible entre este plazo y el de cinco días otorgado por el Auto Acordado.

C. DERECHO A LA IGUALDAD DE ARMAS (A PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 277 DEL CPP)

Este es un tema de gran importancia pues a su luz pueden resolverse varios problemas que ha planteado el funcionamiento de la reforma procesal penal, como la posibilidad de que Ministerio Público e imputado accedan a los mismos medios procesales, aun cuando el sistema configurado por el legislador haya previsto, en principio, que en algunos casos se restrinjan aquéllos.

Así, sucede con la posibilidad de que el Ministerio Público utilice el recurso contemplado en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, cuyo fundamento es la vulneración de derechos fundamentales. Por cierto que la garantía que el Ministerio Público reclama para sí es el derecho al debido proceso, lo que ha planteado un problema a resolver por los tribunales de justicia, especialmente

²³⁸ Contemplado expresamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.3 b): “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección”. También se encuentra consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.2 c): “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa”..

²³⁹ Vid. STC Rol N° 783-07, considerando 19°.

²⁴⁰ CIDH, Caso *Castillo Petruzzi*, 30 de mayo de 1999.

si se considera que en su génesis las normas constitucionales que consagran el debido proceso se establecieron a favor del imputado. Aunque en un primer momento la jurisprudencia de la Corte Suprema se inclinó por negar al Ministerio Público la posibilidad de que reclamara para sí el derecho al debido proceso²⁴¹, esa posición varió ostensiblemente, y se ha ido consolidando una jurisprudencia que le reconoce tal derecho, fundándose justamente en el carácter adversarial del proceso penal, que exigiría una igualdad procesal de los intervinientes.

Como se ve, determinar si la Carta Fundamental asegura una igualdad de las partes del proceso penal es trascendente para la comprensión del sistema procesal penal y la adecuada solución de algunos problemas que surgen de su funcionamiento.

Este problema ha sido abordado por el Tribunal Constitucional principalmente a propósito del artículo 277, inciso segundo, del Código Procesal Penal, que establece la posibilidad de que el auto de apertura del juicio oral sea apelado por el Ministerio Público –sólo por él– cuando se le excluyan pruebas provenientes de actuaciones o diligencias declaradas nulas o que hayan sido obtenidas con in-

²⁴¹ El discurso de la Corte Suprema en un principio era del siguiente tenor: “(...) El Ministerio Público, como se sabe, es el titular exclusivo de la investigación y el que ejercita y sustenta la acción penal pública (artículo 77 del Código Procesal Penal). Se trata por consiguiente, de un codetentador de la potestad punitiva del Estado. Ahora bien, el proceso penal es la forma institucionalizada del ejercicio de la violencia en que se materializa tal potestad punitiva la cual, desde el momento en que fue monopolizada por el poder central, amenaza siempre desbordar frente a un imputado que aparece en una posición de desigualdad ante ese formidable adversario, y debe por ello ser protegido por las instancias más elevadas de la organización jurídica mediante la garantía de un procedimiento estrictamente formalizado y regulado, que le asegure un tratamiento equilibrado y, sobre todo, capaz de preservar la presunción de inocencia que constituye el instrumento básico de su defensa. Esa formalización y regulación es lo que constituye el ‘debido proceso’ que, contra lo que pareciera desprenderse de las argumentaciones del recurrente a este respecto, no tiene realmente por objeto instaurar el ‘fair play’ entre contendientes de poderío equiparable, sino asegurar el respeto del más débil por parte de la potestad punitiva centralizada”. Vid. entre otras, SCS Rol N° 1989-2002, (2 de octubre de 2002); SCS Rol N°2600-2004, (11 de agosto de 2004). Luego, varió hacia la dirección opuesta, afirmando la igualdad entre Ministerio Público e imputado: “Que en lo que guarda relación con el primero de esos aspectos, como ya lo ha señalado este Tribunal, el Ministerio Público es un organismo autónomo de la mayor relevancia dentro de la etapa de investigación del proceso penal, pues detenta en forma exclusiva y excluyente la averiguación de la existencia real de un presupuesto de reacción penal. Pero al transitar a la etapa intermedia y posteriormente en el juicio oral, éste órgano privilegiado, deviene en una parte más en el proceso penal, cumpliendo una función distinta a la del juez, verdadero administrador de justicia, constituyéndose este último como justo árbitro de la contienda, y el otro como parte, caso en el cual podemos observar al Estado cumpliendo correctamente con sus dos roles específicos, pero esencialmente distintos: el de administrador de justicia y el de perseguir los delitos. (...) Empero nuestro actual sistema consagra un régimen que la doctrina especializada ha llamado ‘adversarial’, en donde los rasgos acusatorios tienen un peso definitivo y se entiende que es parte todo aquel que litigue frente a otro con posiciones procesales propias y opuestas a otros intervinientes. Generándose un marco igualitario de deberes y derechos para los litigantes del proceso criminal (...) Por lo que es inconcuso afirmar que el Ministerio Público y, específicamente sus fiscales, se encuentran en un plano de igualdad procesal frente a la persona del defensor”. Vid. entre otras, SCS Rol N°437-2005 (28 de junio de 2005); SCS Rol N°3984-05 (15 de noviembre de 2005).

observancia de garantías constitucionales²⁴². Esta norma ha sido impugnada en dos ocasiones²⁴³ y en ambos casos el requerimiento ha sido acogido, por estimar el Tribunal que el otorgamiento de un recurso sólo al Ministerio Público resulta contrario a la Carta Fundamental. Veamos.

El Tribunal es claro en afirmar la igualdad de los intervinientes en el proceso penal. Por intervinientes entiende aquellos que se contemplan en el artículo 12 del Código Procesal Penal, esto es, el fiscal, el imputado, el defensor, la víctima y el querellante. Ello lo estima consecuencia de la consagración constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, a la que se llega por la conjunción de diversas normas relacionadas con el acceso a la jurisdicción, el debido proceso, la igualdad en el ejercicio de los derechos, etc.²⁴⁴. Esto es sostenido explícitamente en el considerando 20° de la STC Rol N°1535-09, en que el Tribunal señala que “en el marco de su reconocimiento constitucional se incluye, como única forma de garantizarlo, el acceso efectivo a la jurisdicción en todos los momentos de su ejercicio, que se manifiesta en la exigibilidad de su apertura y, consecuentemente, de la substanciación del proceso, además del derecho a participar de los trámites del mismo, en igualdad de condiciones que los demás intervinientes”.

El Tribunal señala que la configuración del proceso corresponde al legislador, debiendo éste respetar lo dispuesto por la Constitución en el sentido de lograr la igual protección de la ley, “lo que naturalmente se ve violentado cuando un derecho procesal básico es otorgado por la ley a sólo uno de los dos agraviados por una resolución judicial, excluyendo al otro de la posibilidad de reclamar”²⁴⁵. Para el Tribunal, el diferente trato dado por la ley a dos intervinientes que se hallan en la misma posición de agraviados tampoco satisface el estándar de racionalidad exigido por el derecho a la igualdad ante la ley, ya que se afecta sustancialmente un derecho fundamental de uno de los intervinientes sin que se divise utilidad a la finalidad perseguida por el legislador²⁴⁶.

²⁴² Art. 277, inciso segundo: “El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será concedido en ambos efectos. Lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales”.

²⁴³ STC Rol N°1535-09 (28 de enero de 2010) y STC Rol N°1502-09 (9 de septiembre de 2010).

²⁴⁴ STC Rol N° 1535-09, considerando 19°: “Que nuestra Constitución consagra, sin denominarlo así, el invocado derecho a la tutela judicial efectiva, en el inciso primero del artículo 19, numeral 3°, y en las normas que lo complementan, al reconocerse, con fuerza normativa, que todas las personas son iguales en el ejercicio de los derechos, lo que comprende, en nuestro medio, su igualdad de posibilidades ante los órganos jurisdiccionales, incluyendo, en primer término, el derecho a la acción, sin el cual quedaría amenazado e incompleto”.

²⁴⁵ STC Rol N° 1535-09, considerando 28°.

²⁴⁶ Siempre discutiendo sobre la aplicación del mentado artículo 277, el Tribunal ha sostenido el mismo discurso tanto para la relación Ministerio Público - querellante particular, como para la relación Ministerio Público - imputado. “Que no parece justificada razonablemente la discriminación que contiene la norma en relación al querellante particular, desde el momento que, como ya se ha explicado, a él también le asisten derechos constitucionales en cuanto a ejercitar la acción, como señala en artículo 83 de la Carta Fundamental, pudiendo éste verse afectado de manera sustancial como consecuencia de la exclusión de una prueba. Así las

Ambas resoluciones contaron con votos disidentes, de los Ministros VODANOVIC SCHNAKE, FERNÁNDEZ FREDES, CARMONA SANTANDER y VIERA-GALLO QUESNEY –éste sólo en la última resolución, pues no integraba el Tribunal en el fallo de la primera–. La disidencia gira fundamentalmente en torno a los efectos de la declaración de inaplicabilidad en el caso concreto. Señalan los disidentes que, si se inaplica la parte del precepto que permite sólo al Ministerio Público apelar, entonces lo que se estaría haciendo es crear un recurso, para el imputado, que el legislador no contempló²⁴⁷.

En la disidencia estampada en la segunda resolución (STC Rol N° 1502-09), se va más allá y se cuestiona la decisión mayoritaria de entrar a conocer de un requerimiento en circunstancias de que la norma ya había sido aplicada, excluyendo la posibilidad de que el imputado pudiera recurrir, y había pasado, además, el momento procesal en que se podría haber deducido el recurso de apelación. El Tribunal responde a esto aduciendo que según el artículo 6° de la Constitución, los órganos del Estado deben conformar su actuación a ella, lo que implica que deberían, de ser necesario, retrotraer el juicio al estado en que se pudiera aplicar la norma con la redacción resultante en el evento de acogerse el requerimiento. Los disidentes no concuerdan con ello, y sostienen que la Constitución no faculta a esa Magistratura para “dejar sin efecto resoluciones dictadas en la gestión pendiente que tienen el carácter de firmes y que ya han producido efectos ulteriores en el proceso (...) menos retrotraer un juicio en curso a un estado procesal anterior”²⁴⁸. Nos parece que es fundada la preocupación de los disidentes, sobre todo en la relativización que pasa a tener el efecto de cosa juzgada de las resoluciones firmes, las que siempre estarían a la expectativa de ser revocadas, en caso de que el tribunal que las dictó deba “conformar su actuación” a las decisiones del Tribunal Constitucional. Por lo demás, según dijimos en algún momento, lo que subyace es la obligatoriedad o no de la doctrina del Tribunal Constitucional, entendida como valor vinculante del precedente del Tribunal, la que, aunque

cosas, existiendo dos sujetos activos de un mismo proceso penal sólo a uno de ellos se le ha facultado para apelar respecto de una resolución que le priva de un medio de prueba, lo que tampoco parece adecuado al fin que se persigue por el legislador (...)” (STC Rol N° 1535-09, considerando 38°); “Que, en estas condiciones, no se divisa razón ni proporción en otorgar el recurso de apelación en forma privativa a uno de los intervinientes, como es el ministerio público, mas no al imputado, lo que hiera injustificadamente su derecho a participar con igualdad de oportunidad ante los órganos jurisdiccionales. En efecto, siendo lógico que al amparo del artículo 277, inciso segundo, examinado, el ministerio público pueda apelar, en función de superar la presunción de inocencia que beneficia al imputado, no lo es que a éste se le impida levantar –con iguales posibilidades procesales– una teoría alternativa o colateral al caso, en defensa activa de sus derechos” (STC Rol N° 1502-09, considerando 12°).

²⁴⁷ “2°. Que, en la especie, lo resuelto en la sentencia da precisamente por resultado la creación de un recurso de apelación por parte de quien el legislador no ha legitimado al efecto. Con ello y como quiera que la legitimación para excitar la intervención del órgano jurisdiccional es parte de la competencia de este último, se vulnera el principio constitucional en cuya virtud sólo la ley (y además una ley orgánica constitucional) puede establecer las atribuciones de los tribunales de justicia, por lo que mal una sentencia de este Tribunal podría investir de competencia al efecto al tribunal de la gestión pendiente” (STC Rol N° 1535-09, considerando 2° de la disidencia).

²⁴⁸ STC Rol N° 1502-09, considerando 5° de la disidencia.

defendida por algunos autores²⁴⁹, no nos parece tenga sustento en nuestro ordenamiento.

En cuanto al fondo, agregan a lo dicho ya en la disidencia anterior, que el imputado no se halla en la *misma posición* que el Ministerio Público frente a la exclusión de prueba, porque le beneficia la presunción de inocencia, y además porque existen otros medios procesales, como el recurso de nulidad, que tutelan la debida observancia de sus derechos fundamentales.

D. DERECHO A RENDIR PRUEBAS. PROCEDIMIENTO DE DESAFUERO POR DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA

Se trata de un derecho que también forma parte del derecho a defensa. Es consustancial a éste “el derecho a proponer pruebas y conseguir su práctica en condiciones de normalidad y con sujeción a las leyes, en justificación de las alegaciones propias o para desvirtuar las de la contraparte”²⁵⁰. Aunque en principio la presunción de inocencia que beneficia al acusado le permitiría adoptar una actitud pasiva en el proceso, sin necesidad de acreditar nada, es evidente que no se le puede obligar a dicha actitud, y debe garantizársele la posibilidad de rendir probanzas destinadas a contrarrestar la prueba de cargo, ofreciendo una alternativa a los hechos presentados por el acusador.

En efecto, la presunción de inocencia “trae como consecuencia la exclusión de la carga probatoria respecto del imputado, es decir, éste no tiene la carga de probar su inocencia, sino por el contrario, es la parte acusadora quien tiene que probar positivamente la culpabilidad de la persona a quien imputa la comisión de un hecho ilícito”²⁵¹; pero a la par, debe permitírsele al acusado, cuando así lo estime conveniente, utilizar los medios probatorios en apoyo de su defensa. Se trata, como señalan algunos autores, de un derecho que será ejercido eventualmente, pues la necesidad de prueba por parte del imputado es contingente²⁵². Tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional han sostenido esta posición²⁵³.

²⁴⁹ Vid. *supra*, nota 3.

²⁵⁰ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2000), pág. 47.

²⁵¹ DURÁN FUICA (2007), pág. 83.

²⁵² Cfr. GOIG MARTÍNEZ (2006), pág. 367.

²⁵³ Vid. SCS Rol N° 1414-09, considerando 21: “Que sobre este reclamo, es menester distinguir entre la carga procesal que importa la realización de una conducta facultativa establecida en interés del propio sujeto, del deber procesal que corresponde al acusador que, para el caso del Ministerio Público, se transforma en la obligación de demostrar la culpabilidad con eficacia tal que logre quebrantar el estado de inocencia. Si bien el imputado no tiene ni la carga ni el deber de probar nada, menos su inocencia, sin embargo, siempre le asiste el derecho de aportar toda la prueba que estime pertinente en aval de su teoría del caso, pero su indiferencia en ese sentido no le puede acarrear ningún perjuicio, salvo que, como en el presente asunto, la teoría del caso del Ministerio Público haya cumplido con los estándares suficientes ‘más allá de toda duda razonable’, respecto de la certeza de los extremos de la acusación, que incluye los hechos, el delito y la participación culpable del imputado, caso en el que se hacía imperioso aportar prueba en contrario que generara una duda razonable, lo que no aconteció, por lo que la decisión del condena aparece como legal y procedente en derecho”. También, el Tribunal Constitucional, en la ya referida STC Rol N° 1502, reconoció –como señalamos– el derecho del imputado a “levantar –con iguales posibilidades procesales– una

Como fuere, el derecho a aportar pruebas en el proceso penal no aparece consagrado de forma explícita en nuestra Constitución. Pero se ha entendido que éste se halla tanto en el derecho a “defensa jurídica”, pues ésta no puede realizarse sin contar con medios probatorios; como en el derecho al debido proceso, noción que –según hemos podido ya observar– es de constante evolución y se complementa con la normativa contenida en tratados internacionales de derechos humanos. De este modo, debemos señalar que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos contemplan el derecho a que el acusado acceda a medios probatorios que le permitan ejercer efectivamente su derecho a defensa²⁵⁴.

El Tribunal Constitucional ha debido referirse al derecho a rendir pruebas a propósito, fundamentalmente, del procedimiento contemplado en la ley para obtener el desafuero de un parlamentario, cuando se trata de imputarle un delito de acción penal privada. En efecto, ha sido a propósito de la norma contenida en el inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal que el Tribunal ha ido delineando una jurisprudencia que puede parecer cambiante y hasta contradictoria –a primera vista–, y que además de considerar el derecho a rendir pruebas ha sido marcado por la importancia constitucional del fuero parlamentario, que es trascendental para que el Tribunal haya decidido en cuatro de los siete requerimientos de inaplicabilidad presentados a la fecha acoger la acción impetrada²⁵⁵. Ello también es relevante al considerar que la impugnación de una norma muy similar, contenida en el inciso cuarto del artículo 425 del Código Procesal Penal, pero referida a la “querrela de capítulos”, haya sido desestimada por unanimidad. En este *iter* también se encuentra la acción de inconstitucionalidad dirigida a lograr la derogación del precepto que comentamos, que fue rechazada por el Tribunal, no sin reparos de la doctrina, según veremos²⁵⁶.

teoría alternativa, en defensa activa de sus derechos”, lo que no se concibe si no es reconociéndole el derecho a acreditar mediante la aportación de pruebas los hechos que sustenten su posición.

²⁵⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.3, letra e): “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.2, letra f): “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

²⁵⁵ Sobre el fuero, también Vid. la STC Rol N° 736-07, en que el Tribunal deja establecido que es necesario el desafuero para apercibir a los miembros del Congreso Nacional con los apremios del artículo 33 del Código Procesal Penal (especialmente la citación) para que concurran a la audiencia de formalización en su contra.

²⁵⁶ A saber, el Tribunal se ha referido a esta norma en las siguientes oportunidades: en sede de inaplicabilidad, STC roles N° 478-06 (8 de agosto de 2006), 529-06 (9 de noviembre de 2006), 533-06 (9 de noviembre de 2006), 596-06 (5 de julio de 2007), 806-07 (11 de diciembre de 2007), 791-07 (15 de enero de 2008) y 1314-09 (24 de septiembre de 2009). A éstas, debemos agregar la STC Rol N° 699-06 (13 de septiembre de 2009), sobre el inciso cuarto

El problema planteado por la aplicación del inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal²⁵⁷ es básicamente el siguiente. Como es sabido, la Constitución, en el inciso segundo de su artículo 61²⁵⁸, establece un privilegio a favor de los miembros del Congreso Nacional –el llamado fuero parlamentario–, que “impide la formación de causa criminal por crimen o simple delito en contra de los diputados y senadores, sin previa declaración de la Corte de Apelaciones competente, que, indicando que existe mérito para ello, autorice la formación de causa criminal en contra de éstos”²⁵⁹.

Pues bien, en consonancia con estas normas constitucionales, el Código Procesal Penal regula la forma en que se ha de proceder para perseguir la responsabilidad penal de quienes cuentan con tal fuero. El modo en que se inicia este proceso es la “solicitud de desafuero”, regulada justamente en el artículo 416. En esta norma se establece que si el fiscal de la causa pretende formular acusación deberá cerrar la investigación y remitir los antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva para que ésta haga la declaración que exige la Constitución. Se requiere esta misma declaración si el fiscal pretende que se dicten medidas cautelares contra el aforado. Sin embargo, en su inciso tercero establece un procedimiento especial para los delitos de acción privada, disponiendo que en tal caso el querellante ocurra directamente ante la Corte de Apelaciones, antes de que el juez de garantía admita a tramitación su querrela. Se aprecia entonces que en un caso –cuando no se trate de delitos de acción privada– existirá una investigación llevada a cabo por el Ministerio Público, tras la cual éste podrá dirigirse a la Corte de Apelaciones respectiva solicitando el desafuero; mientras que en el otro –por delitos de acción privada– el Tribunal de Alzada resolverá la petición de desafuero con el solo mérito de lo expuesto por el querellante en su solicitud y en la querrela. Por lo tanto,

del artículo 425 del Código Procesal Penal. Finalmente, la STC Rol N° 558-06 (5 de julio de 2007) resolvió sobre la constitucionalidad *in abstracto* de la norma que tratamos.

²⁵⁷ El artículo 416 íntegro establece lo que sigue: “Solicitud de desafuero. Una vez cerrada la investigación, si el fiscal estimare que procediere formular acusación por crimen o simple delito en contra de una persona que tenga el fuero a que se refieren los incisos segundo a cuarto de la Constitución Política, remitirá los antecedentes a la Corte de Apelaciones correspondiente, a fin de que, si hallare mérito, declare que ha lugar a formación de causa. (Inc. 2°) Igual declaración requerirá si, durante la investigación, el fiscal quisiere solicitar al juez de garantía la prisión preventiva del aforado u otra medida cautelar en su contra. (Inc. 3°) Si se tratare de un delito de acción privada, el querellante deberá ocurrir ante la Corte de Apelaciones solicitando igual declaración, antes de que se admitiere a tramitación su querrela por el juez de garantía”.

²⁵⁸ Artículo 61, inciso segundo al cuarto: “Ningún diputado o senador, desde el día de su elección o desde su juramento, según el caso, puede ser acusado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema. (Inc. 3°) En caso de ser arrestado algún diputado o senador por delito flagrante, será puesto inmediatamente a disposición del Tribunal de Alzada respectivo, con la información sumaria correspondiente. El Tribunal procederá, entonces, conforme a lo dispuesto en el inciso anterior. (Inc. 4°) Desde el momento en que se declare, por resolución firme, haber lugar a formación de causa, queda el diputado o senador imputado suspendido de su cargo y sujeto al juez competente”.

²⁵⁹ ZÚÑIGA URBINA (2008), pág. 733.

en este último caso, la ley no contempla un momento procesal en que aquel cuyo desafuero se pretende pueda oponerse a la petición ni aportar a la Corte antecedentes dirigidos a desvirtuar lo planteado por el querellante en su solicitud. A este problema, relacionado con el derecho a defensa que venimos tratando, se agrega el que la resolución que haga la Corte de Apelaciones del asunto tendrá, en caso de ser afirmativa, efectos sobre las mayorías parlamentarias –pues el desafuero implica la suspensión del cargo del desaforado–, socavando las bases del funcionamiento democrático.

La posición que asume el Tribunal desde los primeros requerimientos sobre la materia es que efectivamente la regulación del desafuero por delitos de acción privada es, en principio, deficiente desde el punto de vista de las garantías mínimas que configuran el debido proceso. Especialmente la falta de un momento en que se puedan aportar probanzas destinadas a desvirtuar los hechos plasmados en la solicitud de desafuero y la querrela puede llevar a un proceso sin contradicción y sin posibilidad de rendir pruebas, lo que vulnera las normas que establecen el debido proceso^{260, 261}. Sin embargo, aquí es necesario que nos deten-

²⁶⁰ “(...) De conformidad a lo expuesto, en estricta aplicación del precepto contenido en el inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal, la Corte de Apelaciones, a su vez, tiene como antecedente para fundar su decisión sobre el desafuero únicamente el tenor de la querrela, antes de que se verifique siquiera su admisibilidad, y carece de elementos probatorios debidamente producidos, que le permitan constatar la existencia de un fundamento serio sobre el mérito o justificación para formar causa. Así, el conocimiento previo a la resolución, es precario e incompleto” (STC Rol N°478, considerando 20°; razonamiento que se repite en los pronunciamientos posteriores). Y, ligando derechamente la posibilidad de rendir pruebas al derecho a defensa: “Que de lo relacionado se sigue que en este proceso la recepción y producción de la prueba es connatural al derecho de defensa, constituyéndose en garantía esencial de un procedimiento racional y justo. Su ausencia priva a la norma procesal impugnada, de un requisito mínimo para satisfacer el mandato constitucional”. (STC Rol N°478, considerando 22°; razonamiento que se repite en los pronunciamientos posteriores)

²⁶¹ Hemos dado por sentado aquí dos cosas, que el Tribunal en todo caso resuelve en sus pronunciamientos. PRIMERO, que el desafuero, aunque previo al proceso penal propiamente tal, es también un proceso, que debe cumplir con todas las garantías que para éste exige la Carta Fundamental. En palabras del Tribunal: “Que en la doctrina u jurisprudencia nacionales ha sido materia de debate la calificación de la naturaleza procesal de la gestión de desafuero, afirmándose diversas posiciones: se trataría de un incidente de un juicio, de un procedimiento especial o de un antejuicio que verifica la existencia de una condición de procesabilidad. Como sea, e independiente de su carácter, el desafuero se decide a través de un proceso que culmina en una sentencia con efectos permanentes, cuya legitimidad se asegura por un procedimiento racional y justo” (STC Rol N° 478-06, considerando 17°; razonamiento que se repite en los pronunciamientos posteriores). Y agrega, luego: “Que carece de relevancia que las partes puedan aportar sus probanzas en el juicio criminal mismo, porque éste es un conflicto jurídico posterior al proceso de desafuero, que puede provocar efectos tan trascendentes como la suspensión del cargo del parlamentario y amerita, per se, un procedimiento e investigación racionales y justos. (...)” (STC Rol N°478, considerando 21°; razonamiento que se repite en los pronunciamientos posteriores). Lo SEGUNDO que asumimos es que el fuero establecido en el artículo 61 de la Carta Fundamental alcanza tanto a los delitos de acción pública como de acción privada. La interpretación contraria fundada en que la norma utiliza el término “acusación” (trámite procesal que no existe en el proceso penal por delitos de acción privada en que la acción se ejercita con la querrela) no es admisible por desvirtuar el fundamento del fuero parlamentario, que es la protección del

gamos a tratar dos cuestiones que surgen: en primer lugar, la constitucionalidad *in abstracto* de la norma impugnada, o lo que es lo mismo, la posibilidad de una interpretación y aplicación acorde con la Constitución; y, en segundo lugar, las consecuencias de la inaplicabilidad del precepto impugnado en las gestiones que se hallan pendientes.

Sobre lo primero, ya anunciamos que el Tribunal rechazó la acción de inconstitucionalidad dirigida contra el inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal, que buscaba en definitiva su derogación²⁶². Es interesante esta resolución, no sólo porque aplica un principio que el Tribunal ha ido conformando a lo largo de su jurisprudencia, como es la búsqueda de *a lo menos* una interpretación acorde con la Carta Fundamental; sino que también porque delimita claramente el ámbito de control en que opera la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad. En efecto, el Tribunal señala que, aunque en los requerimientos de inaplicabilidad que sirven de antecedente a la acción de inconstitucionalidad la norma efectivamente hubiese tenido un efecto contrario a la Constitución, por privarse a los parlamentarios del derecho a prueba, existe una interpretación que asegura a estos el ejercicio de tal derecho y, así, la observancia del debido proceso y de las normas que establecen el fuero parlamentario. Aunque el Tribunal reconoce que “el precepto legal cuestionado carece en su texto de una regulación precisa de la tramitación de la solicitud de desafuero ante el Tribunal de Alzada (...) [L]a mencionada omisión provoca un vacío legal, que –sin embargo– puede ser integrado con otros elementos del ordenamiento jurídico y posibilitar, entonces, una interpretación del precepto que se concilie con la norma constitucional”²⁶³. Para afirmar esto el Tribunal tiene presente las reglas generales y supletorias contenidas en el Código Procesal Penal, que permitirían a la Corte de Apelaciones, al conocer de la solicitud de desafuero, llamar a rendir prueba, si estima que existen “hechos substanciales y pertinentes que se hayan controvertido”²⁶⁴. Esta distinción le permitió al Tribunal, con posterioridad a esta resolución, rechazar sendos requerimientos de inaplicabilidad por estimar que en el caso concreto se habían observado las garantías mínimas del debido proceso, por haber hecho eco las Cortes, de la interpretación propuesta por el propio Tribunal; y haber acogido otro requerimiento, pero sólo en cuanto la Corte que conocía de la gestión no podría

funcionamiento del Legislativo, y, con ello, de la democracia como forma de gobierno; mismos que se ven afectados tanto por el desafuero por delitos de acción pública como por de acción privada. Esta misma posición sostiene el Tribunal: “Que debe descartarse una interpretación –sustentada únicamente en los términos literales del precepto constitucional– que excluya del ámbito del desafuero los delitos de acción privada, por cuanto ella suprimiría en ese caso una garantía concebida para el funcionamiento irrestricto de la función parlamentaria, colocando al afectado en una situación desigual, de detrimento de sus derechos, frente al acusado por un delito de acción pública, en circunstancias que la naturaleza de las figuras criminales es la misma, no obstante las diversas condiciones establecidas por la ley para el ejercicio de las acciones” (STC Rol N° 478, considerando 9°; razonamiento que se repite en los pronunciamientos posteriores).

²⁶² STC Rol N°558 (acumulada con la Rol N°590), de 5 de junio de 2008.

²⁶³ Considerando 12°.

²⁶⁴ Vid. el razonamiento y las normas expuestas en el considerando 13°, en que se consigna la oración citada.

aplicar la norma impugnada “en lo que éste le puede impedir decretar prueba, en caso de que, a su juicio, ella resulte necesaria”²⁶⁵.

En los casos en que rechazó las impugnaciones lo hizo por “el cumplimiento (*en el caso concreto*, agregado nuestro) de las garantías de un debido proceso. En efecto, en el procedimiento de desafuero se notificó al parlamentario de la solicitud de desafuero, según consta a fojas 28 (*del expediente de la causa*, agregado nuestro). Por otra parte, también consta que éste designó como abogado patrocinante (...), quien concurrió a la vista de la causa a plantear defensas y alegaciones”²⁶⁶; y porque, en el segundo caso, “traído a la vista el expediente remitido (...) queda de manifiesto que la aplicación al caso concreto del precepto impugnado se ha efectuado en cumplimiento de las garantías de un debido proceso, desde el momento que el parlamentario fue debidamente emplazado, asistido por abogado, presentó recursos, realizó actuaciones y planteó sus alegaciones destinadas a hacer valer su defensa”²⁶⁷. En definitiva, en las gestiones en que se podía haber aplicado la norma, se garantizó por las Cortes la posibilidad de aportar pruebas, a través del ejercicio de integración del vacío legal que el Tribunal ya había esbozado.

Sobre lo segundo, esto es, las consecuencias que podrían derivar de la inaplicabilidad de las normas sobre desafuero por delitos de acción privada, fue un asunto que en un primer momento produjo críticas de la doctrina²⁶⁸, y una vacilante actitud tanto del propio Tribunal Constitucional, como de las Cortes de Apelaciones llamadas a proseguir con el conocimiento de los procedimientos de desafuero. El Tribunal, cauteloso en cuanto a no exceder la competencia trazada por la Constitución, cuidó en un primer momento de no dar a los tribunales del fondo pautas para la substanciación del proceso sin el precepto declarado inaplicable, entendiendo que este es problema de legalidad²⁶⁹. Esto trajo como conse-

²⁶⁵ STC Rol N°806-07 (11 de diciembre de 2007). Este requerimiento tiene las siguientes particularidades. En primer lugar, fue interpuesto no por un parlamentario que se sentía menoscabado en sus posibilidades, sino por el querellante, ante la interpretación hecha por la Corte de Apelaciones, en el sentido de que el precepto impugnado le impedía recibir pruebas. Esto motivó al querellante, interesado en poder dar sustento a lo planteado en la querrela, a requerir la inaplicabilidad de la norma que comentamos. Y esto mismo llevó al Tribunal a acoger el requerimiento, pero sólo en cuanto podía ser interpretado por la Corte de Apelaciones en el sentido de que no le estaba permitido decretar pruebas, si eran necesarias.

²⁶⁶ STC Rol N°791-07 (15 de enero de 2008), considerando 33°.

²⁶⁷ STC Rol N°1314-09 (24 de septiembre de 2009), considerando 40°.

²⁶⁸ Vid. GÓMEZ BERNALES (2006), quien critica los pronunciamientos iniciales del Tribunal en la materia, entre otras cosas, por dejar sin regulación el trámite del desafuero, quedando las víctimas del delito –querellantes en el proceso– sin forma de desaforar al parlamentario, constituyendo una verdadera forma de impunidad.

²⁶⁹ Sí señaló desde un principio que era a él –no a las Cortes, por supuesto– al que le resultaba improcedente “discurrir una solución que resuelva algún posible vacío legal sobre la base de la aplicación inmediata de la Constitución, reglas comunes a todo procedimiento y principios generales del derecho que puedan operar en virtud del principio de inexcusabilidad” (STC Rol N°478-06, considerando 11°). Como señala GÓMEZ BERNALES ésta declaración debió haber orientado a la Corte de Apelaciones respectiva para que integrara el vacío. Cfr. GÓMEZ BERNALES, (2006), pág. 216. Incluso, eso pudo ser así sin que el Tribunal hubiera declarado expresamente que lo inaplicable era una interpretación posible de la norma –como demanda el autor que citamos– práctica que, además de no corresponder con la atribución del Tribunal

cuencia que en algunos casos la Corte de Apelaciones decidiera archivar el proceso de desafuero, por estimar que no existía norma que le permitiera decidir el asunto. Para evitar esto, el propio Tribunal comenzó a desarrollar explícitamente la forma en que podía procederse para efectos del desafuero, señalando que los parlamentarios tienen que responder por sus delitos (salvo aquellos cubiertos por la inviolabilidad establecida en el artículo 61 de la Carta Fundamental), lo que no podía obviarse a pretexto de no existir norma que regulase el procedimiento para desafuero²⁷⁰, y resolviendo expresamente que “la Corte de Apelaciones estará en condiciones de resolver la materia de su competencia con el mérito de las disposiciones constitucionales aplicables al caso, solamente con exclusión del artículo 416 inciso tercero del Código Procesal Penal”²⁷¹.

La misma lógica mostrada a propósito del desafuero parlamentario fue utilizada para resolver el requerimiento de inaplicabilidad entablado contra el inciso cuarto del artículo 425 del Código Procesal Penal, norma que regula el procedimiento denominado “querrela de capítulos” en una forma similar al desafuero²⁷². Respecto de ésta, el Tribunal mantuvo su posición de que en principio la redacción del precepto impugnado permitiría una aplicación contraria a la Carta Fundamental, pero que éste efecto no se producirá si la Corte de Apelaciones respectiva, en ejercicio de sus propias facultades legales, accede a recibir pruebas. En este caso, “la Corte de Apelaciones de Rancagua accedió al requerimiento de la afectada, esto es, “la celebración de una audiencia oral a fin de recibir los

de declarar inaplicable un precepto legal –y no una interpretación de éste–, no era necesaria en este caso por existir una forma de integrar el vacío legal, la que fue señalada por el propio Tribunal.

²⁷⁰ “Que, según lo prevé el artículo 61, inciso primero, de la Constitución Política de la República, ‘los diputados y senadores sólo son inviolables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o de comisión’. En consecuencia –como se recuerda en la motivación décimo primera–, frente a la imputación de un hecho delictivo un parlamentario goza de fuero, pero no de inmunidad. Interpuesta la acción criminal en su contra, el ejercicio de la misma no puede verse impedido por la inaplicación del precepto legal que regula únicamente la oportunidad de la autorización previa que otorga el Tribunal de Alzada, pues el conflicto jurídico se resuelve reconociendo la eficacia normativa de la disposición contenida en el artículo 61, inciso segundo, de la Ley Fundamental. Ella deriva de la supremacía de la Constitución y su vinculación directa con los órganos del Estado y toda persona o grupo, bases fundantes de la institucionalidad” (STC Roles N°523-06 y 533-06, considerando 25°).

²⁷¹ STC Roles N°523-06 y 533-06, Parte resolutive.

²⁷² Artículo 425: “Solicitud de admisibilidad de los capítulos de acusación. Una vez cerrada la investigación, si el fiscal estimare que procediere formular acusación por crimen o simple delito contra un juez, un fiscal judicial o un fiscal de ministerio público, remitirá los antecedentes a la Corte de Apelaciones correspondiente, a fin de que, si hallare mérito, declare admisibles los capítulos de acusación. (Inc. 2°) En el escrito de querrela se especificarán los capítulos de acusación, y se indicarán los hechos que constituyeren la infracción de la ley penal cometida por el funcionario capitulado. (Inc. 3°) Igual declaración a la prevista en el inciso primero requerirá el fiscal si, durante la investigación, quisiere solicitar al juez de garantía la prisión preventiva de algunas de esas personas u otra medida cautelar en su contra. (Inc.4°) Si se tratare de un delito de acción privada, el querellante deberá ocurrir ante la Corte de Apelaciones solicitando igual declaración, antes de que se admitiere a tramitación por el juez de garantía la querrela que hubiere presentado por el delito”.

argumentos de mi parte”²⁷³, y aunque no dispuso recibir probanzas, esto no hace devenir la aplicación en inconstitucional, pues “[E]sta Magistratura ha reiterado su entendimiento respecto a la aportación de probanzas como un requisito del debido proceso, pero precisando ‘cuando procede’, argumento ya sostenido en los debates de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución”²⁷⁴. En este caso, la Corte había estimado que la prueba no era necesaria.

En fin, para terminar con el derecho a rendir pruebas, nos permitimos recordar que el Tribunal ha confirmado que en el proceso penal las exigencias de un justo y racional procedimiento exigen la posibilidad de que el imputado pueda aportar medios probatorios para probar hechos o para desvirtuar lo planteado por el acusador. Así quedó establecido en la STC Rol N° 1502, en que se reconoció –como señalamos– el derecho del imputado a “levantar –con iguales posibilidades procesales– una teoría alternativa, en defensa activa de sus derechos”, lo que no se concibe si no es reconociéndole el derecho a acreditar mediante la aportación de pruebas los hechos que sustenten su posición.

E. DERECHO AL RECURSO EN MATERIA PENAL

Nuevamente nos encontramos frente a un derecho que no se halla consagrado explícitamente en la Constitución Política de 1980, pero que es exigible por estar establecido en la normativa internacional de derechos humanos²⁷⁵. Según NOGUEIRA, este derecho consiste en que “la sentencia en materia penal sea *revisada integralmente* por otro tribunal superior, tanto en sus aspectos de hecho como de derecho”²⁷⁶. Esta concepción está ligada a lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* y por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en su dictamen sobre el caso *Cesario Gómez Vásquez*. Así, en el primer caso, la Corte sostuvo que “el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica”²⁷⁷; y que “de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se deben entender que el recurso que contempla el artículo 8.2 h) de dicho tratado, debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho”²⁷⁸.

²⁷³ STC Rol N°699-06 (13 de septiembre de 2007), considerando 8°.

²⁷⁴ Considerando 9°.

²⁷⁵ Específicamente, en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que: “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito en la ley”.; y el artículo 8.2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que: “Toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

²⁷⁶ NOGUEIRA ALCALÁ (2008), pág. 368.

²⁷⁷ CIDH, Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2 de julio de 2004, párrafo 158.

²⁷⁸ CIDH, Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párrafo 161.

a) *Derecho a un recurso ante tribunal superior para que se revise integralmente la resolución*

La propia Corte Interamericana ha desarrollado el contenido de este derecho que, a la luz de la Convención, debe asegurar que la sentencia o resolución sea revisada por un “juez o tribunal superior”. Ha dicho, por ejemplo, que este juez o tribunal revisor debe cumplir con los requisitos de objetividad e imparcialidad inherentes a todo órgano jurisdiccional, por lo que este derecho “no se satisface con la mera existencia de un órgano superior al que juzgó y condenó al inculpa-do, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto”²⁷⁹.

Sobre la forma en que se ha de materializar la revisión por el tribunal superior, NOGUEIRA señala que se trata de un derecho de configuración legal, pues es el legislador el que “puede determinar cuál es ese tribunal y cómo se somete a él el fallo condenatorio”²⁸⁰.

Esto es importante, pues en Chile la reforma procesal penal modificó el sistema recursivo penal, estableciendo como principio la única instancia, a diferencia del procedimiento antiguo en que la doble instancia predominaba ampliamente²⁸¹. Esto se relaciona también con otro punto importante, que es determinar hasta qué punto debe extenderse la revisión hecha por el tribunal superior.

Para algunos, el tribunal superior debe poder revisar integralmente la sentencia, incluyendo no sólo los aspectos de derecho, sino que también los de hecho. Así, para FERRAJOLI la restricción en la posibilidad de apelar, incluso fundada en el valor del principio de inmediatez lesiona el valor del reexamen, “en la medida, precisamente en que resultara cerrada o impedida, en la segunda instancia, la renovación de la instrucción. De hecho, reexamen quiere decir renovación integral del juicio por parte de un juez distinto sobre la cuestión, aunque sea la parcial y específica sometida a la apelación. Es cierto –dice Nappi– que un reexamen de este tipo, en el sistema actual, contradice el principio acusatorio de la inmediatez. Pero pienso que éste es precisamente el precio que se debe pagar por el valor de la doble instancia, si queremos salvar la esencial función garantista”²⁸².

En cambio para otros, el derecho al recurso no es lo mismo que derecho a la segunda instancia. Ésta es la posición en que se inscribe el sistema recursivo establecido por la reforma procesal penal. Así quedó claro en la discusión parlamentaria, en que se desecharon las objeciones planteadas por un sector de la doctrina que estimaba que la supresión de la doble instancia era inconstitucional por privar al imputado de la posibilidad de apelar²⁸³. Ahora bien, como señala LÓPEZ MASLE,

²⁷⁹ CIDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párrafo 159. La Corte ya había sostenido esto en el caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, 30 de mayo de 1999, párrafo 161.

²⁸⁰ NOGUEIRA ALCALÁ (2008), pág. 369.

²⁸¹ Vid. HORVITZ LENNON & LÓPEZ MASLE (2004-II), pág. 351 y siguientes.

²⁸² FERRAJOLI (1996), pág. 39. Citado parcialmente en HORVITZ LENNON & LÓPEZ MASLE (2004-II), pág. 358.

²⁸³ Cfr. HORVITZ LENNON & LÓPEZ MASLE (2004-II), pág. 357.

“[L]a opción legislativa chilena está lejos de cerrar el debate doctrinario, porque hay quienes consideran el principio de la doble instancia como un valor constitucional de rango superior al principio de inmediación”. El Tribunal Constitucional, en todo caso, ha zanjado toda posible discusión relativa a la constitucionalidad de la supresión del recurso de apelación en el proceso penal, señalando que no hay derecho a la doble instancia, y que la configuración del sistema de recursos corresponde al legislador²⁸⁴. Con esto, hace eco de la opinión de buena parte de la doctrina y tribunales constitucionales extranjeros.

Por su parte, la Corte Interamericana se ha conformado con señalar que “independiente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida”²⁸⁵. No ha especificado si tal recurso deba ser una casación o una apelación, ni su alcance. Estas determinaciones corresponderían, entonces, al derecho interno, en virtud del margen de apreciación nacional²⁸⁶.

Al Tribunal Constitucional le ha correspondido pronunciarse acerca de este derecho a propósito de la norma contenida en el inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal, que establece algunos casos de “improcedencia de recursos” y la del artículo 277 del mismo código, que posibilita solamente al Ministerio Público que apele cierta resolución del juez de garantía. Mención aparte merece un requerimiento dirigido a impugnar el que no se pueda apelar contra la resolución que deniega una medida alternativa a la privación de libertad que, aunque mal dirigido –y, por ello, bien rechazado, según veremos–, se fundaba en la noción de “revisión integral” que, por estar desligada de la idea de doble instancia, hubiera podido ser aceptada con mayor facilidad por el Tribunal para declarar el efecto inconstitucional de esa limitación. Veamos.

b) El artículo 387 del Código Procesal Penal, la “improcedencia de recursos” contra ciertas sentencias y su compatibilidad con el derecho al recurso

Sobre el inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal, el problema que plantea esta norma es que establece casos de “improcedencia de recursos”, lo que ya nos anuncia que se trata de casos en que no se permite la impugnación de ciertas resoluciones. A decir verdad, el problema no está planteado por el inciso primero, que no permite recurrir contra la resolución que falle un recurso de nulidad, pues aquí ya ha existido una impugnación y la propia norma remite a otra vía para impugnar la sentencia firme; el problema es que el inciso

²⁸⁴ Vid. STC Rol N° 1432-09 (5 de agosto de 2010), considerando 14°: “Que, sin embargo, aunque nuestra Constitución exigen un debido proceso que consagre la revisión de las sentencias, ello no significa que consagre el derecho a la doble instancia. En otras palabras, el derecho al recurso no es equivalente al recurso de apelación”. Agrega que la configuración del proceso corresponde al legislador, no pudiendo referirse el Tribunal Constitucional al mérito o conveniencia de sus determinaciones. En el mismo sentido, se pronuncia en la STC Rol N° 1443-09 (26 de agosto de 2010), considerando 13°.

²⁸⁵ CIDH, Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párrafo 165.

²⁸⁶ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ (2006), pág. 1141; TORO JUSTINIANO (2009), pág. 117 y siguientes; FUENTES MAUREIRA (2009).

segundo no permite recurrir contra la sentencia definitiva del juicio oral, en un determinado supuesto²⁸⁷.

El primer caso que llegó al Tribunal Constitucional gozó de cierta publicidad, pues involucraba al imputado en un juicio de homicidio, Aarón Vásquez, que fue juzgado como adolescente. Hay ciertos aspectos del caso concreto que deben ser destacados porque permiten valorar críticamente la resolución del Tribunal. Es importante, desde este punto de vista, considerar que el requirente fue condenado en juicio oral como autor del delito de homicidio simple a la pena de 3 años de presidio menor en su grado medio, la que se cumpliría en régimen semicerrado. En este juicio, el imputado confesó su participación y la defensa no buscó su absolución. Contra esta sentencia tanto el Ministerio Público como el querellante dedujeron recurso de nulidad, el que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago, que dispuso la realización del correspondiente nuevo juicio oral ante tribunal no inhabilitado. En este segundo juicio oral, el imputado resultó nuevamente condenado como autor del delito de homicidio, pero esta vez calificado por estimar el tribunal que concurría alevosía en el actuar. Se le impuso la pena de 7 años de internación en régimen cerrado. Esta es, a todas luces, una pena más desfavorable que la que se impuso en el primer juicio. Por esa razón esta vez la defensa pretendió impugnar el juicio oral, posibilidad que le fue negada por aplicación del inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal, el que, por consiguiente, fue impugnado ante el Tribunal Constitucional. El argumento principal es, como ya se entenderá, que el derecho a impugnar la sentencia condenatoria que le perjudica se ve impedido por la norma impugnada, la que, por tanto, tiene un efecto contrario a la Carta Fundamental, debiendo declararse inaplicable.

El Tribunal, luego de hacer todo un examen previo sobre las facultades del legislador –la cual no puede invadir pronunciándose sobre el mérito de las normas que éste crea–, desarrolla una noción de “debido proceso” bastante *sui generis*, señalando que “por debido proceso se entiende aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho”. Agrega luego que “[A] este respecto, el debido proceso cumple una función dentro del sistema, en cuanto garantía del orden jurídico, manifestado a través de los derechos fundamentales que la Constitución le asegura a las personas. Desde esta perspectiva el imperio del derecho y

²⁸⁷ Artículo 387 del Código Procesal Penal: “*Improcedencia de recursos*. La resolución que fallare un recurso de nulidad no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la revisión de la sentencia condenatoria firme de que se trata en este Código. (Inc.2°) Tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad. No obstante, si la sentencia fuere condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria, procederá el recurso de nulidad en favor del acusado, conforme a las reglas generales”. Sobre esta norma el Tribunal se ha pronunciado en las siguientes sentencias: Rol N° 986-07 (31 de enero de 2008), Rol N° 821-07 (1 de abril de 2008), Rol N° 1055-08 (2 de abril de 2008), Rol N° 1130-07 (7 de octubre de 2008) y Rol N° 1501-09 (31 de agosto de 2010).

la resolución de conflictos mediante el proceso son una garantía de respeto por el derecho ajeno y la paz social. En síntesis, el debido proceso, más allá de consagrar los derechos de los litigantes, y el poder-deber del juez en la forma que el constituyente ha establecido para eliminar la fuerza en la solución de los conflictos, genera un medio idóneo para que cada cual pueda obtener la solución de sus conflictos a través de su desenvolvimiento²⁸⁸. Nos parece que el concepto manejado por el Tribunal es excesivamente neutral, desconociendo el origen y justificación de la noción del *due process of law*. Es sabido que éste viene a establecer un límite a la potestad estatal, con el objeto de garantizar a los ciudadanos reglas mínimas a observar en la consideración judicial de sus derechos. No es correcto, entonces, desligar el debido proceso penal de su objetivo reconocido, que es beneficiar al imputado²⁸⁹.

El Tribunal luego declara que “[E]n el caso en que incide la aplicación de la norma sometida a examen, la hipótesis constitucional y legal se transformó en realidad cuando el requirente entró en conflicto con la víctima de acuerdo a los hechos que constan en el proceso traído a la vista, con los resultados de todos conocidos²⁹⁰. Se trata, a nuestro juicio, de una errónea comprensión de la naturaleza del proceso penal y del conflicto que lo produce. Si bien es cierto el delito es una violación de los derechos de la víctima del mismo; producido éste, surge un conflicto entre el delincuente y el Estado, detentador de la potestad punitiva, el que se encuentra regulado por las normas que rigen el proceso penal. Por ello, al referirnos al debido proceso penal, lo que corresponde es entenderlo en su verdadera dimensión, como principio protector de quienes se hallan bajo el escrutinio de la justicia criminal. Esto está lejos de constituir una interpretación que prescinda de los derechos de la víctima o de quienes persigan la responsabilidad criminal, como plantea el Tribunal²⁹¹.

²⁸⁸ STC Rol N° 986-07, considerando 17°.

²⁸⁹ Dijimos anteriormente (Vid. *supra* Capítulo I C.2.c y Nota 241) que la Corte Suprema actualmente considera que el derecho al debido proceso está establecido en beneficio no sólo del imputado, sino que también del Ministerio Público. Sin embargo, aún nos parece del todo correcta la posición sostenida con anterioridad, en el sentido de que “Esta formalización y regulación es lo que constituye el ‘debido proceso’ que, contra lo que pareciera desprenderse de las argumentaciones del recurrente a este respecto, no tiene realmente por objeto instaurar el ‘fair play’ entre contendientes de poderío equiparable, sino asegurar el respeto del más débil por parte de la potestad punitiva centralizada”. Vid. entre otras, SCS Rol N° 1989-2002, (2 de octubre de 2002); SCS Rol N°2600-2004, (11 de agosto de 2004).

²⁹⁰ STC Rol N° 986-07, considerando 17°.

²⁹¹ “Desde una perspectiva constitucional, y de derechos fundamentales, el debido proceso se traduce no sólo en las garantías del imputado, sino también en el derecho a acceder a la justicia de la víctima para perseguir la reparación del mal causado y el castigo a los culpables, a través de los medios establecidos en la ley procesal y traducidos en el proceso en contra del imputado. Por ende, deben descartarse todas las interpretaciones que, a pretexto de las garantías del imputado, lesionen el derecho de la víctima y de los organismos encargados de protegerla para buscar la aplicación de la sanción prevista por la ley y la reparación del mal causado” (considerando 17°). A esta afirmación podría responderse casi con idénticas palabras: deben descartarse también todas las interpretaciones que, a pretexto de las garantías de la víctima o el Ministerio Público, lesionen el derecho del imputado a que la potestad punitiva estatal se rija por ciertas normas básicas, entre las que se halla, el derecho a acceder a recursos.

Luego de establecer lo anterior, el Tribunal se hace cargo de una alegación del requirente, según la cual lo que se asegura es la posibilidad de impugnar una resolución perjudicial, por lo que el derecho recién podrá ser ejercido cuando exista una sentencia desfavorable. Pues bien, el requirente plantea que no se puede sostener que tuvo la posibilidad de impugnar una sentencia desfavorable, cuando ésta no existió sino hasta el segundo juicio. Funda este discurso en que, pese a que la primera sentencia fue condenatoria, se ajustó a sus intereses pues en el proceso el imputado había reconocido su participación criminal en un homicidio simple, lo que en definitiva fue declarado por el tribunal sentenciador. En cambio, la segunda sentencia si le produjo un agravio pues lo condenó por un delito que el imputado no reconoció, homicidio calificado, por lo que recién aquí tuvo sentido el derecho a interponer recursos contra la sentencia, lo que se le impediría por efecto de la norma impugnada. El Tribunal, en una argumentación que nuevamente es debatible, señala que la primera sentencia fue *objetivamente* agravante, por lo que allí debió haberse ejercido el derecho a impugnar²⁹². Y luego, señala que el derecho a entablar recurso contra esta sentencia se agotó por no haberse ejercido²⁹³. Esto como dijimos es discutible, pues pretende que de alguna manera el derecho fundamental a recurrir contra la sentencia precluyó cuando el requirente no impugnó la sentencia condenatoria. Nuestra opinión es que no puede ser así, pues a lo más, el no entablar recurso en esa oportunidad le hizo perder al requirente la opción de impugnar aquélla sentencia, en ese determinado momento, pero en ningún caso le puede impedir ejercer un derecho fundamental en un momento posterior, con circunstancias completamente diferentes y frente a una sentencia claramente perjudicial.

La argumentación del tribunal llega a su cénit en el considerando 22°, en que señala que “[E]stamos frente a un proceso penal en el cual hubo derecho a recurrir, pues la sentencia era objetivamente agravante, mas no lo hizo el condenado, como dice el requerimiento, puesto que estimó que subjetivamente no lo era, con lo cual al no impetrar la nulidad del proceso o de la sentencia y, por esa vía,

²⁹² “En el marco del proceso penal en que incide el presente requerimiento, considerado ya que la calificación de la sentencia es una materia propia de los jueces del fondo, este Tribunal estima que es su deber precisar que la primera sentencia es objetivamente agravante al acusado, puesto que lo condenó como autor del delito de homicidio simple y, en la hipótesis recién prevista, su voluntad fue la de no intentar recurso de nulidad en contra de la referida resolución, lo que no significa que hubiese podido hacerlo” (considerando 19°). Este discurso contrata en cierta medida con el esbozado en sentencias posteriores, en que identifica el agravio “objetivo” como “aquel que se genera al no conceder el tribunal todo lo pedido” (STC Rol N° 1535-09, de 28 de enero de 2010, considerando 32°). Como se podrá apreciar, de haberse aplicado este concepto al caso que comentamos, se hubiese concluido que, al haberse ajustado la sentencia del primer juicio a la posición adoptada por el imputado, no existió agravio.

²⁹³ “Los requisitos que configuran el debido proceso penal diseñado por el legislador, se agotan cuando los sujetos hacen uso de los derechos o deciden no hacerlo en las condiciones y plazos fijados por la ley. Siendo así, no resulta razonable sostener que el efecto derivado de la decisión de no haber recurrido de nulidad el condenado en contra del primer juicio, transforme en contrario a la Constitución el inciso segundo del artículo 387 que se impugna, cuando habiendo un segundo juicio el resultado del mismo es diferente en perjuicio del delincuente” (considerando 20°).

ampliar la competencia específica del tribunal señalado por la ley como llamado a decidirlo, limitó sin duda su derecho a la defensa, por un acto propio no porque la ley haya contravenido a la constitución” (minúscula en el original).

Un argumento más sólido es el que se halla después, en que el Tribunal correctamente apunta a la existencia de otros recursos ordinarios, distintos al de nulidad que la norma impide deducir, que el imputado puede hacer valer contra la sentencia. El Tribunal se refiere al recurso de queja contemplado en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, que procede ante faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones jurisdiccionales respecto de las cuales no proceda recurso alguno²⁹⁴. Sin embargo, debemos considerar que mientras que el recurso de nulidad, que es al que quiere acceder el requirente, le permite impugnar la sentencia por ciertas causas, el recurso de queja opera respecto a otras. Así, si la segunda sentencia no se dictó con falta o abuso grave pero fue igualmente perjudicial para el imputado, no procederá el recurso de queja, y estaremos nuevamente frente al mismo problema. En resumen, la posibilidad de entablar otros recursos disponibles deberá analizarse caso a caso, pues no basta la existencia de medios de impugnación, sino que deben ser idóneos.

Comentaremos ahora la disidencia de los Ministros VODANOVIC SCHNAKE y FERNÁNDEZ BAEZA, quienes estuvieron por acoger el requerimiento (junto al Ministro CORREA SUTIL, cuya disidencia particular comparte en esencia los argumentos de aquéllos). Nos interesa particularmente la lucidez con que analizan el caso planteado, llegando a conclusiones distintas a las del voto mayoritario. En primer lugar, dejan entrever que en el proceso penal el debido proceso tiene un fin protector del imputado; aunque lo hacen con cierta tibieza, señalando que “puede excluirse, en primer término, la carencia de recursos para el Ministerio Público y el querellante, por cuanto no son agraviados por la sentencia, sin perjuicio de considerar que el sistema de garantías que contemporáneamente anima al proceso penal, del que es un elemento el derecho al recurso, alude primordialmente al imputado criminal” (considerando 9°). Luego, nos parece destacable que los disidentes no compartan la distinción entre agravio objetivo y subjetivo que permitió al Tribunal construir un argumento que en definitiva hace responsable al propio imputado de su indefensión. Al contrario, sostienen que es en el segundo juicio “del que surge una condena por homicidio calificado, [en que] se produce –por primera vez– agravio para él” (considerando 10°). Y añade en una consideración que muestra con mayor intensidad las implicancias del razonamiento mayoritario, señalando que “resulta improcedente, en tal sentido, la alegación del Ministerio Público de adjudicar a la revisión efectuada por la Corte de Apelaciones de Santiago del primer juicio, el cumplimiento de la garantía de revisión judicial que imponen diversos tratados internacionales en relación al imputado. La decisión de la Corte se ha producido al conocer un recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, reformándose el fallo del tribunal oral en perjuicio del imputado” (considerando 11°). Y luego, alzándose contra las consideraciones que pretenden dotar de razonabilidad la limitación del derecho a recurrir basadas en que “el sistema recursivo alguna vez debe tener fin”, esto es, razones de carácter económico

²⁹⁴ Considerando 39°.

vinculadas con la necesidad de que los juicios alguna vez se vuelvan inmutables, los disidentes dan una respuesta que bien puede considerarse como principio válido para todo el ámbito de los derechos fundamentales y que estimamos muy valiosa, al señalar que “[L]a simple consideración de elementos económicos o de eficacia de la potestad sancionatoria no constituye una finalidad equivalente a la protección de derechos fundamentales. El medio escogido no es congruente con su supuesta finalidad y representa la exclusión de derechos subjetivos trascendentales” (considerando 16°).

Otro argumento que sostienen los disidentes es que la consideración de la sentencia anulada para efectos de determinar la procedencia de recursos contra la sentencia del segundo juicio oral (importa si es absolutoria o condenatoria) es equivalente a “*atribuirle significación a un proceso fenecido*”, para lo cual consideran el concepto de nulidad procesal enseñado por COLOMBO, quien es, paradójicamente, redactor del voto mayoritario en esta causa. Luego, muestran las implicancias de permitir la aplicación de la norma impugnada, citando al efecto la opinión de MATURANA, según quien “esta norma es claramente inconstitucional, puesto que si en el nuevo proceso se vuelve a incurrir en un vicio de nulidad y se pretende mantener ese fallo al impedir toda impugnación a su respecto, nos encontramos ante una norma legal que viola el racional y justo procedimiento conforme al cual se debe desarrollar el debido proceso”. Digamos, eso sí, que la hipótesis planteada por MATURANA bien puede solucionarse con el recurso de queja, como plantea el voto mayoritario. Los disidentes también citan la opinión de HORVITZ y LÓPEZ, quienes son explícitos al señalar que la norma que comentamos “debe ser declarada inaplicable por inconstitucionalidad” (considerando 21°).

Finalmente, rebaten el que el recurso de queja pueda considerarse como un medio idóneo para satisfacer el derecho al recurso en este caso, por estar dirigido a otros fines y reglamentado de una forma que impide un ejercicio expedito del derecho (considerando 26°). Por nuestra parte, estimamos que si bien es cierto no se puede acudir al recurso de queja para sostener que imputado *siempre* tendrá otro recurso, además del de nulidad, al que acudir, sí existirán casos en que el recurso de queja ofrezca un medio de impugnación suficiente y compatible con el derecho al recurso.

Los argumentos sostenidos en la causa recién examinada se mantuvieron en la STC Rol N° 821-07, de 1 de abril de 2008, que tiene algunas diferencias con la causa anterior y que fue igualmente rechazado por el Tribunal. En primer lugar, el requirente es el querellante en la causa penal, en la que se dictó sentencia absolutoria, contra la cual se recurrió de nulidad exitosamente. Así, el querellante, vislumbrando la posibilidad de que la segunda sentencia también sea absolutoria, impugna la norma que en tal caso le impediría entablar recurso contra ella. En segundo lugar, el requirente utiliza como argumentos, además de los ya enarbolados en el primer requerimiento, los que plantean los disidentes en la causa anterior. De esto debe hacerse cargo el Tribunal.

El Tribunal reafirma la doctrina esbozada en el anterior requerimiento, en cuando la configuración del sistema recursivo es competencia del legislador, y no le cabe a esa Magistratura evaluar el mérito de la misma²⁹⁵, por lo que no examinará el sistema recursivo del Código Procesal Penal.

Otra particularidad de esta causa es que el Tribunal, además de examinar los efectos que podría producir la aplicación de la norma impugnada, pondera los efectos que produciría la inaplicabilidad, en el entendido de que “debe abstenerse de declarar la inaplicabilidad de una norma en aquellos casos en que ello pudiera producir una lesión de mayor envergadura constitucional que aquella que se puede remediar”²⁹⁶. Esta ponderación resulta, en opinión del Tribunal, en que la declaración de inaplicabilidad permitiría que el requirente –querellante en la causa criminal– “podría seguir recurriendo de nulidad indefinidamente, lo que vulnera el derecho a obtener una sentencia inamovible, es decir, desconoce el efecto de cosa juzgada implícito en el artículo 76 de la Carta Fundamental (...) Por otro lado, este efecto consiste en que el proceso penal no terminaría nunca en caso de no ser condenado el querellado alguna vez en los sucesivos juicios, pues el querellante podría solicitar indefinidamente la nulidad del juicio hasta que consiga una condena, contra el cual el querellado, como ya se viera, no podría recurrir”²⁹⁷.

En esta parte, la posición del Tribunal nos parece plausible, pues, efectivamente, se produce una lesión a los derechos del imputado si se permite al querellante recurrir *ad eternum* contra las eventuales sentencias absolutorias. Y lo que nos parece decisivo en este caso para el rechazo del requerimiento es que el requirente de inaplicabilidad es quien dedujo el recurso de nulidad que llevó al segundo juicio que es la gestión pendiente en esta causa. Es decir, si se llegó a la situación de pedir la inaplicación de una norma aplicable ante el resultado del segundo juicio, es porque el requirente ejerció su derecho a impugnar la primera resolución. En la STC Rol N° 986-07, el requirente –imputado en la causa criminal– no había ejercido su derecho a recurrir, porque no se había presentado la oportunidad de hacerlo, puesto que el agravio recién se le produjo en la sentencia del segundo juicio. Como vimos, el Tribunal tuvo una visión diferente y estimó que el requirente había agotado de alguna forma su derecho a recurrir por no haberlo hecho frente a una sentencia *objetivamente* agravante.

²⁹⁵ “Que, en este sentido, es menester concluir que, dentro de los principios informadores del proceso penal, se encuentra la configuración del mismo en base a la única o a la doble instancia, opción de política legislativa que corresponde al legislador decidir, en el marco de las reservas legales específicas de las garantías de legalidad del proceso y del racional y justo procedimiento, contenidas en el artículo 19, número 3, de la Carta Fundamental, que deben ser entendidas, además, limitadas por la garantía genérica de respeto a los derechos fundamentales como límite al poder estatal, establecida en la primera parte del inciso segundo del artículo 5° de la misma” (considerando 13°). “Que debe tenerse en cuenta que la competencia de este Tribunal limita en lo que se denomina el mérito del acto impugnado o controlado. En esta doctrina coinciden la jurisprudencia, entre otros, de los Tribunales Constitucionales de Francia, Alemania, Italia y España y las opiniones de distinguidos constitucionalistas. Tal esfera de autonomía comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan al legislador a la adopción de una u otra fórmula normativa. Sólo cuando el legislador excede su ámbito de competencia, infringiendo los márgenes contemplados en la Carta Fundamental, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que aquél haya incurrido. (...) El principio que se ha descrito constituye un criterio interpretativo adoptado explícitamente por los más importantes Tribunales Constitucionales del mundo” (considerando 16°).

²⁹⁶ Considerando 18°.

²⁹⁷ Considerando 20°.

El Tribunal finalmente busca dotar de algún sustento constitucional la necesidad de seguridad jurídica en que se funda la cosa juzgada que, en su visión, excluye la posibilidad de un derecho infinito a impugnar. Esto lo hace, acudiendo a la norma del inciso primero del artículo 76 de la Constitución²⁹⁸, viendo en la expresión “procesos fenecidos” el reconocimiento del constituyente de que los juicios deben terminar en algún momento (considerando 23°).

En definitiva, el requerimiento fue rechazado sin disidencias, lo que demuestra que pese a tratarse de la misma norma impugnada en el proceso anterior, y por los mismos vicios; por tratarse del querellante, que ya pudo recurrir contra la sentencia del primer juicio, en este caso la norma no puede dejarlo en la indefensión y su aplicación es, por tanto, constitucional.

La doctrina elaborada en los dos procesos que acabamos de reseñar se ha mantenido sin grandes variaciones. Así, el Tribunal resolvió casi idénticamente en las STC roles N° 1055-08 (2 de abril de 2008)²⁹⁹ y N° 1130-07 (7 de octubre de 2008), rechazando los respectivos requerimientos.

Mención aparte merecen las STC N° 1443-09 (26 de agosto de 2010) y Ns° 1501-09 y 1432-09 (ambas del 31 de agosto de 2010)³⁰⁰, en que también se re-

²⁹⁸ “La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

²⁹⁹ Este requerimiento en términos estrictos no fue rechazado, sino que fue declarado inadmisibles por la Primera Sala del Tribunal, que estimó que no se hallaba razonablemente fundado. En todo caso, en la sentencia de inadmisibilidad, esta Sala hizo de todas maneras algunas afirmaciones que apuntan al fondo del problema planteado, al señalar que: “Que, como puede apreciarse, en la especie se solicita al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una disposición que, en esencia, resulta acorde con los fines de certeza jurídica propios del sistema penal”.

³⁰⁰ En la STC Rol N° 1501, el requerimiento fue rechazado también, pero por no cumplir con el requisito de existir una gestión pendiente. Aunque en principio esto correspondería que lo declarara la Sala que ve la admisibilidad, en este caso, ésta incurrió en un error al no verificar el estado del proceso. Esto fue subsanado por el pleno, no sin la protesta de los Ministros VENEGAS PALACIOS y BERTELSEN REPETTO, quienes estiman que esta declaración es privativa de la sala que ve la admisibilidad (Vid. el considerando 2° de la prevención). En todo caso, aquí también el Tribunal condensa su doctrina al respecto: “Que, por lo demás, reiterando lo razonado por esta Magistratura en las sentencias recaídas en los procesos roles N°s 986, 821y 1130, la legislación procesal prevé el recurso de nulidad en los casos contemplados en los artículos 373 y 374 del Código Procesal Penal, tanto en contra del juicio oral como de la sentencia definitiva. De ser acogido el recurso en contra de un juicio oral, la ley manda repetirlo para salvaguardar la inmediación propia del nuevo enjuiciamiento criminal. Respecto del segundo juicio, el artículo impugnado sólo admite excepcionalmente un nuevo recurso de nulidad cuando éste hubiere terminado con una condena siempre que el juicio anulado hubiere concluido con una sentencia absolutoria. Lo hace como consecuencia del principio *pro reo*.”

En todo caso, la ley procesal contempla la revisión de una sentencia definitiva por parte de la Corte Suprema en el Párrafo 3° del Título VIII del Libro IV del Código Procesal Penal”. Este caso también contó con el voto en contra de los Ministros VODANOVIC SCHNAKE y FERNÁNDEZ BAEZA, quienes fueron de la opinión de declarar la admisibilidad, en razón de que no se puede exigir una gestión pendiente cuando es la propia norma impugnada la que impide

chazan las acciones y que tienen ciertas particularidades. En estas, quizás lo más importante es que el Tribunal hace explícito que el derecho a la revisión de las sentencias “no significa que se consagre el derecho a la doble instancia. En otras palabras, el derecho al recurso no es equivalente al recurso de apelación”³⁰¹, lo que choca en estos casos con la pretensión de los requirentes de que se declare inaplicable, no la norma específica del inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal, sino que todo el sistema recursivo de éste. Pretenden, según el Tribunal, que se les franquee el acceso al recurso de apelación³⁰², lo que no es posible, ni siquiera con la inaplicación de todas las normas relativas a los recursos del Código Procesal Penal. El Tribunal hace más patente en estos casos que la configuración del derecho al recurso es competencia del legislador, y no le corresponde a esa Magistratura la creación de recursos no otorgados por la ley, los que, por lo demás, no se avienen con los principios informadores del proceso penal³⁰³.

c) Artículo 277 del Código Procesal Penal y recursos otorgados sólo a un interviniente

Relacionado también con el derecho al recurso está el problema que plantea el artículo 277 del Código Procesal Penal que, como vimos en un epígrafe anterior (Vid. *supra*, Capítulo II.C.2.c), ha sido declarado inaplicable en dos ocasiones³⁰⁴. En tales ocasiones el Tribunal más que discurrir sobre la procedencia o no de la apelación, tuvo en consideración que es contrario a la Carta Fundamental que la ley permita recurrir sólo a uno de los intervinientes que se hallen en una misma situación. Por lo tanto, y relacionándolo con el problema del derecho al recurso, el legislador es libre al configurar el sistema recursivo, pero debe observar la igualdad asegurada por la Carta Fundamental a la hora de permitir a cada parte el acceso a un determinado recurso. Máxime en los casos en que, como el del artículo 277, la capacidad de impugnar repercutirá en la posibilidad de rendir ciertas pruebas.

d) Imposibilidad de impugnar la parte de la sentencia que no concede alguna medida alternativa a la privación de libertad

Dijimos que haríamos mención a un caso interesante que fue planteado al Tribunal y que se relaciona con la imposibilidad de apelar a la resolución que deniega algún beneficio de la Ley 18.216. Como se sabe, la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha inclinado por sostener que la decisión sobre las medidas alternativas, pese a que se halla en la sentencia definitiva, no es parte de ella, por lo que no procede respecto a tal decisión los recursos que pueden entablarse contra la sentencia. Así, se ha imposibilitado a los imputados el acceso a un recurso contra la decisión negativa. Esto es así por efecto de lo que dispone el artículo 25 de la Ley 18.216, que establece que: “La decisión revocatoria de los beneficios

que este requisito concurra; y de acoger el requerimiento, por las razones ya consignadas en su disidencia en los procesos anteriores.

³⁰¹ STC Rol N° 1443, considerando 13°; STC Rol N° 1432, considerando 14°.

³⁰² STC Rol N°1443, considerando 20°; STC Rol N°1432, considerando 24°.

³⁰³ STC Rol N°1443, considerando 21°; STC Rol N°1432, considerando 24°.

³⁰⁴ STC Roles N° 1535-09 (28 de enero de 2010) y N° 1502-09 (9 de septiembre de 2010).

que establece esta ley será apelable ante el tribunal de alzada respectivo”. Esta norma fue redactada así por el artículo 11 de la Ley 19.806. Antes, su tenor era el siguiente: “Sin perjuicio de las reglas generales sobre apelación y consulta, el reo también podrá apelar, de la decisión denegatoria o revocatoria de los beneficios que establece esta ley, caso en el cual el Tribunal de Alzada sólo se pronunciará sobre la procedencia o improcedencia del beneficio”. Como se observa, la redacción introducida por el artículo 11 de la Ley 19.806 limitó ostensiblemente el ámbito de la apelación. Pues bien, es contra esta última norma –la modificatoria– que se entabló el requerimiento de inaplicabilidad que comentamos.

Esto puede interpretarse como un error en el planteamiento de la cuestión, y llevó, en efecto, al rechazo de la acción³⁰⁵. Pero, podemos preguntarnos qué otra opción tenía el requirente, pues se ve que la inaplicabilidad de cualquier parte del precepto de la Ley 18.216 no le beneficiaría, pues eliminaría el recurso existente sin hacer surgir otro. Este es un claro ejemplo de la extraña dinámica en que a veces se torna la inaplicabilidad, pues aquí no hay posibilidad de que con una decisión favorable pueda aparecer una nueva norma, distinta a la que el legislador estableció. Esto sí ha sucedido en otros casos: pensemos en el artículo 277 del Código Procesal Penal, respecto al que lo que se ha declarado inaplicable en dos oportunidades es una parte del mismo –aquella que concede el acceso al recurso sólo al Ministerio Público–, por lo que a fin de cuentas, se crea un recurso no contemplado por el legislador: el que corresponde a todos los intervinientes. Sin embargo, si esto es posible es porque la norma lo permite. Se trata de buscar una redacción que sea acorde con los intereses del requirente y luego hacer suprimir los términos que hacen cambiar el sentido de la norma. Esto no es posible en el caso del artículo 25 de la Ley 18.216, por lo que en este caso el requirente se hallaba en un verdadero camino sin salida.

Pero no nos detengamos en esto y vayamos a lo que nos interesa en este momento. Este requerimiento, y en general el estado actual de la ley en lo que se refiere a las posibilidades de impugnar las decisiones sobre las medidas alternativas, son sin duda, uno de los temas que quedan por resolver en cuanto al derecho al recurso. Sobre todo, porque ya se ha comenzado a plantear por algunos autores el que éste asegure la revisión integral de la sentencia³⁰⁶. Es decir, que la revisión

³⁰⁵ El Ministerio Público hizo valer oportunamente la alegación de que la norma impugnada ya se había agotado en sus efectos, por lo que mal podría ser aplicada al caso concreto. Con esto no se cumplían los requisitos para la inaplicabilidad. El Tribunal acoge esto, y se pronuncia nuevamente sobre la admisibilidad. Sin embargo, es cauteloso de rechazar el requerimiento y no declararlo inadmisibile, facultad que corresponde a las Salas y no al Pleno.

³⁰⁶ V.gr. BARRIENTOS PARDO (2009), pág. 284 y siguientes. Esto tomando como base algunas afirmaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vertidas en el *Caso Herrera Ulloa*, en que señaló que: “Independiente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida” (Párrafo 165) y, sobre todo, del voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, en el mismo caso. Allí, sostuvo que, para cumplir los estándares de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el recurso “debe ser uno que efectivamente permita al superior entrar en el fondo de la controversia, examinar los hechos aducidos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas, la valoración de éstas, las normas invocadas y la aplicación de ellas, inclusive en aspectos tales como la individualización de la

sea lo más amplia posible, incluyendo aspectos de hecho como de derecho; y también refiriéndose no sólo a los aspectos propios de la sentencia definitiva penal (participación, culpabilidad, penas, etc.) sino que también a aquellos que han sido caracterizados como adjetivos o administrativos, como es la procedencia o improcedencia de una medida alternativa a la privación de libertad.

e) *Prohibición de la reformatio in peius*

Otro aspecto relacionado con el derecho al recurso, corresponde a lo que se denomina la prohibición de la *reformatio in peius*. Este es un principio según el cual el tribunal superior que revisa una sentencia no puede reformarla en perjuicio de aquél que impugnó. En términos más específicos, se produce cuando la situación jurídica de la parte procesal que interpone un recurso resulta empeorada exclusivamente como consecuencia de su recurso, es decir, sin que medie impugnación de la contraparte y sin que el empeoramiento sea debido a poderes de actuación de oficio del órgano jurisdiccional³⁰⁷.

Debemos hacer eso sí una distinción. En nuestro ordenamiento la situación descrita se produce con la pervivencia del procedimiento penal antiguo, en que, según veremos, no existe una norma que prohíba la reforma peyorativa. Más aún, hay normas que establecen exactamente lo contrario. Este ha sido el caso que hubo de ser resuelto por el Tribunal Constitucional. En cambio, en el proceso penal vigente, existe una disposición expresa que proscribe la *reformatio in peius*, de modo que, en principio, no hay problema en cuanto a la posibilidad de que se perjudique a quien impugna una resolución, a través de la dictación de

pena o medida (que abarca la sustitución pertinente), como resulte justo en consideración de la gravedad del hecho, el bien jurídico afectado, la culpabilidad del agente y los otros datos que concurren al ejercicio de la individualización (atenuantes y agravantes o elementos de referencia que guían el razonado arbitrio judicial" (Párrafo 31). Y agrega luego una reflexión que sirve especialmente para el contexto nacional: "Desde luego, estoy consciente de que esto suscita problemas importantes. Existe una fuerte y acreditada tendencia, que se acoge, por ejemplo, en el excelente Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, compuesto por un selecto grupo de juristas, que opta por prescindir de la doble instancia tradicional y dejar subsistente sólo la casación, como medio de control superior de la sentencia. Esta opción se sustenta, entre otros argumentos, en el alto costo de la doble instancia y en la necesidad de preservar el principio de inmediación procesal, que no siempre impera en la apelación, bajo sus términos acostumbrados. Para retener los bienes que se asignan a la doble instancia seguida ante un juzgador monocrático, primero, y otro colegiado, después, cuyos integrantes pueden significar, colectivamente, una garantía adicional de sentencia justa, aquella opción contempla la integración plural del órgano de única instancia" (Párrafo 35). En un sentido similar, Vid. NASH (2005), págs. 71-72: "Un recurso puede implicar la revisión completa de los hechos y el derecho, o puede implicar una revisión de la aplicación de las normas que evalúan la prueba y de las normas substantivas, o puede consistir en una revisión del derecho, pero limitada a ciertos aspectos del proceso. Es éste un punto delicado de resolver, porque hay que tener en consideración que una de las garantías del acusado consiste en que las pruebas se presenten en un juicio público, ante la presencia del juez, y en el principio de inmediación, que permite al juez formarse una impresión propia de las pruebas, es un aspecto importante de confiabilidad de las bases fácticas en que se funda la sentencia".

³⁰⁷ Cfr. PICÓ I JUNOY (1997), pág. 85.

otra más gravosa³⁰⁸. Sin embargo, existe sí una problemática ligada más que al funcionamiento de los recursos propiamente tal, a los eventuales escenarios en que se encuentra el imputado que ha logrado la anulación de un proceso, frente a la perspectiva del segundo juicio. En efecto, este podría ser perfectamente más perjudicial para sus intereses, por lo que su recurso se vuelve contra él, produciéndose una especie de reforma peyorativa³⁰⁹.

Este problema aún no ha llegado al Tribunal Constitucional, quizás porque está más bien ligado a la interpretación que se haga de las normas legales involucradas, lo que corresponde a los tribunales del fondo. Sin perjuicio de ello, en más de alguna ocasión el Tribunal ha terminado declarando inaplicable no un precepto legal, sino que una determinada interpretación de él, lo que –siendo discutible– parece dar una posibilidad para que el problema llegue a esa Magistratura. En todo caso, nos parece que se trata de un problema que puede solucionarse de buena forma acudiendo a una interpretación finalista de las normas procesales, en conjunción con el principio *pro homine*, como propone BARRIENTOS PARDO³¹⁰. Digamos, en todo caso, que los efectos que puede tener la posibilidad de resultar más perjudicado en la decisión del imputado de recurrir contra la sentencia, cohibiéndola, pueden resultar claramente inconstitucionales, por lo que, en su caso, procedería la inaplicabilidad de una interpretación semejante.

Vayamos, ahora sí, al caso en que el Tribunal se pronunció sobre la reforma peyorativa³¹¹. Como señalamos, la norma impugnada es del procedimiento antiguo, por lo que lo que más nos interesa es la argumentación en torno a la consagración constitucional (o no) del principio. El precepto cuya inaplicabilidad de solicita es el inciso primero del artículo 548 del Código de Procedimiento Penal (1906), que dispone que: “En los casos en que la Corte Suprema acoja el recurso deducido en interés del reo, podrá aplicar a éste, como consecuencia de la causal acogida y dentro de los límites que la ley autoriza, una pena más severa que la impuesta por la sentencia invalidada”. Como se podrá apreciar, esta norma permite expresamente la reforma peyorativa³¹².

Sobre la consagración de este principio como derecho, el Tribunal se pronunció negativamente. Señala, al efecto, que “contra lo sustentado por el requirente, ningún precepto de nuestra Ley Fundamental ni tampoco la norma que él cita de la Convención Americana de Derechos Humanos impiden expresamente la reforma peyorativa por parte de las sentencias que un tribunal superior expida en revisión de una de primera instancia”. Y agrega, acto seguido, que: “Ahora

³⁰⁸ Se trata del artículo 360 del Código Procesal Penal, que en lo que nos interesa (inciso tercero), dispone que: “Si la resolución judicial hubiere sido objeto de recurso por un solo interviniente, la Corte no podrá reformarla en perjuicio del recurrente”.

³⁰⁹ Vid. BARRIENTOS PARDO (2007).

³¹⁰ BARRIENTOS PARDO (2007), pág. 202.

³¹¹ STC Rol N° 1250-09 (14 de mayo de 2009).

³¹² Junto a esta norma, que regula el recurso de casación en el fondo, debemos considerar la del artículo 528, reguladora de la apelación, que establece que: “Aun cuando la apelación haya sido deducida por el procesado, podrá el tribunal de alzada modificar la sentencia en forma desfavorable al apelante. (Inc. 2°) Puede también ordenar que se instruya nuevo proceso contra el procesado en el caso contemplado en el artículo 507”.

bien, esta expectativa del recurrente podría explicarse en un recurso de apelación, que por naturaleza tiene por objeto la enmienda de la resolución recurrida para extirpar los supuestos agravios en que ésta haya incurrido, sobre la base de una nueva ponderación jurídica de los hechos probados en la causa. De ello cabría razonablemente deducir que el nuevo pronunciamiento que recaiga en el asunto no puede ser más agravante que el anterior para el recurrente. Sin embargo, eso no sucede en un recurso de casación en el fondo, mismo que tiene por finalidad subsanar los vicios de derecho que se hayan cometido en la sentencia impugnada, lo cual pone de relieve que su sentido último, independientemente de que se haya interpuesto en interés de una de las partes en la *litis*, es el de precaver y asegurar la integridad del ordenamiento jurídico y su observancia por los sentenciadores” (considerando 6°). Y finaliza, “Que, atendido lo expuesto en los razonamientos precedentes, es perfectamente posible que el tribunal del casación, cumpliendo con su rol de asegurar la interpretación y aplicación correctas del derecho y garantizar la igualdad ante la ley, pueda detectar que, en la especie, no sólo se han aplicado adecuadamente, según las circunstancias del caso, aquellas disposiciones que condenan al requirente a la pena impuesta por el tribunal *a quo*, sino que eventualmente no se tuvieron elementos agravantes de la responsabilidad penal, los que estaría autorizado a aplicar en el ejercicio de su función contralora de la plena juricidad de los fallos” (considerando 7°). Por estas razones, el requerimiento fue rechazado.

Esta resolución contó con el voto en contra de los Ministros VODANOVIC SCHNAKE, FERNÁNDEZ BAEZA y la Ministra PEÑA TORRES, quienes fueron del parecer de acoger el requerimiento. Nos parece interesante la visión que tienen de los efectos de la reforma peyorativa en la disposición de los procesados a recurrir contra las sentencias. Señalan que se trata de “una condición de orden sancionatorio que entraba el libre ejercicio del derecho al recurso, bajo el miedo de aumentarse la condena, a tal punto que llama a no recurrir y renunciar al recurso habiendo condena, lo que atenta en contra de la garantía del contenido esencial del derecho al recurso, pues amedrenta gravemente el ejercicio legítimo del derecho a la revisión de la sentencia por un tribunal superior y lo inhibe de manera no razonable e injustificada” (considerando 4°); para luego concluir que “El Estado no puede sancionar el ejercicio del derecho al recurso, más aun cuando el artículo 5° de la Carta Fundamental lo conmina no sólo a respetar sino también a promover dicho derecho” (considerando 5°).

Sin perjuicio de lo ya dicho, la resolución dada a este problema deja abierta la puerta a la posible inaplicabilidad de la norma del Código de Procedimiento Penal (1906) que permite la reforma peyorativa en el caso de la apelación, pues el Tribunal estima correctamente que, siendo su fundamento la reparación de un agravio, no puede perjudicar al que lo interpone. Nos parece, eso sí, que la visión que tiene el Tribunal sobre el recurso de casación podría ser más protectora de los derechos fundamentales, pues, si bien es cierto su fundamento inmediato es la uniformización en la aplicación del derecho, su finalidad última es la protección de la igualdad ante la ley (el propio Tribunal lo reconoce así) en beneficio del propio justiciable³¹³. No se divisa cómo la persecución de un derecho –la igualdad ante la ley– puede significar un perjuicio –la reforma peyorativa– para el propio titular de tal derecho.

F. DERECHO A SER JUZGADO EN UN PLAZO RAZONABLE

Un último punto relacionado con el derecho al debido proceso que ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional es el que se refiere al derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Al igual que con respecto a la *reformatio in peius*, el sistema procesal vigente cautela suficientemente este derecho, mas, aun perviven causas regidas por el sistema de enjuiciamiento antiguo, que sí plantean problemas en torno a la constitucionalidad de sus normas. Sin embargo, por referirse a disposiciones que ya no están vigentes, nos concentraremos en lo que dice el Tribunal sobre el derecho mismo y su consagración en nuestro ordenamiento.

Antes, digamos unas palabras generales sobre el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Éste se relaciona claramente con principios como el de presunción de inocencia, o de tutela judicial efectiva, en cuanto mandata al Estado a que ejerza sus facultades de forma expedita y eficaz, tanto para establecer con certeza el estado jurídico del imputado –inocente o culpable– como para entregar satisfacción a las víctimas del delito. En este sentido es que se ha dicho que el “antiguo aforismo *justicia retrasada es justicia denegada* se halla en la base de las disposiciones acerca del plazo razonable para concluir el enjuiciamiento”³¹⁴.

Este derecho no se encuentra consagrado en la Constitución Política, pero sí en tratados internacionales ratificados por Chile y que se hallan vigentes, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre de Derechos Humanos³¹⁵. El concepto de “plazo razonable”, o más bien, la razonabilidad de la duración del proceso penal dependerá de diversos aspectos, entre los que se encuentran –según la Corte Interamericana de Derechos Humanos– la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales³¹⁶. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³¹⁷. Por lo tanto, no existe un plazo fijo tras el cual deviene en injustificado. Corresponderá evaluar siempre el caso concreto. De cualquier modo, como ya dijimos, el Código Procesal Penal cautela de manera suficiente este derecho, al establecer un plazo legal para cerrar la investigación, tras lo cual el proceso o llegará a juicio oral, o bien terminará con alguna de las formas

³¹³ “Que, como bien ha señalado esta Magistratura, mediante el recurso de casación en el fondo el sistema procesal no sólo da eficacia al principio constitucional de legalidad, sino también al de igualdad ante la ley, siendo éstos los fines que ha tenido en cuenta el legislador para el establecimiento del aludido medio de impugnación” (considerando 7°).

³¹⁴ GARCÍA RAMÍREZ (2006), pág. 1154.

³¹⁵ El PIDCP señala en su artículo 9.3 que “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad (...)”. La CADH señala –en términos casi idénticos–, en su artículo 7.5: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso (...)”.

³¹⁶ Vid. CIDH, Caso 19 Comerciantes v. Colombia, párrafo 191 (5 de julio de 2004).

³¹⁷ Cfr. GOIC MARTÍNEZ (2006), pág. 372.

anticipadas establecidas en la ley (artículo 247) y, más aún, la posibilidad –que en la práctica ocurre la mayoría de las veces– de que se decrete un plazo judicial para la misma (artículo 234)³¹⁸.

Examinemos ahora el caso en que el Tribunal se refirió específicamente a este asunto. Se trata de la STC Rol N° 664-06, dictada el 30 de mayo de 2007, en que se impugnaron diversos artículos del Código de Justicia Militar, del Código Orgánico de Tribunales y de la Ley 17.798, de Control de Armas. Las circunstancias del caso son, en lo que nos interesa, las siguientes: el requirente, Sergio Pollman, se hallaba procesado por delitos relacionados con la ilegal de armas a Croacia, cuya denuncia se hizo en 1991. Desde esa fecha la causa en que se hallaba procesado fue resuelta con su absolución, fue luego invalidada por la Corte Marcial y repuesta a la etapa de sumario, y posteriormente, se designó un Ministro en Visita Extraordinaria para su instrucción y fallo. Por lo tanto, al momento de requerir la inaplicabilidad, el juicio se encontraba en estado de sumario, que es la primera etapa del juicio penal según el procedimiento antiguo.

Para el requirente esto es contrario a su derecho a ser juzgado en un tiempo razonable, pues ha estado quince años sometido a proceso, en un juicio que al terminar, fue invalidado y devuelto a un estado procesal anterior.

El Tribunal, al resolver este requerimiento, lamentablemente no desarrolla el contenido del derecho que tratamos, aunque lo reconoce como parte integrante del debido proceso (considerando 18°). Termina rechazando las alegaciones –en esta parte–, además de porque el requirente no señaló cuál norma de las impugnadas producía el efecto denunciado, porque la inaplicabilidad de alguna de ellas derivaría igualmente en una demora aún mayor del proceso. Señala el Tribunal que la vía para reclamar de la duración del proceso no es la inaplicabilidad sino “las herramientas jurisdiccionales y disciplinarias que contempla el sistema para el caso en que se produzcan dilaciones injustificadas en la dictación de la sentencia” (considerando 19°).

IV. DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, ESPECÍFICAMENTE EN CUANTO ASEGURA ACCEDER A LA JURISDICCIÓN (DERECHO A LA ACCIÓN PENAL)

1. ASPECTOS GENERALES Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El tema del derecho –o pretendido derecho– a acceder a la justicia ha emergido notablemente en el último tiempo, en razón de la configuración del nuevo proceso penal que ha privilegiado un sistema de selección de casos a uno de reacción ciega y automática. Conforme a esta idea, el legislador dotó a los fiscales del Ministerio Público de herramientas desconocidas entre nosotros hasta la entrada en vigencia de la reforma, como son el principio de oportunidad, el archivo de los antecedentes, la facultad de no perseverar, etc. Así las cosas, sólo era cuestión de tiempo para que las prioridades de los fiscales del Ministerio Público no fueran las mismas de las víctimas de los delitos y éstas se sintieran afectadas por la decisión

³¹⁸ Cfr. HORVITZ LENNON & LÓPEZ MASLE (2004-I), pág. 545.

del órgano persecutor de no perseguir la responsabilidad criminal en un determinado caso.

Destinemos, antes de entrar al asunto en cuestión, algunas palabras que permitirán comprender mejor los casos que se han planteado al Tribunal Constitucional. En primer lugar, es de notar que la serie de procesos que comprende este epígrafe no se refieren únicamente a alguna norma del Código Procesal Penal que pugne con la Carta Fundamental. Por el contrario, se trata de impugnaciones referidas a varias y distintas normas del mismo, las que, apreciadas en conjunto, configuran –según dijimos– un sistema de selección de casos. Dentro de estas disposiciones se encuentran las que permiten al Ministerio Público pedir el sobreseimiento definitivo de la causa, comunicar su decisión de no perseverar; las que caracterizan la formalización como un trámite hecho a instancia del Ministerio Público, entre otras. Por lo tanto, los requerimientos sobre la materia presentan características individuales que ameritan su examen separado. Si a esto agregamos que en cada impugnación las vicisitudes del caso concreto juegan un rol decisivo, se comprenderá que el conjunto de pronunciamientos sobre esta materia representa una masa compleja de analizar.

Sin embargo, hay también elementos que son comunes a todos los requerimientos sobre esta materia. Por una parte, pese a que a primera vista pareciera que son muchos problemas de constitucionalidad a resolver, en realidad todas las impugnaciones discurren sobre una misma materia, con sus respectivos matices, que es el derecho a acceder a la justicia, por un lado; y el alcance de las facultades discrecionales del Ministerio Público, por otro.

Finalmente, es conveniente prevenir al lector que los asuntos que aquí se analizan han dado lugar a una jurisprudencia inicial, que tendía a afirmar la inconstitucionalidad del sistema trazado por el Código Procesal Penal³¹⁹ y a una posterior, más atemperada y que busca conciliar la ley con los valores constitucionales. Se trata de una materia que creemos está lejos de estar zanjada, aunque se ha llegado a una doctrina que bien cumple con el rol de proteger los derechos de los intervinientes en el proceso penal y velar por el debido respeto a la competencia del legislador.

El problema que se plantea en este grupo de casos es, entonces, si la víctima de un delito (“ofendido”, “querellante”, etc.) tiene derecho a que se persiga la responsabilidad criminal del autor del mismo, en el sentido de que se le permita llevar al imputado a juicio oral a todo evento. Como sabemos, el artículo 83 de la Carta Fundamental establece que corresponderá el Ministerio Público dirigir “en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado”, agregando que en su caso, “ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley”; para luego –en su inciso segundo– disponer que “[E]l ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la

³¹⁹ De los pronunciamientos iniciales y de la posición asumida en varios textos académicos por su principal defensor, el Ministro JUAN COLOMBO CAMPBELL, podemos deducir que esa senda se encaminaba a afirmar la igualdad de la víctima con el Ministerio Público y la inconstitucionalidad de toda norma que entrabara su actuación en el proceso.

acción penal”. Haciendo eco de esta disposición constitucional es que el Código Procesal Penal establece un procedimiento de tipo acusatorio, en que el Ministerio Público tiene cierta preponderancia frente al ofendido, ya que, para efectos de la persecución penal, “su intervención (*del ofendido*) no es necesaria ni determinante”³²⁰. De ahí que la investigación, por regla general, puede iniciarse de oficio por el Ministerio Público, y sólo respecto de algunos delitos (artículos 54 y 55 del Código Procesal Penal) se requiere que la víctima haga previamente la denuncia de los hechos para que se persiga la responsabilidad criminal. “En resumen, estamos ante un sistema en que, con respecto al inicio del procedimiento, rige por regla general el principio de oficialidad, y en el cual se reconocen, con carácter excepcional, aplicaciones del *principio dispositivo*, en los casos de acción penal privada y de acción penal pública previa instancia particular” (cursiva en el original)³²¹.

Por otra parte, el Código Procesal Penal establece variadas formas de terminar con la persecución penal, sin que el proceso llegue a un juicio, haciendo recepción del principio de oportunidad, según el cual “el Ministerio Público, ante la noticia de un hecho punible o, inclusive, ante la existencia de prueba completa de la perpetración de un delito, está autorizado para no iniciar, suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de la persecución penal, cuando así lo aconsejan motivos de utilidad social o razones político-criminales”³²². Se contempla para estos efectos, la posibilidad de que los fiscales del Ministerio Público no inicien la persecución penal o abandonen la ya iniciada, tratándose de determinados delitos y siempre que “se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público” (artículo 170). También pueden solicitar la suspensión condicional del procedimiento, la que deberá ser decretada por el juez de garantía (artículo 237), solicitar el sobreseimiento temporal o definitivo de la causa, o comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido antecedentes suficientes para formular acusación (artículo 248, letras a) y c), respectivamente). A eso, agreguemos que la formalización es un trámite que depende exclusivamente del Ministerio Público, pues es definida como “la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados” (artículo 229) y el momento de su realización es cuando el fiscal lo considerare oportuno (artículo 230), sin perjuicio de que sea necesaria para ciertas diligencias y actuaciones, y para que procedan medidas cautelares, las que, en todo caso, también dependen de la solicitud que haga el fiscal de la causa.

Del panorama que hemos presentado vemos que el destino del proceso penal en buena parte depende de las decisiones que adopte el Ministerio Público. Y eso tiene su fundamento en que, como ya señalamos, la Carta Fundamental le encarga exclusivamente a él la dirección de la investigación, así como el ejercicio de la acción penal pública, en su caso. Sin embargo, el problema surge cuando

³²⁰ HORVITZ LENNON & LÓPEZ MASLE (2004-I), pág. 37.

³²¹ HORVITZ LENNON & LÓPEZ MASLE (2004-I), pág. 40.

³²² HORVITZ LENNON & LÓPEZ MASLE (2004), pág. 48.

consideramos que la propia disposición constitucional que establece esto (artículo 83) señala luego que igualmente corresponderá el ejercicio de la acción penal al ofendido y las demás personas que determinen la ley. La intervención del ofendido y esas “demás personas” en el proceso penal se hace esencialmente mediante la querrela, mientras el fiscal no declare cerrada la investigación (artículo 111 del Código Procesal Penal). Pero, aun habiendo deducido la querrela en forma oportuna, el fiscal sigue teniendo libertad para buscar el término de la persecución penal por los medios que ya señalamos.

Por lo tanto, existirán casos en que el Ministerio Público, con los fundamentos ya mencionados –motivos de utilidad social o de política criminal, los que son calificados por el legislador en cada caso– decida no llevar un caso a juicio, y en que el querellante lo que persiga sea, al contrario, que se llegue a éste, para lograr la condena del imputado. La propia ley trata de dar solución a algunas hipótesis. Por ejemplo, los intervinientes, una vez cerrada la investigación, pueden solicitar al juez de garantía que ordene al Ministerio Público la realización de diligencias no hechas en la investigación, pudiendo reabrirse ésta (artículo 257). También, en el caso de que el Ministerio Público haya solicitado el sobreseimiento, el querellante podrá oponerse a éste, tras lo cual el juez puede remitir los antecedentes al fiscal regional para que resuelva la formulación o no de la acusación. Es lo que se conoce como el “forzamiento de la acusación”, aunque no hay tal forzamiento, pues el Ministerio Público, ésta vez en la persona del fiscal regional, puede insistir en su posición. En este último caso, el juez podrá disponer que sea el querellante el que asuma el papel del Ministerio Público en lo sucesivo del juicio. Idéntica solución hay para el caso en que el Ministerio Público haya comunicado su decisión de no perseverar en el procedimiento. Todo esto está establecido en el artículo 258 del Código Procesal Penal.

Pero así como hay algunos supuestos en que la ley permite al querellante sortear la falta de voluntad del Ministerio Público en la persecución penal, existen muchos otros en que simplemente prevalece ésta, de modo que el querellante debe conformarse con la decisión del fiscal. Son estos supuestos los que han llegado al Tribunal Constitucional, pues se plantea por los requirentes que la aplicación de las normas ya reseñadas vulneran lo establecido en la Carta Fundamental, en cuanto ésta consagra el derecho a la tutela judicial efectiva (Ver Tabla N°7 en el Anexo).

2. CASOS PLANTEADOS AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A. PRIMERA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL: INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS FACULTADES DISCRECIONALES DE LOS FISCALES DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA BUSCAR EL TÉRMINO ANTICIPADO DEL PROCESO PENAL, A PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 230 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Como dijimos, el primer pronunciamiento del Tribunal se caracterizó por adoptar una posición de claro cuestionamiento de la constitucionalidad de las herramientas discrecionales del Ministerio Público para cesar la persecución penal. La norma específica que fue impugnada fue el inciso primero del artículo 230 del Código Procesal Penal que permite al Ministerio Público decidir discrecionalmen-

te cuándo formalizar³²³. El caso era el siguiente: el requirente de inaplicabilidad era querellante en el proceso penal, por el delito de falsificación de instrumento privado. Sin embargo, el fiscal de la causa decidió pedir el sobreseimiento definitivo de la causa no formalizada por haberse cerrado la investigación sin reunir antecedentes necesarios para perseverar en la persecución penal. El querellante se opuso a esto, señalando que el Ministerio Público en realidad no había investigado nada, por lo que solicitó un nuevo plazo para la realización de diligencias. El Ministerio Público insistió en su posición, la que fue acogida por el Juez de Garantía de San Fernando. Esta resolución fue apelada ante la Corte de Apelaciones de Rancagua, la que hizo lugar a la solicitud de diligencias planteadas por el querellante, ordenando al Ministerio Público reabrir la investigación. Rechazó, entonces, el sobreseimiento definitivo por no proceder respecto de una investigación que no había sido formalizada. El querellante, valiéndose de lo resuelto por la Corte, solicitó audiencia de formalización por parte del Ministerio Público. En esta audiencia, el juez de garantía resolvió que “si el Ministerio Público no encuentra en este momento antecedentes para formalizar por delito alguno, las cosas en ese estado deben permanecer”, resolución que esta vez fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Rancagua. Como se podrá apreciar, en este caso y en lo que respecta a la facultad de formalizar, tanto el Ministerio Público como el juez de garantía no hacen sino aplicar estrictamente lo que dispone la ley en cuanto la formalización es un trámite que depende de la voluntad del Ministerio Público, sin que –en principio, según veremos– se le pueda obligar a hacerlo.

Esta facultad discrecional resulta, para el requirente en esta causa, contraria a la Carta Fundamental, por privarlo de ejercer la acción penal que la Constitución le reconoce. De esta manera se configuraría una forma de impunidad fundada exclusivamente en una decisión arbitraria y caprichosa del fiscal de la causa, que no tiene que justificar de forma alguna su decisión de no formalizar la investigación.

El Ministerio Público, por su parte –y en una argumentación que se repetirá a lo largo del tiempo– señala que la facultad de formalizar depende de su decisión como una consecuencia de la exclusividad con que la Constitución le entregó la dirección de la investigación. El ejercicio de la acción penal se hace por medio de la querrela, que el requirente ha deducido; pero, para la prosecución del proceso se requiere que el Ministerio Público, investigador exclusivo, tome conocimiento de antecedentes que funden una acusación, y que lleven, en definitiva, a que decida formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial. Por ello es que la formalización depende de él, porque sólo el fiscal de la causa sabrá si existe mérito o no para seguir con la persecución penal.

El Tribunal Constitucional entiende que en realidad –y aunque el requerimiento se dirige exclusivamente contra una norma determinada– “el presente conflicto de constitucionalidad nace a partir de y es una consecuencia de la existencia de posiciones opuestas frente a la intervención de la víctima como intervi-

³²³ Se trata de la STC Rol N° 815- 07, dictada el 19 de agosto de 2008. La norma impugnada es el artículo 230, inciso primero: “*Oportunidad de la formalización de la investigación*. El fiscal podrá formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial”.

niente o parte del proceso penal, toda vez que el requirente pretende una participación amplia del querellante, en cambio, el Ministerio Público, representado por el Fiscal Nacional, postula su carácter de titular preeminente del ejercicio de la acción penal pública, lo que subordinaría a su quehacer, la participación del ofendido en el proceso penal”. Por lo tanto, se aboca a resolver este problema, aunque su decisión se limitará a resolver sobre la aplicabilidad de la norma impugnada³²⁴.

Una primera afirmación que hace el Tribunal sobre el problema planteado es que, contra lo que puedan pretender los fiscales del Ministerio Público, la facultad de formalizar debe entenderse también como un deber, ya que “las facultades de investigar y luego de formalizar, no pueden ser entendidas como actos discrecionales y aislados, ya que forman parte y constituyen la fase de iniciación del nuevo proceso penal. Por tal motivo, concurriendo los presupuestos procesales que la sustentan, los fiscales tienen el deber de practicarlas”. Y agrega luego, que este deber de formalizar “implica la concreción del derecho que le asiste a toda víctima de un hecho punible a lograr que el Ministerio Público realice, en cumplimiento del mandato constitucional, una investigación racional y justa, derecho fundamental que la Constitución le asegura a toda persona involucrada en un conflicto penal y cuya eficacia implica, como natural efecto, que cumpla con su deber de investigar lo ocurrido en conformidad a los parámetros expresados, dado que es el único órgano que, conforme a la Constitución, ostenta la titularidad y el monopolio de la dirección de la investigación criminal”³²⁵.

Este es un punto de partida para que –como anunciamos– el Tribunal esboce una revisión completa de la constitucionalidad de las facultades discrecionales del Ministerio Público, en cuanto estas no permitan proseguir el proceso penal. Así, afirma que dejar al Ministerio Público la decisión de formalizar o no implica, si decide no hacerlo, “subordinar a una decisión del persecutor estatal el ejercicio de la jurisdicción y (...) privar a la víctima del derecho que le otorga expresamente la Carta Fundamental a tener un proceso racional y justo en el cual pueda hacer valer sus derechos y lograr su tutela efectiva por medio de una sentencia”³²⁶. Y, luego agrega, en lo que podemos identificar como la esencia de la posición que asume sobre este problema que: “cabe concluir que cualquier razonamiento que

³²⁴ Considerando 1°.

³²⁵ Considerando 3°. Agrega después en la sentencia que “‘el poder’ de investigar del Ministerio Público genera como una consecuencia ‘el deber’ de hacerlo, única alternativa procesal para dar eficacia a la función constitucional que se le otorgó”. Y funda también su posición en la modificación constitucional que consagró el derecho a una investigación racional y justa (considerando 5°). Más adelante, vuelve sobre lo mismo, al sostener que: “De las facultades que tiene el Ministerio Público, en lo que interesa, destaca la expresión ‘dirigirá’, que a juicio de este Tribunal, produce dos efectos fundamentales, a saber: le otorga el poder de dirigir la investigación, que el Ministerio Público debe ejercer. En segundo lugar, lleva implícito el deber de hacerlo, como se desprende del vocablo señalado y del mandato contemplado en el artículo 6° de la Carta Fundamental. Lo anterior significa que el Ministerio Público, representado por sus fiscales, debe cumplir con el deber de dirigir en forma exclusiva la investigación criminal, puesto que si no lo hace, no hay ninguna otra autoridad que lo reemplace y en consecuencia el proceso no llegaría a iniciarse, y menos emplearse, como la forma de solución del conflicto penal” (considerando 26°).

³²⁶ Considerando 4°.

conduzca a privar a la víctima de su derecho a ejercer la acción penal, dando así eficacia a su decisión de contar con un proceso jurisdiccional donde se le haga justicia, por causa de decisiones del Ministerio Público, ha de ser descartada, pues subordina el derecho de acceder a los tribunales a las decisiones del persecutor estatal, con lo cual se le priva, de esa forma, del derecho a la acción que le confiere el numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en concordancia con el artículo 83 de la misma³²⁷.

Luego de despejar lo anterior, el Tribunal reflexiona en torno a las particularidades de la acción en el proceso penal. Señala, al efecto, que ésta se ejerce tanto frente al Ministerio Público, en la fase de investigación; como frente al tribunal, en la fase del proceso penal propiamente tal. Mientras para instar la investigación, existe una legitimación pública, concretizada en la posibilidad de hacer una denuncia al propio Ministerio Público; para la segunda, la acción corresponde a los sujetos señalados en el artículo 83 de la Constitución; vale decir, el Ministerio Público, el ofendido y los demás sujetos que la ley señale. Por ello es que, si bien es cierto el Ministerio Público tiene un rol preeminente en cuanto a la investigación, no resulta racional que de él dependa el ejercicio de la acción del ofendido frente a los órganos jurisdiccionales³²⁸.

En considerandos posteriores, el Tribunal razona en torno a la consagración del “derecho a la tutela judicial efectiva”³²⁹, el que estima asegurado por la Constitución, aunque no expresamente. Dice, en este sentido, que: “nuestra Constitución consagra, sin denominarlo así, el invocado derecho a la tutela judicial efectiva, en el inciso primero del artículo 19, numeral 3°, y en las normas que lo complementan, al reconocerse con fuerza normativa, que todas las personas son iguales en el ejercicio de los derechos, lo que comprende, en nuestro medio, su igualdad de posibilidades ante los órganos jurisdiccionales, incluyendo, en primer término, el derecho a la acción, sin el cual quedaría amenazado e incompleto”³³⁰. Nos parece que aquí radica quizás es aspecto de mayor importancia de esta sentencia, por cuanto es la primera vez que el Tribunal da fuerza normativa y afirma la consagración en nuestra Constitución de una noción desarrollada principalmente en la jurisprudencia constitucional extranjera –como el propio Tribunal señala–, como es el de la tutela judicial efectiva, para efectos del proceso penal. Aunque este verdadero derecho se asemeja mucho al “debido proceso”, que tam-

³²⁷ Considerando 4°. En el mismo sentido, señala luego que: “(...) resulta necesario destacar que la Constitución reconoce expresamente el derecho a la acción al ofendido, el que surge como una garantía trascendente para compensar a la víctima de la prohibición y eventual sanción a la autotutela de sus derechos (...)” (considerando 6°).

³²⁸ Considerandos 7° y 8°. Adicionalmente, el Tribunal recuerda que la jurisdicción se ha caracterizado como un “poder-deber”. La reforma constitucional que extrajo de la competencia del Poder Judicial la investigación criminal y la radicó en el Ministerio Público, habría dejado a salvo el deber de perseguir, ahora por el Ministerio Público, la continuación del proceso penal.

³²⁹ El Tribunal hace suya la definición de CÁMARA VILLAR: “aquel (*derecho*) que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predefinido por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión” (considerando 9°).

³³⁰ Considerando 10°.

poco está consagrado expresamente, difiere de él en su amplitud, puesto que lo comprende –al debido proceso–, junto al derecho a acceder a la jurisdicción y a la eficiencia de la sentencia³³¹.

En síntesis, el Tribunal afirma que el derecho a la acción, es decir, de instar al ejercicio de la jurisdicción mediante el proceso penal, es un derecho reconocido por la Constitución, por lo que su negación o excesiva limitación llevaría a “la frustración de la tutela y a la carencia de la garantía jurisdiccional de todo derecho o interés, lo que es particularmente grave en materia penal”³³². Y agrega luego, en lo que será la *ratio decidendi* de este requerimiento, que: “entender la facultad del Ministerio Público de formalizar la investigación como una alternativa discrecional, en la cual no se puede interferir y de la que pueda derivar la decisión de no investigar y eventualmente archivar, aun cuando el afectado por el delito ha manifestado su voluntad de proseguir la persecución penal mediante la interposición de una querrela, como ocurre en el caso *sublite*, implica un acto de un órgano del Estado que produce como resultado evidente la negación de la tutela de los intereses penales de la víctima, la privación del derecho a la investigación del hecho delictivo y la imposibilidad de acceder a la jurisdicción, para que ésta resuelva el conflicto penal que la afecta (...)”³³³.

Dicho todo lo anterior –que la ley debe permitir el ejercicio de la acción penal por el ofendido–, el Tribunal examina derechamente si el sistema trazado por el Código Procesal Penal resulta acorde con esta finalidad. En esta labor, el Tribunal afirma la incompatibilidad con la Carta Fundamental de las normas que permiten al Ministerio Público poner término al proceso penal sin intervención judicial, por cuanto, es la intervención del juez de garantía, a través de la formalización, la que permite a la víctima ejercer los derechos procesales que el Código le reconoce. “Lo anterior deja de manifiesto, per se, una afectación material y clara del libre y real ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, traducido en el logro de una investigación racional y justa”³³⁴.

Finalmente, y aplicando al caso concreto el razonamiento elaborado, señala que si el Ministerio Público, lejos de manifestar su intención de no investigar, o de buscar el término del proceso penal mediante los medios que la ley le franquea, simplemente adopta la posición de no formalizar, dejando pasar el tiempo, entonces, impide el control jurisdiccional de sus actos, resultando en el ejercicio arbitra-

³³¹ Vid. la STC Rol N° 946-07, (1 de julio de 2008), a propósito de normas del Código del Trabajo que consagran el *solve et repete*, el Tribunal introduce el concepto de tutela judicial efectiva, y desarrolla una argumentación para afirmar su consagración constitucional. Especialmente, Vid. los considerandos 28° y siguientes.

³³² Considerando 11°.

³³³ Considerando 12°, en que el luego agrega que: “De lo anterior se desprende que al ser la tutela judicial efectiva un derecho fundamental, es la persona titular de dicho derecho violentado, la que debe disponer del mismo a la hora de resolver si acude o no a la justicia, teniendo presente que el ejercicio y la titularidad de sus derechos se encuentran dentro de la órbita de decisión del ser humano, coto vedado al poder público al estar dentro del marco de lo íntimo e individual, sin que el Estado pueda realizar injerencias dentro de dichos ámbitos. Es por ello que cualquier concepción que prescinda del interés de la víctima, como parte primordial del proceso penal, debe considerarse incompatible con la Constitución (...)”.

³³⁴ Vid. Considerando 28°.

rio de sus facultades, que tiene por efecto el no permitir a la víctima la tutela de sus derechos³³⁵. Máxime, si uno de los efectos de la formalización es la suspensión de la prescripción de la acción penal, de lo que resulta que la no formalización implica que eventualmente el delito prescriba y quede en la impunidad, pese a que la víctima dedujo oportunamente querrela³³⁶. Todo lo anterior resulta en que la ley no contempla una forma de forzar a que el Ministerio Público formalice la investigación, que es la llave del sucesivo proceso penal, lo que determina su inconstitucionalidad³³⁷. Es por ello que el Tribunal termina acogiendo el requerimiento, pero sin declarar la inaplicabilidad de la norma impugnada, sino más bien su aplicabilidad en un sentido determinado, esto es, que el Ministerio Público no puede ejercer su facultad de formalizar discrecionalmente; que no puede no ejercerla, y que no puede adoptar una posición pasiva dejando que corra el tiempo de prescripción de la acción.

La resolución contó con la prevención de los Ministros BERTELSEN, CORREA SUTIL y FERNÁNDEZ FREDES, quienes estuvieron por acoger el requerimiento, pero no comparten la visión sustentada por la mayoría en torno a la inconstitucionalidad de las normas que establecen facultades discrecionales del Ministerio Público, por cuanto estiman que el propio Código Procesal Penal contempla medios de control que aseguran la vigencia de los derechos de la víctima, incluso antes de la intervención judicial, por ejemplo, a través de la posibilidad de recurrir a un control administrativo por parte de los fiscales regionales. Sin embargo, los previnientes concuerdan en que la norma específica que se ha impugnado, el inciso primero del artículo 230, sí puede producir efectos contrarios a la Carta Fundamental, por cuanto la ley procesal penal no contempla medios que permitan a la víctima obligar al Ministerio Público a la formalización. Consideran, eso sí –y esto es importante porque aparecerá en los posteriores requerimientos– que el artículo 186 del Código Procesal Penal³³⁸ podría asegurar a la víctima la posibilidad de solicitar al juez de garantía la fijación de un plazo para formalizar la investigación, si se interpretara en el sentido de que la expresión “persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente”, contenida en dicha disposición, comprendiera no sólo al imputado –como propone la doctrina y jurisprudencia mayoritarias–, sino que también a la víctima.

Esta primera sentencia, la Rol N°815-07, tiene ciertas particularidades. Por una parte –y según ya señalamos–, en ella el Tribunal desarrolla un razonamiento que hace preponderar los derechos de la víctima por sobre el sistema contempla-

³³⁵ Considerando 34°.

³³⁶ Considerando 35°.

³³⁷ Considerando 42°. Nótese que el Tribunal se refiere a la inconstitucionalidad de “la preceptiva legal que limita el acceso a la jurisdicción”, en su conjunto. Esto nos lleva a pensar que el destino de una jurisprudencia semejante era la inconstitucionalidad del sistema contemplado por el Código Procesal Penal al respecto.

³³⁸ Artículo 186: “Control judicial anterior a la formalización de la investigación. Cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación”.

do en el Código Procesal Penal, incluso subordinando a estos las facultades reconocidas al Ministerio Público. Así, este pronunciamiento dejó abierta la puerta para que se impugnaran todas las normas que entrabaren de cualquier forma la actuación del ofendido en el proceso penal. Por otra parte, en esta sentencia se logra entrever la influencia de su redactor, el Ministro JUAN COLOMBO CAMPBELL, quien en textos académicos ha asumido una posición que busca un equilibrio entre los derechos del imputado y los de la víctima³³⁹. Finalmente, digamos que resulta llamativo que esta primera resolución fue adoptada sin disidencias, aunque con una prevención fundada. En los siguientes requerimientos, como veremos de inmediato, la opinión de la mayoría del Tribunal varía hacia una posición bastante más conciliadora, dando lugar a la disidencia permanente del Ministro COLOMBO, quien, acompañado o no por otros Ministros, seguirá sosteniendo la misma doctrina hasta su cese en el cargo.

El Tribunal hubo de referirse nuevamente al artículo 230 del Código Procesal en cinco ocasiones, en las que además se han impugnado algunas otras normas³⁴⁰. En todos estos casos, el problema es esencialmente el mismo que ya planteamos. Es decir, el Ministerio Público no formaliza la investigación, en circunstancias que la víctima ha deducido oportunamente querrela. Los requirentes hacen suyo el argumento esgrimido por el propio Tribunal en la STC Rol N°815, en cuanto señaló que el Ministerio Público tiene no sólo la facultad, sino también el deber de formalizar, cuando concurran los presupuestos procesales. Entender que el Ministerio Público puede decidir discrecionalmente cuándo formalizar, y también no hacerlo, vulneraría el derecho a la acción consagrado en la Constitución a favor del ofendido.

Junto al mencionado artículo 230 del Código Procesal Penal, también han sido impugnadas disposiciones que forman parte de lo que hemos identificado como el sistema que permite al Ministerio Público seleccionar los casos que estima es necesario llevar a juicio.

B. POSICIÓN ACTUAL DEL TRIBUNAL: CONSTITUCIONALIDAD DE LA “DISCRECIONALIDAD NO ARBITRARIA” EN EL EJERCICIO DE LAS FACULTADES DEL MINISTERIO PÚBLICO. OTRAS NORMAS IMPUGNADAS Y SU RESOLUCIÓN.

a) *Normas relativas a la suspensión condicional del procedimiento (artículo 237 del Código Procesal Penal)*

Así, se ha requerido la inaplicabilidad del inciso antepenúltimo del artículo 237 del Código Procesal Penal, norma que, establece la institución de la suspensión condicional del procedimiento, como forma de salida alternativa al proceso penal. Esta suspensión debe solicitarse al juez de garantía que es quien la decreta. Pero, se ha dado el problema de que los fiscales, para poder cumplir con los requisitos para que pueda solicitarse tal suspensión, al formalizar lo hacen

³³⁹ Vid. COLOMBO CAMPBELL (2006); COLOMBO CAMPBELL (2007).

³⁴⁰ Nos referimos a las STC Roles N° 1244-08 (2 de julio de 2009), 1337-09 (20 de agosto de 2009) y 1380-09 (3 de noviembre de 2009), 1467-09 (29 de diciembre de 2009), 1445-09 (29 de enero de 2010) y 1780-10 (7 de septiembre de 2010).

por una figura cuya penalidad es menos gravosa que la que plantea el querellante. De esta suerte, este problema nos lleva nuevamente a la discrecionalidad de la formalización, pues es el Ministerio Público el que determina por cuál delito formaliza. El juez de garantía no puede intervenir de modo alguno en la calificación jurídica que haga el fiscal de los hechos objeto de la formalización. En el mismo sentido se encuentra la impugnación dirigida contra el inciso segundo del artículo 390 del Código Procesal Penal, que permite sustituir el procedimiento, cuando la pena requerida no exceda de cierto marco, haciendo aplicable el procedimiento simplificado, más benigno para el imputado. Se ha planteado que el destino del proceso penal dependerá, entonces, de la calificación jurídica que haga el fiscal de los hechos, la que puede no coincidir con la del querellante.

Según veremos enseguida, para el Tribunal existen formas de controlar las actuaciones de los fiscales, por lo que en principio no existe oposición de las normas impugnadas con la Constitución.

b) Artículo 248 del Código Procesal Penal y facultad de pedir el sobreseimiento temporal o definitivo de la causa, o comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento

También se ha impugnado el artículo 248 del Código Procesal Penal, en la parte que permite al Ministerio Público, una vez cerrada la investigación, solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa o comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento. Se ha señalado, al efecto, que estas facultades pueden esconder una verdadera intención del Ministerio Público de no realizar investigación alguna, lo que nuevamente iría contra el deber de investigar y de formalizar, en su caso.

En seguida (Vid. *infra*, Capítulo II.D.2.e) veremos que para el Tribunal no hay oposición entre las normas impugnadas y la Carta Fundamental, por existir formas de controlar las decisiones del Ministerio Público.

c) Artículo 259 del Código Procesal Penal y la necesidad de que la acusación sea precedida por una formalización

Por idénticas razones es que se ha impugnado el artículo 259 del Código Procesal Penal, que establece los requisitos de la acusación, específicamente en cuanto consagra la congruencia que debe existir entre los hechos por los que se acusa y los hechos por los que se formalizó la investigación. En el fondo el problema es el mismo, pues lo que se pretende salvar inaplicando esta norma es la necesidad de que haya existido una formalización, en el evento que el Ministerio Público haya decidido no realizarla. En efecto, si no se exigiera esa congruencia, se podría acusar sin que haya existido formalización.

Veremos en seguida (Vid. *infra*, Capítulo II.D.2.e) que el Tribunal estima que la ley contempla formas para que el querellante pueda hacer valer sus derechos frente al Ministerio Público, pudiendo incluso intervenir el juez fijando un plazo para que se formalice, por lo que no hay oposición directa de las normas impugnadas con la Constitución.

d) *Interpretación del artículo 186 del Código Procesal Penal: ¿Puede la víctima “forzar” la formalización?*

Relacionado con esto, una situación particular se ha suscitado respecto al artículo 186 del Código Procesal Penal, que permite a “cualquier persona” que se considere afectada por una investigación no formalizada pedir al juez de garantía que fije un plazo para que ésta se formalice. Esta norma ha sido igualmente impugnada. Según veremos (Vid. *infra*, Capítulo II.D.2.e), el Tribunal se ha negado a declararla inaplicable, pero –al igual que en otras ocasiones, y al filo de la competencia que le reconoce la Carta Fundamental– ha dado pautas para su “correcta interpretación”.

C. DOCTRINA EMANADA DE LAS RESOLUCIONES ANTERIORES: CONCEPTO DE “DISCRECIONALIDAD NO ARBITRARIA” Y MEDIOS QUE LA LEY CONTEMPLA PARA TUTELAR LOS INTERESES DE LA VÍCTIMA

Como dijimos, todos los conflictos que sucintamente acabamos de describir, son en el fondo uno mismo, referido al papel de la víctima en el proceso penal, los derechos que la Constitución le reconoce y la conciliación de lo anterior con el sistema conformado por el Código Procesal Penal. Y es sobre este punto que se verifica un cambio notable en los pronunciamientos posteriores a la STC Rol N°815, pues en todos el Tribunal erige un razonamiento común. Para no repetir una y otra vez las mismas ideas, en seguida revisaremos cuál es la posición que asume el Tribunal frente al problema del alcance de las facultades discrecionales del Ministerio Público y su conformidad o no con los derechos que la Constitución reconoce al ofendido. Finalmente, veremos cómo se aplica esta posición a cada una de las normas impugnadas, que ya señalamos, y cómo fueron resueltos en definitiva los respectivos requerimientos.

Sobre lo primero, esto es, la visión del Tribunal respecto a las facultades discrecionales del Ministerio Público, digamos que el Tribunal mantiene su posición respecto a la consagración constitucional del derecho a la acción a favor del ofendido y “las demás personas que determine la ley”, en el artículo 83 de la Carta Fundamental. También mantiene su doctrina en cuanto a que la formalización “no puede ejercerse en forma discrecional, al punto que se lesionen derechos del imputado o del querellante y víctima”³⁴¹, pero a la vez introduce una variable, que son los medios que la propia ley otorga para controlar el ejercicio de esas facultades, los que son considerados como formas de conjurar un posible efecto contrario a la Carta Fundamental de las normas involucradas, pues permiten al querellante intervenir efectivamente en el proceso, transformando facultades que en principio aparecen como discrecionales y sin control alguno en facultades sometidas a instancias de revisión que alejan el peligro de un ejercicio arbitrario y caprichoso de las mismas. Este control, veremos que puede ser jurisdiccional –cuando su ejercicio se somete a la aprobación o revisión de un juez o tribunal–, o administrativo –cuando se somete al control de una autoridad superior del propio Ministerio Público–³⁴².

³⁴¹ STC Rol N° 1244-08, considerando 27°.

Otro punto de alcance general que conviene tener presente es que el Tribunal asigna una importancia mayor a la actividad realizada por el propio requirente de inaplicabilidad en orden a tutelar su derecho a intervenir en el proceso penal. De este modo, el Tribunal estima que si han operado los controles que la propia ley contempla, entonces las posibilidades de una aplicación inconstitucional son menores, si no nulas³⁴³; y, en el caso contrario, si no ha existido control, y esta ausencia se explica en la pasividad del propio ofendido, entonces tampoco cabe declarar la inaplicabilidad, pues ésta no puede utilizarse como remedio ante situaciones no derivadas de la aplicación de un precepto legal, sino de la actuación –o no– de una parte³⁴⁴.

D. COMENTARIOS ACERCA DE LA EXISTENCIA O NO DE UN DERECHO A QUE EL ESTADO PERSIGA LA RESPONSABILIDAD POR HECHOS CRIMINALES

Finalmente, un aspecto que subyace a todo el problema que hemos descrito es el de si existe un derecho garantizado por la Constitución para que el Estado persiga las conductas que atenten contra bienes jurídicos de relevancia. En otras palabras, si existe o no un deber estatal de ejercer siempre el *ius puniendi*, ante la ocurrencia de un ilícito penal. Este asunto es discutido por la doctrina, sobre todo a la luz del surgimiento a nivel internacional de deberes de punición, que obligan al Estado a tipificar determinadas conductas criminales. BASCUÑÁN ha destacado sobre este punto, el cambio de paradigma que supondría pasar de una concepción del *ius puniendi* limitado por los derechos fundamentales, hacia una en que estos constituyen el impulso para su ejercicio³⁴⁵. Pero aún hay más. Si lo dicho vale para efectos de la obligación de tipificar determinadas conductas –la llamada criminalización primaria–, cabe preguntarnos si vale también para sostener una

³⁴² A modo ejemplar: “Que, a mayor abundamiento y para una mejor comprensión de lo razonado en esta sentencia, debe aclararse que si bien la legislación procesal ha otorgado al persecutor estatal el ejercicio discrecional de las tantas veces aludidas prerrogativas, ello no importa permitir la arbitrariedad en su desempeño y dejar que la formalización del procedimiento quede entregada al simple capricho del ente persecutor; habida consideración de que esta hipótesis se encuentra excluida no sólo por la reseñada interpretación y aplicación del artículo 186 del Código Procesal Penal, sino que, además, por el conjunto de disposiciones contenidas en dicho cuerpo legal y en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, que reglan sus potestades y que establecen el control jerárquico y jurisdiccional de su actuación” (STC Rol N° 1467, considerando 11°).

³⁴³ STC Rol N° 1244-08, considerando 17°.

³⁴⁴ “(...) Sin embargo, ni en las argumentaciones vertidas en estrados ni de los antecedentes referidos a la gestión penal pendiente se constata que el querellante haya ejercido alguno de los mecanismos de control procesal que le otorga la legislación. Específicamente, se comprueba que no ejerció las facultades que le otorgan los artículos 183 y 257 en orden a solicitar diligencias de investigación que permitan aclarar y comprobar los hechos delictivos denunciados. Más aún, ante la existencia de un sumario administrativo realizado por el Ministerio Público, eventualmente pudo intentar la inhabilitación del fiscal que se encuentra a cargo de la investigación. Por consiguiente, mal podría dictarse una sentencia estimatoria de inaplicabilidad si el actor funda su reproche en la falta de control judicial que no obedece a lo dispuesto por el legislador sino más bien a la estrategia procesal que ha desplegado” (STC Rol N° 1394, considerando 34°).

³⁴⁵ Vid. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2007).

obligación de perseguir efectivamente todas y cada una de esas conductas –criminalización secundaria–. Si bien es cierto que en el ámbito en el que surgen los deberes estatales de punición (crímenes de guerra y lesa humanidad, genocidio, etc.) es recomendable una “persecución total”, que también pueda exigirse del Estado, esto no puede trasladarse a la criminalidad ordinaria de forma automática.

En cualquier caso, en este problema tendrá injerencia la función que se le asigne a la pena, lo que MIR PUIG llama la “decisión político-criminal básica”³⁴⁶, pues desde una perspectiva retributiva la selección de casos resulta en la impunidad de conductas que deben ser perseguidas. Dice DUCE, al respecto, que “[E]l principio de legalidad constituye una de las herencias centrales del sistema inquisitivo, esto no sólo por motivos de carácter organizacional o institucional, (...) sino también por motivos de carácter ideológico. Esto, porque dicho principio resulta absolutamente coherente con la ideología que encuentra detrás de la estructuración del sistema inquisitivo, una ideología que pone énfasis en la lucha sin tregua en contra del pecado (en su formulación canónica) o contra del delito (en su formulación laica), o sea, en la que no se puede dejar de perseguir y sancionar todo delito cometido”³⁴⁷. Y en forma más específica sobre el problema que tratamos, se ha dicho que: “[E]stablecer un derecho de la víctima a la sanción penal de los culpables retoma los argumentos retribucionistas del fundamento de la pena, y con ello se acerca peligrosamente al fenómeno de reprivatización de la justicia penal. En un Estado de Derecho, la víctima tiene la facultad de participar en el proceso –en qué medida y bajo qué requisitos dependerá del sistema penal en cuestión– para restablecer de ese modo sus capacidades comunicativas. Pero otorgarle facultades de exigir la pena de los culpables pasa por alto consideraciones fundamentales de la propia teoría de la pena, como las consideraciones relativas al merecimiento de pena y al proceso normativo necesario para pasar de una norma de comportamiento a un mandato de punición”³⁴⁸.

Y al contrario, desde la perspectiva de la pena como un instrumento de prevención general, se ha dicho que se satisface aquella con la sanción de algunos delitos y no de todos; y si se asigna a la pena un fin de prevención especial, se sostiene que existirán casos en que la sanción penal producirá más perjuicios que beneficios, etc. Como se podrá entender, un sistema de selección de casos, que permita descartar la persecución de algunos, se entiende más desde la perspectiva de la prevención, sea general o especial, pues tiende a la descriminalización de conductas de bagatela, y a la adaptación de la reacción punitiva a las circunstancias del caso concreto.

Pero, dejemos de lado este debate y concentrémonos en lo que ha dicho el Tribunal. En un principio no se pronunció abiertamente al respecto, aunque existen afirmaciones que permiten deducir su postura. Por ejemplo, en su jurisprudencia inicial (STC Rol N° 815) señaló que “resulta necesario destacar que la Constitución reconoce expresamente el derecho a la acción al ofendido, el que surge como garantía trascendente para compensar a la víctima de la prohibición y eventual san-

³⁴⁶ MIR PUIG (1994), pág. 30.

³⁴⁷ DUCE (2002), pág. 248.

³⁴⁸ TORO JUSTINIANO (2009), pág. 85.

ción a la autotutela de sus derechos –acción directa–³⁴⁹. Y que, “la acción procesal penal es el derecho que tienen los sujetos legitimados para impulsar la apertura de un proceso penal. Este derecho básico en un Estado democrático implica la compensación constitucional de la prohibición y sanción de la autotutela o fuerza bruta en la solución de los conflictos penales”³⁵⁰. Este discurso deja entrever una visión privatista de la acción penal, que “es incompatible con la existencia de un órgano público que tiene como deber dirigir en forma exclusiva la investigación penal, y en su caso, acusar, como lo consagra el sistema constitucional chileno”³⁵¹. Por eso mismo quizás, es que en su jurisprudencia posterior, el Tribunal atemperó su doctrina, al punto de sostener que “no resistiría un test de constitucionalidad, desde el punto de vista del debido proceso legal y, particularmente, de la igualdad procesal, que el juez quedara vinculado por la posición expresada por el querrelante o por la víctima, en desmedro de las posiciones de los demás intervinientes en el proceso penal”³⁵², de lo que podemos deducir que no es aceptable que se permita a la víctima llevar adelante el proceso penal por su mera voluntad, si, con observancia a los controles que la ley prevé que aseguran que no se ejerzan arbitrariamente sus facultades discrecionales, el Ministerio Público no halla mérito para adecuarse a las pretensiones de ella³⁵³.

Más explícito fue en la STC Rol N° 1341, en que declaró que “el proceso penal inquisitivo se estructuraba en base a cierta concepción del principio de legalidad: se debían perseguir y sancionar todas las situaciones delictivas. Dicho principio así entendido, sin embargo, fue atenuado por la Reforma Procesal Penal” (considerando 26°); para luego agregar que “a pesar de que, tal como se ha relatado, la víctima tiene diversos derechos en el proceso penal, no se puede afirmar que ésta tenga directamente un derecho a que se investigue” (considerando 68°).

En síntesis, sin duda después de la STC Rol N° 815, en que el Tribunal dejó abierta la opción a revisar la constitucionalidad de todo el sistema de selección de casos modelado por el Código Procesal Penal, esa Magistratura avizoró las eventuales consecuencias de su decisión y elaboró un discurso que le permitiera una vez más –y conforme a su asentada doctrina– afianzar una interpretación conforme a la Constitución, antes de decidirse por la inaplicabilidad y futura inconstitucionalidad.

Este cambio jurisprudencial (si se puede decir que la STC Rol N° 815, en su soledad, sentó jurisprudencia) ha sido descrito por el propio Tribunal de una manera muy clarificadora. Por ello nos permitimos reproducir extensamente lo siguiente:

³⁴⁹ STC Rol N° 815, considerando 6°.

³⁵⁰ Considerando 16°.

³⁵¹ BORDALÍ SALAMANCA (2008), pág. 248. BORDALÍ, critica la resolución del Tribunal que comentamos (STC Rol N° 815), en términos que luego son aceptados, a lo menos parcialmente, por el propio Tribunal, según veremos.

³⁵² STC Rol N° 1244, considerando 36°; Rol N° 1445, considerando 24°; Rol N° 1341, considerando 71°.

³⁵³ Y aún ejerciendo sus facultades arbitrariamente, el Tribunal señala que se produciría una infracción normativa, “pero no la violación de un supuesto derecho subjetivo a la investigación y a la condena del supuesto culpable del delito” (STC Rol N° 1341, considerando 72°).

“OCTAVO. Que, entrando derechamente al análisis de las objeciones formuladas, cabe señalar, en primer lugar, que a través de diversos requerimientos de inaplicabilidad presentados ante esta Magistratura, se ha planteado que la discrecionalidad con la que puede actuar el Ministerio Público en relación a ciertas instituciones de la investigación procesal penal, atentaría en contra de los derechos de la víctima en el proceso penal.

Específicamente, mediante dichos recursos se ha cuestionado la constitucionalidad de la interpretación de acuerdo a la cual el control jurisdiccional anterior a la formalización de la investigación, establecido en el artículo 186 del Código Procesal Penal, sólo está establecido en favor del imputado y no de la víctima; también se ha objetado la discrecionalidad con que cuenta el fiscal para determinar si formaliza o no la investigación, y la oportunidad de la misma (arts. 229 y 230 CPP); además, se ha impugnado la facultad del fiscal para solicitar ante el juez de garantía, y con acuerdo del imputado, la suspensión condicional del procedimiento (art. 237 CPP); asimismo, se ha puesto en tela de juicio la facultad del fiscal para declarar cerrada la investigación (art. 248 CPP); y, finalmente, se ha cuestionado la facultad del fiscal para solicitar al juez de garantía la aplicación del procedimiento simplificado (art. 390 CPP).

NOVENO. Que, como se aprecia, todas las materias referidas en el considerando anterior tienen la raíz común de contener una eventual tensión entre las facultades del Ministerio Público y los derechos de la víctima en el proceso penal.

DÉCIMO. Que, en la resolución de esa tensión, la jurisprudencia de esta Magistratura ha ido evolucionando desde una posición original que consideraba que los derechos de la víctima estaban por sobre las facultades del fiscal, hasta una postura más atenuada, que establece ciertos criterios a través de los cuales se logra un equilibrio entre los derechos de ésta y las facultades de aquél. (...)

UNDÉCIMO. Que, en el primer fallo sobre esta materia (STC rol N° 815), este Tribunal sostuvo que el derecho a la acción penal se encontraba consagrado expresa y categóricamente en la Constitución, y que cualquier razonamiento que condujera a privar a la víctima de dicho derecho debía ser descartado, pues de ese modo se subordinaba el derecho de acceder a los tribunales a las decisiones del persecutor penal. En virtud de esos primeros razonamientos, entonces, se concluía que la facultad de formalizar no podía entenderse como una facultad discrecional del fiscal, ya que dicha interpretación atentaba en contra del derecho a la tutela judicial efectiva. (...)

DUODÉCIMO. Que, como ya se señaló, los razonamientos antes referidos han sido atenuados por la jurisprudencia posterior mediante la incorporación de elementos que han permitido ir construyendo un equilibrio entre los derechos de la víctima y las facultades del fiscal. (...)” (STC Rol N° 1341, de 15 de abril de 2010).

Posteriormente, en los considerandos que siguen al que transcribimos, el Tribunal hace repaso de la forma en que ha resuelto los requerimientos aplicando la lógica descrita. En efecto, veremos en seguida que el Tribunal ha desechado sistemáticamente los requerimientos posteriores sobre la materia, acudiendo al argumento de que existen controles legales que permiten conjurar la posibilidad de un ejercicio arbitrario de las facultades discrecionales³⁵⁴.

E. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS IMPUGNADAS CONFORME A LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL

Vayamos, ahora sí, a la forma en que el Tribunal resolvió los requerimientos en que se impugnaron las normas que ya señalamos.

Específicamente, respecto a las disposiciones relacionadas con la formalización de la investigación, el Tribunal ha resaltado el carácter garantista de ésta, destinada esencialmente a servir de comunicación formal al imputado de los cargos por los cuales se le imputa; y manifestación de la exclusividad de la dirección de la investigación que la propia Carta Fundamental otorga al Ministerio Público³⁵⁵. Pero también es requisito de los pasos posteriores del proceso, sobre todo porque es un requisito de la acusación el que se refiera a hechos contenidos en la formalización (inciso final del artículo 259 del Código Procesal Penal). Por ello es que el Tribunal sostiene que deben existir controles que verifiquen la racionalidad y justicia que la Constitución exige a la investigación³⁵⁶. En el caso de la formalización, el Tribunal estima que estos valores –racionalidad y justicia– se hallan asegurados desde que “el Código Procesal ha previsto diversos mecanismos para que el querellante y la víctima, como en el presente caso, puedan plantear sus pretensiones durante la fase de investigación que desarrolla el fiscal, como asimismo en relación con la formalización de la misma y, más aun, en caso de que el fiscal no proceda a realizar esta última impidiendo la prosecución del proceso penal”³⁵⁷; mecanismos que enumera uno por uno, y entre los que se hallan la posibilidad de solicitar al fiscal la realización de diligencias de investigación, pudiendo reclamar a las autoridades del Ministerio Público si se rechazan; la posibilidad de asistir a dichas diligencias, la posibilidad de solicitar al juez de garantía que decrete un plazo para que el Ministerio Público formalice la investigación³⁵⁸, que se puedan plantear peticiones en la audiencia de formalización, que el querellante se pueda oponer a la petición de sobreseimiento hecha por el fiscal, etc.³⁵⁹.

Por lo anterior es que el Tribunal estima que en lo que concierne a la facultad de formalizar la investigación, existen controles que, al operar, descartan un efecto inconstitucional de las normas involucradas. En consecuencia, los requerimientos son rechazados sin excepción.

³⁵⁴ El Tribunal denomina “discrecionalidad no arbitraria” a la que rige al Ministerio Público, por ser efectivamente sus facultades discrecionales, pero sujetas a controles de racionalidad y justicia (STC Rol N° 1341, considerando 13°).

³⁵⁵ STC Rol N° 1244, considerando 12°; STC Rol N° 1380, considerando 7°; STC Rol N° 1467, considerando 8°; STC Rol N° 1445, considerando 19°.

³⁵⁶ STC Rol N° 1244, considerando 13° y 14°.

³⁵⁷ STC Rol N° 1244, considerando 15°.

³⁵⁸ Sobre este punto volveremos, pues se solicitó en un caso la inaplicabilidad de esta norma. En todo caso, digamos desde ya que sobre la posibilidad de que sea la víctima –o cualquier interviniente distinto del imputado– la que inste a la formalización por este medio no es aceptada por la mayoría de la doctrina nacional, por lo que en esta parte se podría decir que el control que el Tribunal afirma no existe. Veremos luego que para dar fuerza a este punto, será el propio Tribunal el que proponga una “correcta interpretación” de la norma, lo que desde ya es reprochable por consistir en un problema de interpretación de la ley, atribución que corresponde sólo a los jueces del fondo.

³⁵⁹ Vid. STC Rol N° 1244, considerando 16°.

Respecto al artículo 237 del Código Procesal Penal (suspensión condicional del procedimiento), el Tribunal también estima que existen controles suficientes, pues ésta resolución corresponde que sea dictada por el tribunal y no decidida por el Ministerio Público. A los fiscales sólo les cabe solicitarla, mas no decretarla. La intervención de un órgano jurisdiccional es un control idóneo para garantizar los derechos de la víctima, que es una de las funciones del juez de garantía. Adicionalmente, el querellante o la víctima deben ser oídos en la audiencia. Lo que no puede aceptarse es, entonces, que la oposición de la víctima o el querellante resulten vinculantes para el juez, pues esto “no resistiría un test de constitucionalidad”. Antes bien, el juez debe “ponderar los distintos argumentos vertidos en la audiencia, concediendo o denegando la solicitud de suspensión del procedimiento sobre la base de la concurrencia de los requisitos legales que la hacen procedente”³⁶⁰. Además, el Tribunal hace aplicable todo lo sostenido respecto a la formalización a la suspensión condicional del procedimiento, es decir, en definitiva “discrecionalidad no arbitraria”³⁶¹.

Las mismas razones han servido para desvirtuar la posible inconstitucionalidad en la aplicación del artículo 248, en lo que permite al Ministerio Público solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa, o comunicar su decisión de no perseverar. El Tribunal entiende ambas facultades como parte de la misma labor directiva de la investigación³⁶², por lo que también están sometidas a controles legales. Aquí el Tribunal profundiza la caracterización de la actividad del Ministerio Público como no jurisdiccional, sino que administrativa, aplicando a su respecto el concepto de potestad, que en este caso sería discrecional pero con elementos reglados, que son las condiciones que la ley exige para la procedencia de una u otra facultad. Por otra parte, el sobreseimiento requiere además de la solicitud hecha por el Ministerio Público, la intervención del juez de garantía que la apruebe, por lo que hay un control jurisdiccional. Y, aunque la facultad de comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento no necesita tal aprobación –por ser parte de la función de investigación–, a su respecto operan los mismos mecanismos que, a propósito de la formalización, permiten la intervención de la víctima o el querellante³⁶³.

Sobre el inciso final del artículo 259 del Código Procesal Penal, como señalamos antes, esta norma establece la exigencia de congruencia entre la acusación y el contenido de la formalización. El problema surge si el fiscal decide no formalizar, pues no podrá haber acusación de los otros intervinientes. Aquí vale lo ya sostenido a propósito de la formalización: existen medios legales que permiten a la víctima o al querellante instar a la misma (artículo 186 del Código Procesal Penal). Adicionalmente –y esto lo decimos nosotros– la inaplicabilidad del precepto impugnado produciría igualmente efectos contrarios a la Constitución pues vulneraría el derecho del imputado a conocer los hechos por los que se le acusará. En efecto, sin formalización, la acusación puede ser por cualquier delito, lo que es claramente contrario al fin garantista de la institución.

³⁶⁰ STC Rol N° 1244, considerando 36°.

³⁶¹ STC Rol N° 1341, considerando 15°.

³⁶² STC Rol N° 1341, considerando 48°.

³⁶³ Vid. STC Rol N° 1341, considerando 45° y siguientes. Vid. también la STC Rol N° 1349.

Finalmente, respecto al artículo 186 del Código Procesal Penal, como vimos, a él acude el Tribunal para señalar que existe a lo menos un mecanismo que permite instar a la formalización. Ello, porque esta norma permite a “cualquier persona” que se estime afectada por una investigación no formalizada, requerir al juez de garantía a que fije un plazo para que el Ministerio Público formalice la investigación. Sin embargo, esto es realidad no es claro, pues la doctrina y jurisprudencia mayoritarias estima que esta disposición es aplicable sólo respecto al imputado y no al resto de los intervinientes³⁶⁴. El Tribunal, en cambio, propone (y hasta hace exigible, en cierta manera) una interpretación que comprende a dichas partes³⁶⁵; interpretación que en todo caso no ha sido acogida por los jueces del fondo. Por ello es que se acude requiriendo la inaplicabilidad de la interpretación mayoritaria del precepto. Esto, aunque soluciona efectivamente los problemas que plantea la norma impugnada, cuya redacción no es del todo clara en cuanto a su objeto de protección, nos parece no es correcto, en tanto hace –o pretende hacer– obligatoria una determinada interpretación de un precepto legal, labor que corresponde sea hecha por los tribunales ordinarios³⁶⁶.

En síntesis, la jurisprudencia actual del Tribunal Constitucional reconoce la existencia de un sistema de selección de casos conformado a través de facultades discrecionales reconocidas al Ministerio Público. Y sostiene que esta discrecionalidad no implica arbitrariedad, por lo que deben operar los controles que la ley contempla para las diferentes actuaciones del órgano persecutor. No hay, entonces, un reproche al sistema de selección de casos. Antes bien, éste se estima justificado, tanto en razón del “principio de racionalidad del uso de los recursos públicos, en virtud del cual éstos deben ser usados de manera eficiente”, permitiendo la priorización de algunos casos sobre otros³⁶⁷, como por la natural existencia de

³⁶⁴ En ese sentido, y comentando la posición del Tribunal, PIEDRABUENA afirma que: “[E]ste fundamento jurídico preciso no sería correcto a nuestro entender, no obstante que hace años en una circular de la Fiscalía opiné que el artículo 186 debía ser interpretado en forma amplia, porque es dudoso que la citada norma se refiera al imputado y a la víctima y fundamentalmente porque esta norma no contempla una sanción para el caso de que el fiscal no obedezca la orden del juez de formalizar la investigación. En los casos en que el fiscal se ha negado a formalizar en el plazo fijado por el tribunal, no hay un criterio claro y uniforme en los tribunales penales y las soluciones que se han dado son muy diversas e importan una creación normativa que no está prevista en el Código Procesal Penal”. PIEDRABUENA RICHARDS (2009), pág. 87.

³⁶⁵ STC Rol N° 1337, considerando 7°; STC Rol N° 1380, considerando 10°; STC Rol N° 1467, considerando 10°; STC Rol N° 1341, considerando 84°.

³⁶⁶ En un sentido similar se pronuncian los disidentes Ministros VENEGAS PALACIOS, BERTELSEN REPETTO, FERNÁNDEZ BAEZA y ARÓSTICA MALDONADO, en la STC Rol N° 1484-09 (5 de octubre de 2010), en que estuvieron por acoger el requerimiento fundado, entre otras razones, en que “el Tribunal no conoce causas que demuestren que el Ministerio Público o los jueces de garantía hayan seguido en algún caso la interpretación que el Tribunal Constitucional tuvo en cuenta anteriormente para salvar la constitucionalidad del artículo 186 del Código Procesal Penal” (considerando 5°), lo que hace previsible “(...) –por los antecedentes expuestos– que en la gestión judicial en que incide el requerimiento de inaplicabilidad, la aplicación que reciba el artículo 186 del Código Procesal Penal excluirá la posibilidad de que el ofendido y querellante particular obtenga del juez de garantía la orden de formalizar la investigación (...)” (considerando 6°).

³⁶⁷ STC Rol N° 1341, considerando 29°.

casos en que la falta de datos no permite continuar con la persecución penal³⁶⁸. Además, el Tribunal reconoce cierta libertad al Ministerio Público, en quien tanto el constituyente como el legislador han depositado “la confianza necesaria como para que éste pueda actuar con libertad y eficiencia dentro de las labores que le han sido encomendadas”³⁶⁹.

V. NATURALEZA DE LA FUNCIÓN INVESTIGATIVA Y EXCLUSIVIDAD DE LA MISMA PARA EL MINISTERIO PÚBLICO

Otro punto en que el Tribunal se ha referido y que presenta interés para efectos del Derecho procesal penal es sobre la naturaleza la función investigativa que la Constitución encarga exclusivamente al Ministerio Público. En otras palabras, ¿qué es lo que se excluye de la competencia de otros órganos del Estado? Este problema ha sido planteado al Tribunal Constitucional a propósito de dos normas del Código Tributario que, en su conjunto, regulan lo que se denomina “recopilación de antecedentes”³⁷⁰.

La argumentación de los requirentes gira en torno a que –como señala el Tribunal al analizar el problema planteado en una de las presentaciones– “(...) las facultades que se conceden al Servicio de Impuestos Internos por las normas legales reprochadas importan actuaciones de investigación que la Carta Fundamental ha confiado privativamente al Ministerio Público de conformidad con su artículo 83, en el marco de los procesos penales en que interviene”³⁷¹.

El Tribunal no ha acogido esta alegación y ha señalado en múltiples oportunidades la naturaleza administrativa de las actuaciones que el Servicio puede realizar en el marco de la “recopilación de antecedentes”³⁷², como ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración. Esto está en armonía con lo resuelto al controlar la constitucionalidad del entonces proyecto de artículo 161 N°10, en que aprobó la modificación a dicho precepto “en el entendido de que la “recopilación de antecedentes” a que él se refiere no importa ni puede constituir una investigación de aquellas que se mencionan en el citado artículo 80³⁷³ y, por ende, que si en el transcurso de esa recopilación el Servicio verifica que existen motivos suficientes para una investigación por la posible comisión que revista caracteres

³⁶⁸ STC Rol N° 1341, considerando 31°.

³⁶⁹ STC Rol N° 1341, considerando 34°.

³⁷⁰ A saber, se han impugnado el artículo 34 del Código Tributario, que permite citar a atestiguar bajo juramento a ciertas personas sobre puntos de la declaración de impuestos y el artículo 161 N° 10, que faculta al Servicio de Impuestos Internos para diligencias de recopilación de antecedentes, incluso con auxilio de la fuerza pública.

³⁷¹ STC Rol N° 1406-09, considerando 6°.

³⁷² Se trata del ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa. En este sentido, Vid. STC Roles N° 725-07, considerando 25°; 766, considerando 25° (ambos del 26 de junio de 2008); 1205-08, considerando 24°; 1184-08, considerando 24°; 1183-08, considerando 24°; 1229, considerando 24°; 1203-08, considerando 24°; 1245-08, considerando 21°; 1221-08, considerando 24° (todas dictadas el 8 de enero de 2009); 1233-08, considerando 21° (13 de enero de 2009).

³⁷³ Actual artículo 83 de la Constitución.

de delito que corresponda sancionar con multa y pena corporal, deberá abstenerse de continuar dicha investigación”³⁷⁴.

CONCLUSIONES

- I. Las relaciones entre Constitución y Derecho penal constituyen un “tema de nuestro tiempo”, pues éste no sólo deberá conformarse a aquélla en virtud de su jerarquía, sino también seguir el trazo que orienta al constituyente en su visión del mundo, de los individuos y el Estado, etc. que necesariamente han de influir en la comprensión que se tenga del sistema punitivo.
- II. Además de lo anterior, justifica el interés por estudiar la jurisprudencia de inaplicabilidad del Tribunal Constitucional, el que ésta recién haya comenzado a conformarse desde el año 2006 en adelante, tras la reforma de la Ley 20.050 que encargó a esa Magistratura el control concreto de constitucionalidad, antes de competencia de la Corte Suprema.
- III. En el ámbito penal, los problemas que han ocupado al Tribunal se refieren al principio de legalidad –en su manifestación de *lex certa* y *lex scripta*–, la validez de las presunciones de responsabilidad y su relación con la presunción de inocencia, la prohibición de la prisión por deudas, el principio de proporcionalidad entre los delitos y las penas, el principio de culpabilidad y el principio *pro reo*.
- IV. En el tratamiento de estos casos, el Tribunal adopta, como es habitual, una posición que busca ante todo la interpretación conforme a la Constitución de las normas impugnadas. Por ello es que los requerimientos han sido mayoritariamente rechazados.
- V. Sobre el principio de legalidad en su manifestación de *lex certa*, el Tribunal ha mantenido la posición sostenida por la Corte Suprema, en el sentido de que la Constitución permite las leyes penales en blanco, a condición de que sea la norma legal la que describa, a lo menos, el núcleo esencial de la conducta prohibida. Este punto de vista se ve sustentado por un argumento histórico.
- VI. En cuanto a la *lex scripta*, el Tribunal, al enfrentarse a una disposición penal dictada por el Ejecutivo, como Decreto con Fuerza de Ley, la estimó constitucional por resguardarse los fines del principio de legalidad –especialmente, las exigencias de la seguridad jurídica– al encontrarse la figura típica impugnada “en la conciencia jurídica del pueblo”. Esta solución nos parece criticable por pasar por alto la necesidad de que las normas penales se establezcan a través de una ley formal, única que garantiza la participación del Parlamento, depositario de la soberanía.

³⁷⁴ STC Rol N° 349, considerando 34°.

- VII. En cuanto a la presunción de inocencia, el Tribunal ha señalado que se halla consagrada como derecho fundamental. Pero, la Constitución sólo proscribe las presunciones de derecho en la materia, por lo que en principio son constitucionales las que admiten prueba en contrario. En cualquier caso, el Tribunal ha señalado que el Código Procesal Penal resguarda suficientemente la presunción de inocencia, al exigir del Ministerio Público una investigación objetiva (que apunte también a los hechos que funden la inocencia del imputado) y, sobre todo, del tribunal, a quien se exige una convicción más allá de toda duda razonable respecto a la participación punible. Igualmente, el Tribunal ha señalado que, pese a que hay circunstancias que corresponde al imputado acreditar (eximentes, atenuantes, etc.), corresponde siempre al Ministerio Público acreditar la participación culpable, incluyendo ésta el ánimo especial que la figura exija.
- VIII. En lo que se refiere a la prisión por deudas, el Tribunal ha rechazado requerimientos por estimar que la única prisión que se prohíbe en instrumentos internacionales es aquella derivada del incumplimiento de obligaciones contractuales. Por lo tanto, la que opera por el incumplimiento de obligaciones pecuniarias de Derecho público (como la de enterar las cotizaciones de los trabajadores, o la de pagar las multas a que se resulte condenado), o derivadas de la propia responsabilidad criminal (como el pago de las indemnizaciones exigidas para acceder y conservar una medida alternativa a la privación de libertad), no se encuentran proscritas constitucionalmente.
- IX. Sobre el principio de proporcionalidad, el Tribunal ha afirmado, aunque muy brevemente, su consagración constitucional, como parte del derecho a un procedimiento racional y justo, el que envolvería no sólo aspectos adjetivos, sino también materiales. Sin perjuicio de ello, cuando se le ha requerido la inaplicabilidad de una norma claramente desproporcionada (por castigar como consumados delitos en grado de tentativa y frustración; o como autores a los partícipes), se ha negado aduciendo que corresponde al legislador la determinación de las penas, con la sola limitación de la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas y degradantes. Esto no obsta a que, si se verifica que el arresto u otro apremio aparece desproporcionado a su finalidad, sea contrario a la Carta Fundamental.
- X. Sobre el importante tema del principio de culpabilidad, el Tribunal no ha abundado sobre su consagración constitucional, como lo han hecho otros tribunales que ligan esta argumentación a nociones como la dignidad humana y el Estado de derecho. Para el Tribunal, parece relacionarse más con la prohibición de presumir de derecho los elementos de la responsabilidad penal, entre los que se halla la culpabilidad. En cualquier caso, para esa Magistratura la interpretación de figuras típicas reñidas con el principio (como los delitos calificados por el resultado) debe hacerse respetándolo, buscando armonizarlos con la Carta Fundamental.
- XI. Sobre el principio *pro reo*, el Tribunal lo ha reconocido en cuanto la propia Constitución manda aplicar la ley penal más benigna retroactivamente, pero no en cuanto podría fundar un mandato de interpretación a favor

del imputado. Sobre lo primero en todo caso, persiste el problema de determinar qué norma es penal, pues se ha requerido la inaplicabilidad de normas ubicadas en cuerpos procesales, pero que a nuestro entender tienen naturaleza sustantiva (específicamente, las reglas para sancionar los delitos reiterados de una misma especie) lo que el Tribunal ha rechazado por estimar que el estatuto diferente, incluso más perjudicial para el imputado, se encuentra autorizado por la disposición octava transitoria de la Carta Fundamental, que permite la convivencia de dos regímenes procedimentales.

- XII. En el ámbito procesal penal, el Tribunal ha debido referirse fundamentalmente al derecho al juez natural, imparcial e independiente, a propósito de la institución del Ministro en Visita y de la Justicia Militar. También se ha referido al derecho a que la libertad del imputado sea decidida por un órgano jurisdiccional, al debido proceso y las múltiples garantías que comprende y al derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima de un delito.
- XIII. Sobre el juez natural, el Tribunal ha confirmado que el tribunal debe ser predeterminado por ley con anterioridad a los hechos, lo que se cumple si la ley permite a la Corte Suprema el nombramiento de Ministros en Visita para la instrucción y fallo de determinados procesos.
- XIII. Respecto a la Justicia Militar, aunque el Tribunal ha rechazado los requerimientos sobre la materia, lo ha hecho por estimar que estos apuntaban a la inconstitucionalidad en abstracto de las normas impugnadas. Sin embargo, ha aceptado en gran medida las críticas hechas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso *Palamara Iribarne*), dejando abierta la posibilidad de declarar la inaplicabilidad de normas determinadas y que puedan ser aplicadas en el caso concreto.
- XIV. Sobre el derecho a que sea un órgano jurisdiccional el que decida sobre la libertad del imputado, el Tribunal ha debido pronunciarse acerca de la aplicación del inciso segundo del artículo 149 del Código Procesal Penal, cuyo efecto es que se suspenda la puesta en libertad del imputado por la apelación verbal del Ministerio Público, hasta que se falle el recurso por la Corte de Apelaciones. Ha señalado el Tribunal que en este caso igualmente la decisión corresponderá a un órgano jurisdiccional –la Corte de Apelaciones respectiva– y no al Ministerio Público, por lo que no hay inconstitucionalidad.
- XV. En cuanto al debido proceso, la especial configuración de este derecho, como un catálogo abierto, ha permitido que a su alero lleguen al Tribunal diversos asuntos, como el derecho a conocer los cargos que se imputan (a propósito del secreto de ciertos procedimientos disciplinarios), a que se brinde un tiempo suficiente para preparar la defensa, a la igualdad de armas, al recurso, y a un juzgamiento hecho en un plazo razonable. De ellos, los más interesantes son la igualdad de armas, que ha fundado la inaplicabilidad de una norma del Código Procesal Penal que permitía sólo al Ministerio Público apelar cuando se le excluyera prueba; y el derecho al recurso, sobre el que el Tribunal ha tenido una posición más bien respetuosa de la competencia del legislador, a quien corresponde configurar el

proceso. Éste es quizás uno de los temas que permanece abierto hacia su futura resolución.

- XVI. En cuanto a la tutela judicial efectiva, el Tribunal se ha visto enfrentado a decidir sobre la constitucionalidad del sistema de selección de casos del Código Procesal Penal, erigido sobre variadas normas del mismo. Todas ellas nos remiten al mismo problema: la conciliación de las facultades otorgadas a los fiscales del Ministerio Público para buscar el término anticipado de la persecución penal, y los derechos del ofendido o víctima a quien la Constitución asegura el derecho a la acción. Aunque en un principio el Tribunal se inclinó por la inconstitucionalidad de toda norma que entrabara la participación del ofendido en el proceso penal, o la supeditara a la voluntad del Ministerio Público, actualmente su opinión ha decantado hacia la búsqueda de una interpretación armónica de las normas impugnadas con la Constitución. Esto lo ha logrado introduciendo el concepto de “discrecionalidad no arbitraria”, que permite al Ministerio Público terminar anticipadamente la persecución, siempre que se haga por motivos fundados, los que deben ser controlables judicial o administrativamente. Por lo tanto, la selección de casos es constitucional en tanto las decisiones no sean arbitrarias, lo que implica que deben existir controles de la discrecionalidad en la propia ley.

ANEXO
TABLAS ILUSTRATIVAS DE CASOS

TABLA N° 1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Rol N°	Fecha de Dictación	Precepto Impugnado	Conflicto Planteado	Decisión	Disidencias	Observaciones
468-06	9 de noviembre de 2006	Art. 299 inc. 3° Código de Justicia Militar	Tipicidad, ley penal en blanco. "Deberes militares"	Rechazado	Correa Sutil y Vodanovic Schnake	
549-06	30 de marzo de 2007	Art. 434 Código Penal	Tipicidad (<i>lex certa</i>), ley penal abierta. "Actos de piratería"	Rechazado	No hubo	Cita la enciclopedia Wikipedia para ilustrar sobre la comprensión que se tiene del término "piratería"
559-06	7 de junio de 2007	Art. 299 inc. 3° Código de Justicia Militar	Tipicidad, ley penal en blanco. "Deberes militares"	Rechazado	No hubo	
824-07	14 de agosto de 2007	Art. 261 N°1, 262 y 264 Código Penal	Tipicidad (<i>lex certa</i>), ley penal abierta. Amenazas a ciertas "autoridades"	Inadmisible	No hubo	Aunque se declaró inadmisibile, se afirma que la norma cumple con el estándar exigido por la Constitución
781-07	27 de septiembre de 2007	Art. 299 inc. 3°, 431 y 433 Código de Justicia Militar	Tipicidad, ley penal en blanco. "Deberes militares"	Acogido	No hubo	Acogido por haberse aplicado contra el requirente un reglamento dictado con posterioridad a los hechos
1011-07	26 de agosto de 2008	Art. 299 inc. 3°, 431 y 433 Código de Justicia Militar	Tipicidad. Ley penal en blanco. Ley penal abierta, al arbitrio del juez. <i>Non bis in idem</i>	Acogido sólo sobre el Art. 433	Bertelsen (estuvo por rechazarlo en todas sus partes). Correa Sutil (por acoger)	Se estima que la norma del art. 433 CJM es inconstitucional porque permite al juez decidir qué es delito y qué no
1191-08	19 de mayo de 2009	Art. 137 DFL N°1/1982 del Ministerio de Minería	Delito de hurto de energía eléctrica contenido en un DFL. Reserva legal de los delitos y las penas. Función de garantía del tipo. <i>Lex stricta</i>	Rechazado	Venegas	Estima que se da cumplimiento a la función de garantía del tipo, pues la figura está en la "conciencia jurídica del pueblo" (considerando 22°)

Rol N°	Fecha de Dictación	Precepto Impugnado	Conflicto Planteado	Decisión	Disidencias	Observaciones
1352-09	20 de mayo de 2010	Art. 168 Ordenanza de Aduanas y Art. 1° inc. 2° Código Penal	Tipicidad, ley penal en blanco. Delito de contrabando. Remisión a normas reglamentarias. Presunción de voluntariedad	Rechazado	Bertelsen, Vodanovic Schnake y Fernández Baeza	
1351-09	20 de mayo de 2010	Art. 168 Ordenanza de Aduanas y Art. 1° inc. 2° Código Penal	Tipicidad, ley penal en blanco. Delito de contrabando. Remisión a normas reglamentarias. Presunción de voluntariedad	Rechazado	Bertelsen, Vodanovic Schnake y Fernández Baeza	

TABLA N° 2 PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (REGLA DEL JUICIO)

Rol N°	Fecha de Dictación	Precepto Impugnado	Conflicto Planteado	Decisión	Disidencias	Observaciones
739-07	21 de agosto de 2007	Art. 1°, inc. 2° y Art. 292 C. Penal	Presunción de voluntariedad o dolo. Delito de asociación ilícita	Rechazado	No hubo	Caso "Colonia Dignidad"
787-08	18 de diciembre de 2007	Art. 450, inc. 1° C. Penal	Equiparación a consumado, ¿constituye presunción de derecho del grado de desarrollo?	Rechazado	Fernández Baeza	
797-07	24 de enero de 2008	Art. 450, inc. 1° C. Penal	Equiparación a consumado, ¿constituye presunción de derecho del grado de desarrollo?	Rechazado	Fernández Baeza, Vodanovic Schnake	
829-07	6 de marzo de 2008	Art. 450, inc. 1° C. Penal	Equiparación a consumado, ¿constituye presunción de derecho del grado de desarrollo?	Rechazado	Fernández Baeza, Vodanovic Schnake, Ribera Neumann	
825-07	6 de marzo de 2008	Art. 450, inc. 1° C. Penal	Equiparación a consumado, ¿constituye presunción de derecho del grado de desarrollo?	Rechazado	Fernández Baeza, Vodanovic Schnake, Ribera Neumann	

Rol N°	Fecha de Dictación	Precepto Impugnado	Conflicto Planteado	Decisión	Disidencias	Observaciones
993-07	13 de mayo de 2008	Art. 4° Ley 20.000	Presunción de derecho. <i>Onus probandi</i> del Ministerio Público y del imputado	Rechazado	Fernández Baeza	Caso "Morrison Cristi"
1436-09	7 de octubre de 2009	Art. 371 C. Penal (modificado)	"Penados como autores", ¿constituye presunción de derecho de la autoría?	Rechazado	No hubo	Inadmisibles, con pronunciamiento sobre el fondo de la Primera Sala del Tribunal

TABLA N° 3 PRISIÓN POR DEUDAS

Rol N°	Fecha de Dictación	Precepto Impugnado	Conflicto Planteado	Decisión	Disidencias	Observaciones
807-07	4 de octubre de 2007	Art. 17 y 19) Ley 18.216 sobre Medidas Alternativas	Imposibilidad de cumplir las condiciones pecuniarias para la conservación del beneficio de una medida alternativa, ¿es prisión por deudas?	Rechazado	No hubo	Se pronuncia sólo respecto al art. 19
1138-08	10 de junio de 2008	Art. 5° d) Ley 18.216	Imposibilidad de cumplir las condiciones pecuniarias para la conservación del beneficio de una medida alternativa, ¿es prisión por deudas?	Rechazado	No hubo	Se declara inadmisibles, pero se hacen afirmaciones sobre el fondo (Primera Sala)
1249-08	10 de noviembre de 2008	Art. 5° d) Ley 18.216	Imposibilidad de cumplir las condiciones pecuniarias para la conservación del beneficio de una medida alternativa, ¿es prisión por deudas?	Rechazado	No hubo	Se declara inadmisibles, pero se hacen afirmaciones sobre el fondo (Segunda Sala)
1241-08	10 de noviembre	Art. 178, inc. 6° Ordenanza de Aduanas	Sustitución de la multa por prisión, ante el no pago	Rechazado	Correa Sutil, quien estuvo por la admisibilidad	Se declara inadmisibles, pero se hacen afirmaciones sobre el fondo (Segunda Sala)

Rol N°	Fecha de Dictación	Precepto Impugnado	Conflicto Planteado	Decisión	Disidencias	Observaciones
1518-	21 de octubre de 2010	Art. 169 C. Sanitario	Sustitución de la multa por prisión. Proporcionalidad. Premio decretado por la Administración	Acogido	Fernández Fredes, Carmona Santander	

TABLA N° 4 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Rol N°	Fecha de Dictación	Precepto Impugnado	Conflicto Planteado	Decisión	Disidencias	Observaciones
787-07	18 de diciembre de 2007	Art. 450, inc. 1° C. Penal	Castigar como consumado un delito en grado de tentativa o frustrado	Rechazado	Fernández Baeza	
797-07	24 de enero de 2008	Art. 450, inc. 1° C. Penal	Castigar como consumado un delito en grado de tentativa o frustrado	Rechazado	Fernández Baeza, Vodanovic Schnake	
829-07	6 de marzo de 2008	Art. 450, inc. 1° C. Penal	Castigar como consumado un delito en grado de tentativa o frustrado	Rechazado	Fernández Baeza, Vodanovic Schnake, Ribera Neumann	
825-07	6 de marzo de 2008	Art. 450, inc. 1° C. Penal	Castigar como consumado un delito en grado de tentativa o frustrado	Rechazado	Fernández Baeza, Vodanovic Schnake, Ribera Neumann	
1436-09	7 de octubre de 2009	Art. 371 C. Penal (modificado)	Castigar como autores a quienes no lo son, ¿constituye una sanción desproporcionada?	Rechazado	No hubo	
1518-09	21 de octubre de 2010	Art. 169 C. Sanitario	Sustitución de multa por prisión. Proporcionalidad de la pena	Acogido	Fernández Fredes, Carmona Santander	Señala que la proporcionalidad de la pena es exigida como parte del "debido proceso" (C. 28°)

TABLA N° 5 PRINCIPIO *PRO REO*

Rol N°	Fecha de Dictación	Precepto Impugnado	Conflicto Planteado	Decisión	Disidencias
784-07	20 de diciembre de 2007	Art. 509 C. de Procedimiento Penal	Regla para el castigo de delitos reiterados, ¿norma penal o procesal? Principio <i>pro reo</i> . Disposición octava transitoria CPR	Rechazado	Bertelsen Repetto, Vodanovic Schnake, Correa Sutil
1281-08	13 de agosto de 2009	Art. 459 C. Penal	“Usurpación de aguas”. Interpretación de la ley penal a favor del reo (restrictiva). Ley penal en blanco. Concepto de “aguas”, ¿incluye las subterráneas?	Rechazado	Vodanovic Schnake, Fernández Baeza, Venegas Palacios
1389-09	31 de diciembre de 2009	Art. 484 C. Procesal Penal	La norma impugnada permite la entrada gradual de la reforma y manda que se aplique el CPP sólo hacia el futuro. Regla para apreciar una atenuante, ¿penal o procesal?	Rechazado	Bertelsen Repetto, Vodanovic Schnake, Fernández Baeza
1327-09	20 de julio de 2010	Varios del C. de Procedimiento Penal y Art. 483 C. Procesal Penal	Aplicación del procedimiento antiguo y no del nuevo. Disposición octava transitoria CPR autorizó expresamente la vigencia de las normas impugnadas	Rechazado	No hubo
1532-09	24 de agosto de 2010	Art. 509 C. de Procedimiento Penal	Regla para el castigo de los delitos reiterados de una misma especie, ¿norma penal o procesal? Principio <i>pro reo</i> . Disposición octava transitoria CPR	Rechazado	No hubo

TABLA N° 6 DERECHO AL DEBIDO PROCESO

Rol N°	Fecha de Dictación	Precepto Impugnado	Conflicto Planteado	Decisión	Disidencias	Observaciones
478-06	8 de agosto de 2006	Art. 416, inc. 3° C. Procesal Penal	Derecho a rendir pruebas en el procedimiento de desafuero por delitos de acción privada	Acogido	No hubo	
533-06	9 de noviembre de 2006	Art. 416, inc. 3° C. Procesal Penal	Derecho a rendir pruebas en el procedimiento de desafuero por delitos de acción privada	Acogido	No hubo	
670-06	12 de abril de 2007	Art. 11 Ley 19.806	Imposibilidad de impugnar la parte de la sentencia que deniega una medida alternativa de la Ley 18.216	Rechazado	No hubo	
664-06	30 de mayo de 2007	Varios del Código Orgánico de Tribunales y de la Ley de Control de Armas	Derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Después de 15 años la causa sigue está en estado de sumario. Debido proceso	Rechazado	No hubo	
558 (590)-06	5 de julio de 2007	Art. 416, inc. 3° C. Procesal Penal	Derecho a rendir pruebas en el procedimiento de desafuero por delitos de acción privada	Rechazado	Correa Sutil, Vodanovic Schnake	Acción de inconstitucionalidad
596-06	12 de julio de 2007	Art. 416, inc. 3° C. Procesal Penal	Derecho a rendir pruebas en el procedimiento de desafuero por delitos de acción privada	Rechazado	Fernández Baeza	
783-07	31 de agosto de 2007	Auto Acordado de la Corte de Apelaciones de Santiago para hacer valer la responsabilidad funcionaria	Reserva del procedimiento disciplinario. Plazo razonable para conocer la acusación y preparar la defensa	Acogido	Navarro Beltrán	

Rol N°	Fecha de Dictación	Precepto Impugnado	Conflicto Planteado	Decisión	Disidencias	Observaciones
699-06	13 de septiembre de 2007	Art. 425, inc. 4° C. Procesal Penal	Querrela de capítulos por delitos de acción privada. Derecho a la prueba	Rechazado	No hubo	
806-07	11 de diciembre de 2007	Art. 416, inc. 3° C. Procesal Penal	Derecho a rendir pruebas en el procedimiento de desafuero por delitos de acción privada	Acogido	Bertelsen Repetto	
791-07	15 de enero de 2008	Art. 416, inc. 3° C. Procesal Penal	Derecho a rendir pruebas en el procedimiento de desafuero por delitos de acción privada	Rechazado	Fernández Baeza	
986-07	30 de enero de 2008	Art. 387, inc. 2° C. Procesal Penal	"Improcedencia de recursos". Derecho al recurso como parte del debido proceso	Rechazado	Vodanovic Schnake, Fernández Baeza, Correa Sutil	Caso Aarón Vásquez
821-07	1 de abril de 2008	Art. 387, inc. 2° C. Procesal Penal	"Improcedencia de recursos". Derecho al recurso como parte del debido proceso	Rechazado	No hubo	
1055-08	2 de abril de 2008	Art. 387, inc. 2° C. Procesal Penal	"Improcedencia de recursos". Derecho al recurso como parte del debido proceso	Rechazado	No hubo	Declarado inadmisibile, con pronunciamiento sobre el fondo
1130-07	7 de octubre de 2008	Art. 387, inc. 2° C. Procesal Penal	"Improcedencia de recursos". Derecho al recurso como parte del debido proceso	Rechazado	Vodanovic Schnake, Correa Sutil	
1250-09	14 de mayo de 2009	Art. 548 C. de Procedimiento Penal	<i>Reformatio in peius</i>	Rechazado	Vodanovic Schnake, Fernández Baeza, Peña Torres	
1314-09	24 de septiembre de 2009	Art. 416, inc. 3° C. Procesal Penal	Derecho a rendir pruebas en el procedimiento de desafuero por delitos de acción privada	Rechazado	No hubo	
1535-09	28 de enero de 2010	Art. 277 C. Procesal Penal	Igualdad de las partes en el proceso penal. Derecho a impugnar.	Acogido	No hubo	Caso "Quintrala"

Rol N°	Fecha de Dictación	Precepto Impugnado	Conflicto Planteado	Decisión	Disidencias	Observaciones
1501-09	31 de agosto de 2010	Art. 387, inc. 2° C. Procesal Penal	“Improcedencia de recursos”. Derecho al recurso como parte del debido proceso	Rechazado	Vodanovic Schnake, Fernández Baeza	
1502-09	9 de septiembre de 2010	Art. 277 C. Procesal Penal	Igualdad de las partes en el proceso penal. Derecho a impugnar	Acogido	Vodanovic Schnake, Fernández Baeza, Correa Sutil, Viera-Gallo Quesney	

**TABLA N° 7 TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
(DERECHO DEL OFENDIDO A LA ACCIÓN)**

Rol N°	Fecha de Dictación	Precepto Impugnado	Conflicto Planteado	Decisión	Disidencias
815-08	19 de agosto de 2008	Art. 230, inc. 1° C. Procesal Penal	Facultad de formalizar discrecionalmente si hay querrela oportuna. Derecho a la acción del ofendido	Acogido	No hubo
1244-08	2 de junio de 2009	Art. 229, 230, inc. 1° y 137 C. Procesal Penal	Facultad de formalizar discrecionalmente si hay querrela oportuna. Derecho a la acción del ofendido	Rechazado	Bertelsen Repetto, Colombo Campbell, Fernández Baeza, Venegas Palacios
1247-08	14 de julio de 2009	Art. 24 y 27 Ley 19.733	Debido proceso. Intervención del Ministerio Público. Procedimiento por faltas	Rechazado	Colombo Campbell
1337-09	20 de agosto de 2009	Art. 230, inc. 1° y 186 CPP	Facultad de formalizar discrecionalmente si hay querrela oportuna. Derecho a la acción del ofendido	Rechazado	Colombo Campbell, Venegas Palacios
1380-09	3 de noviembre de 2009	Art. 230, inc. 1° y 186 CPP	Facultad de formalizar discrecionalmente si hay querrela oportuna. Derecho a la acción del ofendido	Rechazado	Colombo Campbell
1467-09	29 de diciembre de 2009	Art. 230, inc. 1° C. Procesal Penal	Facultad de formalizar discrecionalmente si hay querrela oportuna. Derecho a la acción del ofendido.	Rechazado	Colombo Campbell, Venegas Palacios

Rol N°	Fecha de Dictación	Precepto Impugnado	Conflicto Planteado	Decisión	Disidencias
1312-09	28 de enero de 2010	Art. 390 C. Procesal Penal	Calificación del fiscal hecha discrecionalmente que permite acceder al procedimiento abreviado. Derechos del ofendido	Rechazado	Vodanovic Schnake, Fernández Fredes, Carmona Santander
1445-09	29 de enero de 2010	Art. 230 y otros del CPP	Facultad de formalizar discrecionalmente si hay querrela oportuna. Derecho a la acción del ofendido	Rechazado	Colombo Campbell
1341-09	15 de abril de 2010	Art. 248 C. Procesal Penal	Facultad de no iniciar investigación. ¿Derecho a que se investigue?	Rechazado	Bertelsen Repetto, Fernández Baeza
1404-09	18 de mayo de 2010	Art. 248, c) del C. Procesal Penal	Facultad de no perseverar en el procedimiento. Derecho del ofendido a que se prosiga hasta el juicio	Rechazado	Bertelsen Repetto, Venegas Palacios, Fernández Baeza
1394-09	13 de julio de 2010	Art. 248, c) del C. Procesal Penal	Facultad de no perseverar en el procedimiento. Derecho del ofendido a que se prosiga hasta el juicio	Rechazado	Venegas Palacios, Cea Egaña, Bertelsen Repetto
1502-09	31 de agosto de 2010	Art. 259, inc. final C. Procesal Penal	Necesidad de congruencia entre acusación y formalización hace necesaria la intervención del M. Público. Derecho del ofendido a continuar solo. Forzamiento de la formalización	Rechazado	Venegas Palacios, Cea Egaña, Bertelsen Repetto, Aróstica Maldonado
1780-10	5 de octubre de 2010	Art. 186 C. Procesal Penal	Forzamiento de la formalización, ¿puede intentarla el querrelante? Derecho a proseguir el proceso sin el M. Público	Rechazado	Venegas Palacios, Cea Egaña, Bertelsen Repetto, Aróstica Maldonado

BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE LIZANA, EDUARDO (2008). *Derechos Fundamentales* (1^{ra} ed.). Santiago de Chile: Legal Publishing.
- ATRIA LEMAITRE, FERNANDO (2004). “Jurisdicción e independencia judicial: el Poder judicial como poder nulo”. *Revista de Estudios de la Justicia* (5), 119-141.
- BACIGALUPO, ENRIQUE (2005). *Derecho Penal y el Estado de Derecho* (1^{ra} ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- BACIGALUPO, ENRIQUE (1999a). *Derecho Penal. Parte General* (2^{da} ed.). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- BACIGALUPO, ENRIQUE (1999b). “El Principio de legalidad como tarea inconclusa”. En *Principios constitucionales de derecho penal* (1^{ra} ed., págs. 43-72). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- BACIGALUPO, ENRIQUE (1999c). “La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el derecho penal”. En *Principios constitucionales de derecho penal* (1^{ra} ed., págs. 75-96). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- BACIGALUPO, ENRIQUE (1999d). “La jerarquía constitucional del principio de culpabilidad”. En *Principios constitucionales de derecho penal* (1^{ra} ed., págs. 137-151). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- BACIGALUPO, ENRIQUE (1999e). “La problemática constitucional de las leyes penales en blanco”. En *Principios constitucionales de derecho penal* (1^{ra} ed., págs. 99-111). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- BARRIENTOS PARDO, IGNACIO (2007). “Prohibición de la Reformatio in Peius y la realización de nuevo juicio (Ir por lana y salir trasquilado)”. *Revista de Estudios de la Justicia* (9), 175-207.
- BARRIENTOS PARDO, IGNACIO (2009). “Recurso efectivo contra la sentencia que no concede beneficios de la Ley N° 18.216”. *Revista de Estudios de la Justicia* (11), 265-318.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO (2007). “Derechos Fundamentales y Derecho Penal”. *Revista de Estudios de la Justicia* (9), 47-74.
- BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS (2008). “No hay ejercicio del derecho fundamental de acción en el proceso penal. Sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inaplicable el artículo 230 del Código Procesal Penal”. *Revista de Derecho* (Valdivia), XXI (2), 205-249.
- BULNES ALDUNATE, LUZ (2005). “Efectos de las sentencias de la jurisdicción constitucional en la judicatura ordinaria”. *Revista de Estudios Constitucionales* (1 [Año 3]), 55-65.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN (1997-II). *Lecciones de Derecho Penal* (1^{ra} ed., Vol. II). Madrid, España: Trotta.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN (1997-I). *Lecciones de Derecho Penal* (1^{ra} ed., Vol. I). Madrid, España: Trotta.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN (1994). “Pena y Estado”. En J. BUSTOS RAMÍREZ, *Bases críticas de un nuevo Derecho penal* (págs. 127-162). Editorial Jurídica Conosur.
- CAMPOS MUÑOZ, PABLO (2008a). “Derogación tácita o inconstitucionalidad sobreviniente”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* (37), 23-28.
- CAMPOS MUÑOZ, PABLO (2008b). “Estado actual del tratamiento jurisprudencial del artículo 450 inciso primero del Código Penal”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* (34), 11-21.
- CARBONELL, MIGUEL (2008). “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”. En M. CARBONELL (Editor), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (1^{ra} ed., págs. 9-12). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL (2008). “Derecho Penal como ‘ultima ratio’. Hacia una política criminal racional”. *Ius et Praxis* [online], XIV (1), 13-48.

- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS (2007). "Praxis del Control de constitucionalidad en Chile". Ponencia presentada en la XXXVII *Jornadas Chilenas de Derecho Público*. Valparaíso.
- CERDA SAN MARTÍN, RODRIGO (2003). "Presunciones legales de responsabilidad en el nuevo sistema procesal penal". *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales* (5), 99-105.
- CISTERNAS VELIS, LUCIANO (2009). *El Microtráfico. Análisis crítico a la normativa, doctrina y jurisprudencia* (1ª ed.) Santiago: Librotecnia.
- COLOMBO CAMPBELL, JUAN (2006). "El Inocente Delincuente". *Informativo Jurídico* (37), Editorial Jurídica de Chile, págs. 5-8.
- COLOMBO CAMPBELL, JUAN (2007). "Garantías constitucionales del debido proceso penal. Presunción de inocencia". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, I (2007-1), 345-369.
- COUSIÑO MAC IVER, LUIS (1975). *Derecho Penal Chileno* (1ª ed., Vol. I). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- COUSO SALAS, JAIME (2002). "Competencia de la Justicia Militar. Una perspectiva político-criminal". En J. MERA FIGUEROA (Ed.), *Hacia una reforma de la Justicia Militar: delito militar, régimen disciplinario, competencia y organización* (págs. 73-145). Santiago: Cuadernos de Análisis Jurídico. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales.
- CURY URZÚA, ENRIQUE (1992-II). *Derecho Penal. Parte General* (2ª ed., Vol. II). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- CURY URZÚA, ENRIQUE (1992-I). *Derecho Penal. Parte General* (2ª ed., Vol. I). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- CURY URZÚA, ENRIQUE (1995). "La Culpabilidad". *Revista Chilena de Derecho*, XXII (2), 181-188.
- CURY URZÚA, ENRIQUE (1988). *La Ley penal en blanco* (1ª ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- DUCE, MAURICIO (2002). "Selección de casos en el Nuevo Código Procesal Penal". *Revista Chilena de Derecho*, 29 (2), 247-272.
- DURÁN FUICA, RODRIGO (2007). *Medidas cautelares personales en el proceso penal* (2ª ed.). Santiago: Librotecnia.
- DURÁN, MARIO (2009). "Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional". *Política Criminal* [online], IX, 1-24.
- ETCHEBERRY, ALFREDO (2005). *Derecho Penal. Parte General* (3ª ed., Vol. I). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- FAVOREU, LOUIS (1999). "La constitucionalización del Derecho penal y del procedimiento penal. Hacia un Derecho constitucional penal". *Revista Chilena de Derecho*, XXVI (2), 279-322.
- FERNÁNDEZ CRUZ, JOSÉ ÁNGEL (2009). "Conciencia jurídica del pueblo y Reserva de ley (Sentencia del Tribunal Constitucional)". *Revista de Derecho* (Valdivia) [online], XXII (2), 243-263.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL (2004). "Derecho a la jurisdicción y debido proceso". *Revista de Estudios Constitucionales* (1 [Año 2]), 99-121.
- FERRAJOLI, LUIGI (2008). *Democracia y Garantismo* (1ª ed.). Madrid, España: Trotta.
- FERRAJOLI, LUIGI (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (1ª ed.). Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, LUIGI (2004 [1ª ed. 1999]). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (4ª ed.). Madrid, España: Editorial Trotta.
- FERRAJOLI, LUIGI (1995 [original 1986]). "El Derecho Penal Mínimo". En J. BUSTOS RAMÍREZ (Dir.), *Prevención y Teoría de la Pena* (págs. 26-48). Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur (1995).
- FERRAJOLI, LUIGI (1996). "Los valores de la doble instancia y la nomofilaquia". *Nueva Doctrina Penal*, (1996)B, 268 y siguientes.

- FUENTES CUBILLOS, HERNÁN (2008). “El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”. *Ius et Praxis* [online], XIV (1), 15-42.
- FUENTES MAUREIRA, CLAUDIO (2009). “Derecho a un recurso y el estándar fijado en el fallo Herrera Ulloa: una lectura hacia su compatibilidad con los sistemas procesales penales acusatorios”. *Revista del CEJIL* ([Año 4] N°5), 74-82.
- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO (2006). “Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, III, 1111-1173.
- GARRIDO MONTT, MARIO (2003-I). *Derecho Penal. Parte General* (3^{ra} ed., Vol. I). Editorial Jurídica de Chile.
- GARRIDO MONTT, MARIO (2003-II). *Derecho Penal. Parte General* (3^{ra} ed., Vol. II). Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- GOIG MARTÍNEZ, JUAN MANUEL (2006). “El derecho a la tutela judicial efectiva”. En S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coordinador), *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales* (1^{ra} ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- GÓMEZ BERNALES, GASTÓN (2006). “Fuero y desafuero en las sentencias del Tribunal Constitucional”. *Sentencias Destacadas, Libertad y Desarrollo*, 207-229.
- GONZÁLEZ WITTIG, MARCOS (2007). *Análisis de la consagración normativa del delito de microtráfico de drogas*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUIS (2009). “El hurto de energía eléctrica”. *Gaceta Jurídica* (343), 14 y ss.
- GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUIS (2004). “Orientaciones político-criminales y reforma constitucional”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, II, 801-813.
- GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUIS (1996). “Política Criminal y Reforma Penal en Chile (1991-1995)”. En L. LUISI, M.D. RIVACOPA Y RIVACOPA, J.L. GUZMÁN DÁLBORA, S. POLITOFF LISCHITZ, *Política Criminal y Reforma Penal* (págs. 43-65). Santiago: Editorial Jurídica Conosur.
- GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUIS (1994). “Relaciones del Derecho penal con el Derecho constitucional, y su concreción en la Constitución Política chilena (1980)”. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (12), 165-199.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN (2006). *El Nuevo Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales y el moderno recurso de inaplicabilidad* (1^{ra} ed.). Santiago de Chile: LexisNexis.
- HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, & LÓPEZ MASLE, JULIÁN (2004-I). *Derecho Procesal Penal Chileno* (1^{ra} ed., Vol. I). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS, & LÓPEZ MASLE, JULIÁN (2004-II). *Derecho Procesal Penal Chileno* (1^{ra} ed., Vol. II). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS (1997). *Principios de Derecho Penal. La ley y el delito* (1^{ra} ed.). Buenos Aires, Argentina: Sudamericana (Abeledo-Perrot).
- KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS (2001a). *Culpabilidad y Pena* (1^{ra} ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS (2001b). “El principio de culpabilidad en el Derecho Penal Chileno”. En L.A. ARROYO ZAPATERO, & I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos: In memoriam* (Vol. I, págs. 1079-1098). España: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA (2005). “El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo”. *Revista Española de Derecho Constitucional* [edición electrónica] (73), 381-410.
- LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA (2008). “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”. En N. CARBONELL (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la in-*

- interpretación constitucional* (1^{ra} ed., págs. 269-306). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE (2008). “Informe sobre la supuesta inconstitucionalidad del artículo 40 de la Ley 20.000, en autos sobre requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”. *Ius et Praxis* [online], XIV (1), 319-335.
- MEDINA JARA, RODRIGO (2001). “Posible inconstitucionalidad del inciso 1° del artículo 450 del Código Penal”. *Revista Chilena de Derecho*, XXVIII, 631-638.
- MERA FIGUEROA, JORGE (2008). “Adecuación de la Jurisdicción Penal Militar Chilena de Tiempo de Paz a los Estándares Internacionales de Derechos Humanos”. *Anuario del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile* (4), 205-211.
- MERA FIGUEROA, JORGE (1998). *Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur.
- MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, ALEJANDRA (2009). “Justicia restaurativa y Proceso penal. Garantías procesales: límites y posibilidades”. *Ius et Praxis* [online], XV (2), 165-195.
- MIR PUIG, SANTIAGO (1994). *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho* (1^{ra} ed.). Barcelona, España: Ariel Derecho.
- MIR PUIG, SANTIAGO (2003). *Introducción a las Bases del Derecho Penal* (2^{da} ed.). Buenos Aires, Argentina: IBdef.
- NÁQUIRA RIVEROS, JAIME (1995). “Constitución Política y fundamento material del principio de culpabilidad”. *Revista Chilena de Derecho*, XXII (2), 189-200.
- NÁQUIRA RIVEROS, JAIME; IZQUIERDO, CRISTÓBAL; VIAL, PAULA., & VIDAL, VÍCTOR (2008). “Principios y penas en el Derecho penal chileno”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (N° 10).
- NARANJO DE LA CRUZ, RAFAEL (2000). *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- NAVARRO FRÍAS, IRENE (2010). “El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?” *InDret: Revista para el análisis del Derecho* (2).
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2005). “Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia”. *Ius et Praxis* [online], XI (1), 221-241.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2008). *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (1^{ra} ed., Vol. II). Santiago: Librotecnia.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2007). *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano* (1^{ra} ed.). Santiago de Chile: Librotecnia.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (2010). “La sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: Análisis y reflexiones jurídicas”. *Revista de Estudios Constitucionales* (1 [Año 8]), 79-116.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO (1960 [ed. 2005]). *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General* (3^{ra} ed., Vol. I). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA (2009). *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa* (1^{ra} ed.) Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- PEÑA TORRES, MARISOL (2008). “Inaplicabilidad por inconstitucionalidad: reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (9), 220-235.
- PERELLO DOMENECH, ISABEL (1997). “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”. *Revista Jueces para la Democracia. Información y Debates* (28), 69-75.
- PICÓ I JUNOY, JOAN (1997). *Garantías Constitucionales del Proceso* (1^{ra} ed.). Barcelona, España: J.M Bosch.
- PIEDRABUENA RICHARDS, GUILLERMO (2009). “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre normas del Código Procesal Penal”. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* (21), 69-94.

- POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO (1989). “Sistema jurídico-penal y legitimación política en el Estado democrático de derecho”. *Revista Chilena de Derechos Humanos* (11), 6-17.
- POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA (2004-PE). *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial* (2^{da} ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, MARÍA CECILIA (2004-PG). *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General* (2^{da} ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- RAMOS TAPIA, MARÍA INMACULADA & WOISCHNIK, JAN (2001). “Principios constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Especial consideración del principio de proporcionalidad”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (1), 143-156.
- REVIRIEGO PICÓN, FERNANDO & BRAGE CAMAZANO, JOAQUÍN (2007). “Crónica jurisprudencial del Tribunal Constitucional español en materia de derechos fundamentales en el año 2006”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 415-489.
- RÍOS ALVÁREZ, LAUTARO & PICA FLORES, RODRIGO (2008). “Nuevos hitos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a raíz de la reforma de 2005”. *Gaceta Jurídica* (336), 7-x.
- RÍOS, LAUTARO (2005). “Valores superiores concurrentes en las Cartas políticas de Chile y España”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, I, 87-108.
- RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL DE (1995). “Orden político y Política criminal”. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (5), 841-856.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, RICARDO (2000). *Derechos Fundamentales y Garantías individuales en el proceso penal* (1^{ra} ed.). España: Comares.
- ROXIN, CLAUS (1981). *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal* (F. Muñoz Conde, Trad.). Madrid, España: Editorial Reus.
- ROXIN, CLAUS (1997). *Derecho Penal. Parte General* (1^{ra} ed., Vol. I) (D. Luzón Peña, M. Díaz y García, & J. De Vicente, Trans.). Madrid, España: Civitas.
- ROXIN, CLAUS (1979 [original 1970]). *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico* (1^{ra} ed.) (E. Bacigalupo, Trad.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.
- SILVESTRONI, MARIANO (2004). *Teoría constitucional del delito* (1^{ra} ed.). Buenos Aires, Argentina: Editores Del Puerto.
- TEROL BECERRA, MANUEL JOSÉ, ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, FERNANDO & BARRERO ORTEGA, ABRAHAM (2005). *Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (1^{ra} ed.). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- TIEDDEMAN, KLAUS (1991). “Constitución y Derecho Penal”. *Revista Española de Derecho Constitucional* (Año 11 N°73) septiembre-diciembre de 1991, 145-171.
- TORO JUSTINIANO, CONSTANZA MARÍA (2009). *El debido proceso penal. Un estudio desde la dogmática procesal penal y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (1^{ra} ed.). Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (2005). *Reforma Constitucional* (coordinador) (1^{ra} ed.). LexisNexis.
- ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (2008). “Fuero Parlamentario y Nuevo Código Procesal Penal”. En E. FERRER MCGREGOR, & A. ZALDIVAR LELO DE LARREA, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional* (1^{ra} ed., Vol. VIII, págs. 731-778). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México.
- ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (2007). “Vieja-Nueva Constitución”. *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 5 N°1). Universidad de Talca, 349-370.
- ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (2003). “Reformas Constitucionales para un estado social y democrático de derecho”. *Colección Ideas* (Año 4 N°33) Fundación Chile 21. Disponible en www.bcn.cl

**ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD: ANÁLISIS
JURISPRUDENCIAL DEL PERÍODO DE MARZO
DEL AÑO 2006 A MARZO DE 2010 EN CUANTO
A LOS CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD**

MARYLEN FILLOY PAYRET • MARÍA DE LOS ÁNGELES SOTO CORREA*

ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL PERÍODO DE MARZO DEL AÑO 2006 A MARZO DE 2010 EN CUANTO A LOS CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD

MARYLEN FILLOY PAYRET • MARÍA DE LOS ÁNGELES SOTO CORREA*

INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional del año 2005 introdujo importantes cambios en nuestro ordenamiento jurídico, no sólo porque modificó la Constitución Política en significativos aspectos, sino también porque cambió radicalmente la función que tenía hasta entonces un órgano jurídico fundamental de nuestro país, otorgándole nuevas atribuciones y modificando su competencia, y transformándolo, a nuestro juicio, en el gran protector de la Carta Fundamental.

Nos referimos al Tribunal Constitucional, el cual, tras las modificaciones introducidas por la Ley 20.050 y la Ley 20.381, conocerá, entre otras materias, de la Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, en circunstancias que anteriormente dicha competencia correspondía a la Corte Suprema de Justicia. Por medio de dicha acción, será este tribunal el encargado de conocer y resolver las eventuales vulneraciones que se produzcan a la Constitución por la aplicación de un precepto legal a un caso concreto. No sólo se traslada la competencia, sino también se le otorgan nuevas atribuciones y características a la Acción de Inaplicabilidad, que nos propondremos analizar en los capítulos siguientes.

Dentro de estas características, se perfilan también nuevos requisitos de admisibilidad, que se mencionan en la misma Constitución, y que son detallados en la modificación introducida a la Ley 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, el objetivo de nuestra investigación no es examinar la Acción de Inaplicabilidad desde el punto de vista doctrinal, sino más bien analizarla *jurispru-*

* Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (profesor guía: Enrique Navarro Beltrán). Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, septiembre de 2010.

dencialmente, centrándonos en los criterios de admisibilidad y los pronunciamientos del tribunal al respecto.

Así, realizaremos un estudio acucioso de la Acción de Inaplicabilidad tras la reforma constitucional del año 2005, específicamente, nos avocaremos al *análisis jurisprudencial* de los criterios de admisibilidad de la acción, en los fallos dictados por el Tribunal Constitucional, en el período comprendido entre el 01 marzo del año 2006 al 01 de marzo del año 2010. En este sentido, ilustraremos cómo se aplica cada criterio en la práctica. El lector podrá conocer la *línea interpretativa* utilizada al momento de acoger o rechazar una acción, apreciará cómo se ha comportado la jurisprudencia en este sentido, y cuáles son los criterios más estrictos y los más flexibles.

Teniendo en cuenta lo reciente de estas modificaciones, es que podemos advertir que son pocos los textos donde se analiza el tema en cuestión, razón por la cual consideramos fundamental esta investigación, como un aporte a nuestra Casa de Estudios y a la doctrina nacional. Además, aumenta su importancia el hecho de que una posible declaración de inaplicabilidad es el paso previo para que un precepto legal sea declarado *inconstitucional* de forma general, y consecuentemente, ser expulsado de la legislación chilena.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN A LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD

I. BREVE HISTORIA

La aparición de los Tribunales Constitucionales como órganos especializados con competencia exclusiva para el control de constitucionalidad, diferentes por tanto a los de legalidad ordinaria integrada en el poder judicial, se produce a mediados del siglo xx, cuando la teoría constitucional abandona la idea que una Constitución era un texto simplemente programático y asume su carácter normativo, que es una norma jurídica de superior jerarquía directamente aplicable que establece las condiciones de validez formal y material de las normas de inferior jerarquía¹.

De esta forma, nuestro sistema de control constitucional, como lo conocemos, ha ido evolucionando a través del tiempo, en pos de lograr un efectivo cumplimiento de su principal sino único objetivo, este es, consagrar y posicionar a nuestra Carta Fundamental en la cima de nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, la Acción de Inaplicabilidad, cuyo concepto y características se mencionarán más adelante, es sólo uno de los medios que existen para salvaguardar el respeto a nuestra Constitución por la normativa legal vigente. Entonces, desde principios de nuestra historia republicana, podemos identificar normas de nuestra Carta

¹ HORMAZÁBAL, HERNÁN. *El nuevo Tribunal Constitucional: los derechos fundamentales y el moderno recurso de inaplicabilidad*. 1ª ed. LexisNexis, 2006, págs. 2-3.

Magna que consagran el control constitucional de las leyes, el cual ha ido cambiando hasta configurar la Acción de Inaplicabilidad tal y cual la conocemos en la actualidad.

Ello reviste importancia, pues “la Acción de Inaplicabilidad es uno de los medios más efectivos previstos en la Carta para garantizar la supremacía constitucional, principio fundamental consagrado en las bases de la institucionalidad, y que conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 6, sus preceptos obligan no sólo a los titulares o integrantes de los órganos estatales, sino que a toda persona, institución o grupo”².

A continuación se exponen los períodos históricos que han marcado la evolución de la Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad:

- *Constitución de 1833*: siendo este cuerpo normativo el que, en sus art. 57 y 58, referidos a la Comisión Conservadora, encarga al Congreso Nacional la misión de: “1° *Velar sobre la observancia de la Constitución i de las leyes*” y 2° “*dirigir al Presidente de la República las representaciones que estime convenientes al efecto...*”. El art. 164 en tanto, establecía que: “*sólo el Congreso conforme a lo dispuesto en los artículos 40 (31) y siguientes podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de algunos de sus artículos*”. Vemos que se trata, de un *control político de constitucionalidad de las leyes* por parte del Congreso Nacional. Durante la vigencia de la Constitución Política de 1833, no podemos señalar que hubiere existido un verdadero control de la constitucionalidad de las leyes, razón por la cual, en la práctica, se dictaron numerosas normas que atentaban en contra de la Constitución. Así, el atraso histórico de nuestro país en materia de supremacía de la Constitución en todo este período constituye una “época aciaga, triste, de atraso cultural jurídico y un grave debilitamiento del Derecho Público chileno”³. En conclusión, es incomprensible que el mismo órgano encargado de dictar las leyes fuera el que controlara la constitucionalidad de éstas, generándose así un claro conflicto de intereses que era resuelto en perjuicio de la Carta Fundamental.
- *Constitución de 1925*: donde previo a la promulgación de este texto normativo, en la sesión N° 7, celebrada por la Subcomisión de Reformas Constitucionales, el 12 de mayo de 1925 se comienza estudiando el tema del futuro recurso de inaplicabilidad. “(...) Al iniciarse la sesión, el señor Barros Borgoño (don Luis) expresa la conveniencia que habría de establecer en la nueva Constitución algún poder o autoridad que determine si las leyes que en lo sucesivo se dictan van o no contra los principios constitucionales. Tal poder o autoridad es en los Estados Unidos de América, la Corte Suprema. Entre nosotros podría serlo también nuestra Corte Suprema o una Corte Especial”⁴. De esta forma, en este cuerpo normativo se establece, por primera vez en el ordenamiento jurídico chileno, la posibilidad de que la constitucionalidad de una ley fuera

² GARCÍA B., ANA MARÍA. “Influencia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como nueva atribución del Tribunal Constitucional”. *Revista Derecho Público*, N° 70, 2008, pág. 118.

³ SAENGER, FERNANDO. *La inaplicabilidad por Inconstitucionalidad (jurisprudencia 1980-2005)*. 1^{ra} ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006, págs. 18-24.

⁴ SAENGER, FERNANDO. Cit., pág. 26.

controlada por un órgano ajeno al Congreso Nacional, configurándose un hito en nuestro Derecho Público, pues se permitió a la Corte Suprema apreciar si las leyes se adecuaban a la Carta Fundamental⁵. La atribución para ejercer el control constitucional se consagraba en el art. 86, inciso segundo y tercero, estableciendo que la Corte Suprema “*en los casos particulares que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere entre otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación*”. Esta consagración legal se mantiene, con pequeñas modificaciones efectuadas en la Constitución del año 1980, hasta la reforma constitucional del año 2005.

La Corte Suprema sentó importantes criterios jurisprudenciales en torno a la Acción de Inaplicabilidad, entonces, para que el recurso procediera era “indispensable que exista una completa y perfecta contradicción entre una ley constitucional y una ordinaria; es decir, que ambas no pueden coexistir entre sí por contener normas o fines jurídicos que se contrapongan al aplicarse a un negocio determinado”⁶. También, es en este período cuando surge la idea de que la inaplicabilidad sólo procede por inconstitucionalidad de fondo, por ser el recurso meramente doctrinario, no procediendo examinar la constitucionalidad de forma. Al respecto, expresó la Corte Suprema que “el recurso de inconstitucionalidad que consagra la Constitución Política resguarda la constitucionalidad de fondo de las leyes, no la de forma, pues la última mira a la formación de la ley, en términos que si ésta no se genera como la Constitución dispone, no es ley; no es la existencia de textos legales lo que el recurso ampara, sino su constitucionalidad para evitar que las prescripciones debidamente generadas y promulgadas como ley, contraríen los principios normativos, los derechos que concede y las garantías que otorga la Carta Fundamental”⁷.

En el período comprendido entre 1925 y 1970 la Acción de Inaplicabilidad era, en síntesis⁸:

- a. Un sistema de control *a posteriori* o reparatorio, puesto que operaba frente a leyes vigentes. La Constitución de 1925 *excluyó todo control preventivo de constitucionalidad* de las leyes, razón por la que toda disputa o cuestión de constitucionalidad que surgiera entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional, o al interior de éste, durante la tramitación de un proyecto de ley, no podía ser planteada ante órgano alguno para ser resuelto.
- b. Un sistema de control en concreto, vinculado a la aplicación judicial de las leyes, ya que la declaración sólo podía efectuarse en un caso que la Corte Suprema estuviese conociendo o que se encontrara pendiente ante otro tribunal.

⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Historia del Tribunal Constitucional* [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/tribunal/historia> [consulta: 11 enero de 2010].

⁶ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XLVIII, 2^{da} parte, Sec. 1^o, 1950, pág. 538.

⁷ Corte Suprema, en *Revista Gaceta*, N^o 50, 1^{er} semestre, 28 de marzo de 1933, pág. 238.

⁸ BERTELSEN REPETTO, RAÚL. “Análisis y revisión del recurso de inaplicabilidad (modelo y jurisprudencia)”. *Cuadernos de Análisis Jurídico*, N^o 41, año 1999, pág. 157.

- c. Con un único órgano de control que era el tribunal superior del poder judicial, es decir, la Corte Suprema.
- d. Limitada al examen de preceptos legales, expresión que fue entendida en sentido amplio, comprensiva de todo precepto revestido de fuerza legal.
- e. Por causa de inconstitucionalidad de fondo de los preceptos legales, y rechazaba en cambio el examen de los vicios de forma que pudiesen afectar a las leyes.
- f. De efectos particulares, pues no tenía otra consecuencia que la de descartar la aplicación del precepto legal en el proceso pendiente en que debía recibirla.

Finalmente, “el sistema de control de constitucionalidad de las leyes establecido en 1925 tuvo grandes limitaciones de modo que no todo conflicto de constitucionalidad pudo ser resuelto por vía jurisdiccional. Algunas de estas limitaciones eran inherentes al sistema diseñado, y otras, en cambio, fueron consecuencia de la falta de desarrollo legislativo de la Constitución y del propio funcionamiento del control ejercido por la Corte Suprema”⁹.

- *Reforma de 1970*: que luego de un primer intento fallido, crea, a través de la Ley 17.284, un Tribunal Constitucional, el cual ejercerá un *control preventivo en materias de ley*, produciendo sus sentencias efectos *erga omnes*¹⁰, además de otorgársele la facultad de controlar los decretos con fuerza de ley, pronunciarse sobre las inhabilidades de ministros y otras materias¹¹. Dicha reforma no introduce cambios en la Acción de Inaplicabilidad, la cual continuará siendo competencia de la Corte Suprema, sino que más bien refuerza el mecanismo de control constitucional de las leyes, mediante la introducción de este examen previo a la promulgación de éstas.

El punto de conexión entre el control preventivo ejercido por el Tribunal Constitucional y el control *a posteriori* de la Corte Suprema mediante la Acción de Inaplicabilidad, era el art. 78 c) inc. 3º de la Constitución, disposición introducida en la reforma de 1970, que impedía a la Corte Suprema declarar la inaplicabilidad de un precepto legal por causa de inconstitucionalidad cuando ese precepto, anteriormente, hubiera sido impugnado ante el Tribunal Constitucional y éste declarase su conformidad a la Constitución, rechazando, en su sentencia, el mismo vicio que luego se pretendiese invocar ante la Corte Suprema como fundamento de un recurso de inaplicabilidad. Cabe señalar que esta situación no se presentó durante los dos años que alcanzó a funcionar el Tribunal Constitucional¹².

⁹ BERTELSEN, RAÚL. Cit., pág. 158.

¹⁰ VEGA, FRANCISCO Y ZÚÑIGA, FRANCISCO. “El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, Teoría y Práctica”. *Revista Estudios Constitucionales*, N° 2, año 4, 2006, pág. 145.

¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Historia del Tribunal Constitucional* [en línea] <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/tribunal/historia> [consulta: 11 enero de 2009].

¹² BERTELSEN, RAÚL. Cit., pág. 160.

Sin embargo, “este Tribunal Constitucional vería interrumpida sus funciones por el golpe de estado del 11 de septiembre de 1973, y fue formalmente disuelto por el Decreto Ley N° 119, publicado en el Diario Oficial de 10 de noviembre de ese año”¹³. La crisis constitucional de 1973 afectó profundamente el sistema de control de constitucionalidad de las leyes existentes en Chile. Por una parte desapareció el Tribunal Constitucional, y por otra, la concentración del poder político en un solo órgano –la Junta de Gobierno– y la relativa indiferenciación de las normas constitucionales y legales, emanadas ambas de aquella, influyó de modo significativo en la eficacia del recurso de inaplicabilidad como medio de control de la constitucionalidad de la ley¹⁴.

- *Constitución de 1980*: al respecto, dice un autor “la Constitución de 1925 se observó como una gran figura lírica, de intenciones y de características magistrales. No obstante, sus casi 50 años de vigencia demostraron que, a pesar de la existencia del recurso de inaplicabilidad, el carácter de supremo fue sin duda “teórico”: era más importante la legislación común y ordinaria que el texto de la Constitución”¹⁵. Al dictarse la Constitución de 1980, se reinstauró el Tribunal Constitucional, originalmente creado en el año 1970, para que éste realizara funciones únicamente jurídicas y no políticas. En el art. 80 se conserva la atribución de la Corte Suprema, al señalar que “*de oficio o a petición de parte, en las materias que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución*”. Se consagra, entonces, un sistema de control de constitucionalidad concentrado y compartido entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, la llamada “judicatura dual”¹⁶, por la cual, el primero ejercería el control preventivo obligatorio respecto de ciertos tipos de leyes, y un control preventivo facultativo a petición de ciertas autoridades sobre proyectos de ley y otros actos normativos, mientras que la Corte Suprema conserva bajo su imperio la facultad de conocer exclusivamente de la Acción de Inaplicabilidad. Mediante ésta, el control de constitucionalidad era *a posteriori*, es decir, mientras el precepto legal se encontrara vigente, y con efectos relativos, lo que significaba que, en caso de acogerse la acción, la no aplicación del precepto impugnado sólo regía respecto del caso particular en el cual se impetró, sin producir efectos derogatorios de la norma en cuestión.

La Constitución de 1980 “mantuvo en lo sustancial (art. 80) la normativa existente entre la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, esto es, el recurso de inaplicabilidad y la declaración de oficio, y añadió una tercera vía para obtenerla: la petición de parte en las materias de que estuviera conociendo la Corte Suprema. Contempló, además, al igual que ocurriera después de la reforma de 1970 con la Constitución de 1925, un tribunal constitucional

¹³ HORMAZÁBAL, HERNÁN. Cit., pág. 1.

¹⁴ BERTELSEN REPETTO, RAÚL. “Sistemas de control de constitucionalidad entre 1960 y 1989”. En *Diagnostico Histórico Jurídico del Poder Legislativo en Chile 1960-1990*. CEAL - Universidad Católica de Valparaíso, 1992, págs. 195-221.

¹⁵ SAENGER, FERNANDO. Cit., pág. 65.

¹⁶ VEGA, F. Y ZÚÑIGA, F. Cit., pág. 145.

(art. 81 a 83) que en comparación con el anterior, presenta diferencias sustanciales en su composición y muestra un gran aumento en sus atribuciones”¹⁷.

Dicha acción, así consagrada, se mantuvo hasta la reforma de 2005, sin perjuicio de que, lamentablemente, fueron pocos los casos en los cuales fue acogida, y así lo demuestra un estudio acerca del tema, el cual informa que, en el período comprendido entre 1990 y 1997, de 530 acciones interpuestas, sólo se acogieron 15, es decir, un ínfimo 2,8% del total mencionado¹⁸.

Durante este período, podemos mencionar como requisitos de procedencia de la Acción de Inaplicabilidad¹⁹:

- a. Existencia de una gestión pendiente ante otro tribunal.
- b. Que se pretenda invocar en dicha gestión un precepto legal determinado.
- c. Que las normas legales estén en vinculación directa con la gestión.
- d. Que se produzca una absoluta contradicción entre el precepto legal y la Carta Fundamental.
- e. Que la norma no haya sido declarada constitucional por el Tribunal Constitucional (control preventivo).

En los años comprendidos entre 1980 y 2005, “se han contenido pronunciamientos abiertamente contradictorios del supremo tribunal. La Corte, entonces, no empleó ni adoptó en el conocimiento y decisión de recursos de inaplicabilidad toda la rica gama de principios de interpretación que el Tribunal Constitucional de nuestra actual Carta Fundamental ha ido consagrando los últimos 24 años; modernos conceptos que han enriquecido enormemente nuestro Derecho Público. Es decir, ha empleado un criterio conservador, estrictamente literal, entre la ley y la Constitución Política, de manera que, si las contradicciones entre ambas no son precisas, claras y flagrantes, la Corte Suprema desecha los recursos sin entrar a examinar o interpretar el sentido o el contexto constitucional. Ello significó el rechazo de varios recursos latamente fundamentados”²⁰. Por otro lado, y “respecto de las sentencias que han acogido el recurso de inaplicabilidad, la mayoría de ellas han tenido como principal fundamento la infracción de determinados preceptos legales al *derecho de propiedad*”²¹.

También, fueron rechazados aquellos recursos de inaplicabilidad fundados en vicios de forma de las normas impugnadas, aunque “la mayoría de la doctrina nacional estima absolutamente procedente el recurso de inaplicabilidad tanto por vicios de forma, esto es en cuanto al procedimiento de formación de la

¹⁷ BERTELSEN, RAÚL. Cit., pág. 161.

¹⁸ Así lo señala GÓMEZ, GASTÓN. “El recurso de inaplicabilidad”. En: *Informes de Investigación del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales*, N° 4, año 1, Santiago de Chile, 1999.

¹⁹ HEISE B., GUSTAVO. “Mecanismos de control de constitucionalidad en el derecho chileno y su evolución”. *Revista de Derecho Público*, Tomo I, N° 69, 2007, pág. 383.

²⁰ SAENGER, FERNANDO. Cit., págs. 249 y siguientes.

²¹ NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE. “El recurso de Inaplicabilidad, revisión de 20 años de jurisprudencia 1981-2001”. *Gaceta Jurídica*, N° 267, 2002, pág. 26.

ley, como de fondo”²², señalando un autor que “la Constitución Política de la República debe aplicarse en todas sus partes y que los órganos colegisladores deben ajustarse estrictamente a los preceptos constitucionales sobre formación de la ley, razón por la cual debe concluirse que el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de forma de *todo precepto legal contrario a la Constitución* también queda comprendido dentro de la órbita de aplicación del art. 80 de la Carta Fundamental”²³.

La circunstancia anterior provocó numerosas críticas al juicio sostenido por la Corte Suprema, las que finalmente se transformaron en una de las razones que motivaron a los legisladores a reevaluar el sistema imperante hasta entonces.

- *Reforma de 2005*: la que introducida por la ley 20.050, hace eco de las críticas realizadas al sistema de control constitucional vigente hasta entonces, derivadas principalmente de las dispares interpretaciones jurisprudenciales de la Corte Suprema y de la errónea creencia de que el control constitucional ejercido por ella se refería sólo a las cuestiones de constitucionalidad de fondo o materiales, y no de forma o competencia. Además, este control dual ejercido por la Corte Suprema conjuntamente con el Tribunal Constitucional dio lugar “a dos interpretaciones de la Constitución, que llegaron a generar incerteza e inseguridad jurídica”²⁴. De esta forma, la reforma del año 2005 deroga el art. 80 de la Constitución, y traslada la competencia para conocer de la Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, además de otorgarle a la acción nuevas características. La reforma, entonces, “le otorga al Tribunal Constitucional la totalidad del control de la constitucionalidad de las leyes, tanto *a priori* –que lo tenía desde 1980– como *a posteriori*, que se radicaba en la Corte Suprema”²⁵. De esta forma, se configura un nuevo sistema chileno de constitucionalidad de las normas, el que es, según el Tribunal Constitucional “concentrado y compartido”, y donde “la protección de las garantías constitucionales corresponde a la Corte de Apelaciones respectiva y a la Corte Suprema, en tanto el control de constitucionalidad de la ley, al Tribunal Constitucional”²⁶. Si hasta el 2005, “el Tribunal Constitucional chileno, de acuerdo con el art. 82, 1° CPR (hoy 93, 1°) el control constitucional se concentró sólo sobre la producción de normas, hoy, tras la reforma y, en particular, de acuerdo con lo señalado en el párrafo sexto del mismo artículo, el aludido control constitucional podrá ahora también ejercerse sobre la aplicación de las normas”²⁷.

²² NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE. Cit., pág. 26.

²³ VARAS ALFONSO, PAULINO. “Elementos para determinar si el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de forma de todo precepto legal contrario a la Constitución también queda comprendida dentro de la órbita de aplicación del art. 80 de la Carta Fundamental”. *Revista de Derecho Público*, N° 59, 1996, pág. 117.

²⁴ RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. “El nuevo Tribunal Constitucional”. En: ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO, (coordinador). *Reforma Constitucional*. Santiago, Ed. Lexisnexis, 2005, pág. 639.

²⁵ NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE. *Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad de las leyes en Chile*. México, abril de 2009, pág. 7.

²⁶ Sentencia Rol 1324 de 12 de febrero de 2009, considerando 1°.

²⁷ HORMAZÁBAL, HERNÁN. *El Nuevo Tribunal Constitucional: los derechos fundamentales y el moderno recurso de inaplicabilidad*. 1ª ed. LexisNexis, 2006, pág. 18.

Por otro lado, es importante señalar la nueva característica que adquiere la Acción de Inaplicabilidad, pues si bien la sentencia que acoja la inaplicabilidad del precepto legal, produce efectos relativos, es decir, únicamente entre las partes del litigio, dicha declaración de inaplicabilidad será el antecedente necesario para la *declaración de inconstitucionalidad del precepto*, y su derogación tácita se producirá desde la fecha de publicación de la sentencia de inconstitucionalidad en el Diario Oficial.

II. CONCEPTO

El Tribunal Constitucional, en su jurisprudencia, la define como aquella que: “instaura un proceso dirigido a examinar la constitucionalidad de un precepto legal cuya aplicación en una gestión pendiente que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución. En consecuencia, la inaplicabilidad es un medio de accionar en contra de la aplicación de normas legales determinadas, que naturalmente se encuentran vigentes mientras no conste su derogación, que hayan sido invocadas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable en la causa en que inciden”²⁸.

III. CARACTERÍSTICAS

Como mencionamos, la reforma constitucional del año 2005 ha perfilado una nueva Acción de Inaplicabilidad, cuyas principales características son²⁹:

1. Se trata de una *acción constitucional* propiamente tal.

Al ser la impugnación de un precepto legal el objetivo principal de la Acción de Inaplicabilidad, vemos como claramente podemos descartar el término “recurso” y utilizar con toda propiedad la palabra “acción constitucional”. Así, “el recurso de inaplicabilidad no es un recurso en el sentido procesal del término, ya que no se interpone ante una instancia superior, sino ante un organismo ajeno al poder judicial con el objeto de garantizar un derecho constitucional que ha sido precisamente desconocido por un órgano de dicho poder, se trata en consecuencia, más que de un recurso de una *acción autónoma* para establecer la vigencia de un precepto constitucional que ha sido infringido, aún cuando los fines que persigue puedan coincidir con los intereses de una de las partes en el litigio en que ha tenido lugar la infracción”³⁰. Más aún, si bien antes de la reforma del año 2005, los términos recurso o acción podrían resultar inaplicables en el caso que la Corte Suprema actuara de oficio, pues ello constituía sólo una facultad que la Constitución le entregaba para el control de constitucionalidad de las normas aplicables a algún asunto en particular, en la

²⁸ Sentencia Rol 679 de 26 de diciembre de 2007, considerando 4°.

²⁹ SAENGER G., FERNANDO. “Acción de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Facultades del Nuevo Tribunal Constitucional. Algunos casos jurisprudenciales”. *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, año 5, 2007, págs. 308 y siguientes.

³⁰ HORMAZÁBAL, HERNÁN. Cit., pág. 24.

actualidad y tras dicha reforma, se trata de una genuina acción constitucional, que debe ser promovida por el juez de la causa o las partes del litigio³¹.

2. Su conocimiento corresponde al *Tribunal Constitucional*, el cual deberá resolver la acción en pleno³², por la mayoría de sus miembros en ejercicio³³.

Así, “no puede perderse de vista que el recurso de inaplicabilidad al haber dejado de ser un recurso de carácter judicial, que es lo que era cuando estaba radicado en la Corte Suprema, y pasado a constituirse en una acción de garantía constitucional de los derechos constitucionales de competencia del Tribunal Constitucional, ha adquirido una dimensión objetiva, que va más allá de la garantía concreta e individual de los derechos, proyectándose en el terreno de la interpretación constitucional de unos de los elementos esenciales del sistema democrático”³⁴.

3. Permite al Tribunal Constitucional ejercer un *control concreto de constitucionalidad*. Concreto porque es la aplicación del precepto legal, que se estima contraria a la Constitución, la que autoriza para ejercer la acción³⁵.
4. Permite, entonces, solicitar la inaplicabilidad de un *precepto legal*. Comprende la Ley propiamente tal, un Decreto con Fuerza de Ley, un Decreto Ley e incluso un Tratado.
5. Debe tratarse de un *precepto legal específico*, concreto, y no de un capítulo de una ley o de un texto legal completo. Ello no obsta, obviamente, a que se solicite la inaplicabilidad de más de un precepto legal.
6. La aplicación del precepto legal debe tener relación con una *gestión pendiente* que se siga ante un tribunal ordinario o especial.
7. La *aplicación* del precepto legal impugnado en la gestión de que se trate debe *resultar contraria a la Constitución*.
8. La sentencia dictada en materia de inaplicabilidad produce efecto sólo entre las partes del litigio, es decir, tiene *efecto relativo*. Ello se explica porque la sen-

³¹ Más información en: VEGA, FRANCISCO Y ZÚNIGA, FRANCISCO. Cit., pág. 148.

³² Consagrado en el art. 25C de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Anterior a la reforma del año 2005, el Tribunal Constitucional sólo funcionaba en pleno. Tras la reforma, el Tribunal funcionará en pleno o dividido en salas. Precisamente, el control de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad se realizará en sala.

³³ Se han rechazado acciones por no contarse con el quórum requerido para su aprobación, señalando el tribunal que “Habiéndose producido empate de votos, no se ha obtenido la mayoría exigida por el artículo 93, numeral 6, de la Carta Fundamental, para declarar la inaplicabilidad requerida. La disposición citada prevalece en este caso sobre la atribución que el artículo 8°, letra f, de la Ley N° 17.997 confiere al Presidente y que corresponde a las competencias que tenía el Tribunal antes de la reforma del año 2005, motivo por el cual se rechaza el requerimiento” (Sentencia Rol 1006 de 22 de enero de 2009). En el mismo sentido, sentencia Rol 1260 de 7 de mayo de 2009.

³⁴ HORMAZÁBAL, HERNÁN. Cit., pág. 23.

³⁵ Situación distinta a la ocurrida con anterioridad a la reforma constitucional del año 2005, donde, como ya mencionamos, la Corte Suprema ejercía un control abstracto de constitucionalidad al conocer de la acción, ya que sólo se exigía que el precepto “fuera contrario a la Constitución”, sin referirse de ninguna forma a la aplicación de éste en la gestión en que incidía.

tencia dictada por el Tribunal Constitucional “ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional”³⁶.

9. Por último, la sentencia que acoge la inaplicabilidad, es el *antecedente necesario para solicitar la declaración de inconstitucionalidad* de ese precepto legal, caso en el cual, si se dicta sentencia acogiendo la inconstitucionalidad, ésta sí tendrá efectos absolutos o *erga omnes*. Se trata de separar “el control concreto de una norma legal, respecto del control abstracto de la misma, toda vez que es perfectamente posible que una norma legal resulte inaplicable –por resultar inconstitucional frente a una situación de hecho en concreto– y no resultar inconstitucional para la generalidad de los casos que ella está llamada a regular”³⁷. La ley (...), es una normación general, abstracta, cierta y obligatoria; y en esa medida, para las situaciones que regula, puede ser perfectamente constitucional”³⁸, siendo excepcionales los casos en que su aplicación sea contraria a la Constitución.

IV. CARACTERÍSTICAS PROCESALES³⁹

1. La Acción de Inaplicabilidad se interpone ante el Tribunal Constitucional que ejerce jurisdicción con una competencia específica señalada en la ley. Junto a la llamada cuestión de inconstitucionalidad, conforma la competencia del Tribunal Constitucional, siendo ésta privativa del citado tribunal.
2. Su objeto: es la no aplicación de un precepto legal a una gestión seguida ante un tribunal ordinario o especial, cuando la aplicación de dicho precepto resulte contrario a la Constitución. El Tribunal Constitucional deberá más que analizar la constitucionalidad de la norma en sí, determinarla en relación al mérito del proceso.
3. Control: la Acción de Inaplicabilidad ejerce un control:
 - Concreto: se trata de una gestión determinada.
 - Represivo: pues recae en normas que pertenecen al ordenamiento jurídico.
 - Facultativo: se incoa ante el Tribunal Constitucional mediante una acción entablada por el juez de la gestión por un acto motivado o vía requerimiento de parte, de la inaplicabilidad en cada caso.

³⁶ MASSMANN BOZZOLO, NICOLÁS. “La admisibilidad del recurso de inaplicabilidad: a tres años de la reforma”. *Revista Ius et Praxis*, 15(1):263-293, 2009, pág. 271.

³⁷ Así lo veremos más adelante, donde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en relación con los requisitos de admisibilidad de la acción, ha sido tajante al afirmar que son las circunstancias concretas del caso en cuestión las que harán precedentes la declaración de inaplicabilidad por inconstitucional de un determinado precepto legal.

³⁸ VEGA, FRANCISCO Y ZÚÑIGA, FRANCISCO. Cit., pág. 157.

³⁹ MATURANA MIQUEL, CARLOS CRISTIAN. *Los recursos*. Separata Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2008.

4. Oportunidad para promover la acción: no tiene plazo fatal para el ejercicio de la acción, sino una oportunidad para ello, a saber, mientras haya una gestión pendiente.
5. Iniciativa para promoverlo: la Acción de Inaplicabilidad puede ser ejercida tanto por una de las partes en el conflicto, como por el juez que conoce de la causa.

V. CONSAGRACIÓN LEGAL

Se encuentra consagrada en el art. 93 N° 6 de la Constitución Política, que señala:

“Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

N° 6 Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.

Luego, referente a los requisitos de admisibilidad de la Acción de Inaplicabilidad, el art. 93 de la Carta Fundamental, en su inciso décimo primero, establece:

“En el caso del número 6, la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión de procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”.

La Ley 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional⁴⁰, en el título II denominado “De la competencia y funcionamiento del Tribunal Constitucional”, art. 25 C N° 6, reproduce en términos similares lo establecido en el art. 93 N°6 de la Constitución Política⁴¹, además de señalar también, en su párrafo 6, denominado “Cuestiones de Inaplicabilidad”, art. 47A a 47N, las normas procedimentales especiales para la interposición de la acción, que veremos en los párrafos siguientes. Cabe destacar que ambas modificaciones fueron introducidas por la Ley 20.381, de 28 de octubre de 2009, que transforma la primitiva LOC del Tribunal Constitucional con el objeto de adecuarla a las nuevas atribuciones otorgadas por la reforma constitucional del año 2005.

Como toda acción judicial, la Acción de Inaplicabilidad se sujeta a un estricto procedimiento, en el cual podemos distinguir normas especiales y generales.

⁴⁰ Ley 17.997. Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, en adelante LOCTC. [consulta: 15 de enero de 2010] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29427&buscar=17997>. Santiago de Chile, 19 de mayo de 1981, 33 págs.

⁴¹ “Art. 25 C. Corresponderá al pleno del Tribunal: N° 6 resolver la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un Tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”.

VI. PROCEDIMIENTO

I. NORMAS GENERALES DE PROCEDIMIENTO

Respecto a éstas, el Tribunal Constitucional aplica las normas generales contenidas en la Ley 17.997, y las normas de procedimiento dictadas en el Auto Acordado de 03 de diciembre de 2009⁴². A grandes rasgos, podemos señalar que las principales características del procedimiento en la interposición de la Acción de Inaplicabilidad son:

- *Procedimiento escrito*: donde sólo excepcionalmente el Tribunal Constitucional oirá alegatos (art. 27 de la LOCTC). Sin embargo, las normas procedimentales específicas del requerimiento de inaplicabilidad, como se verá más adelante, señalan que se oirán alegatos, estableciéndolo como un derecho de las partes litigantes.
- *Requisitos de la sentencia*: en cuanto a la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, el art. 31 de la LOCTC dispone que debe cumplir con los *requisitos de toda resolución judicial señalados en el art. 170, números 1 a 6, del Código de Procedimiento Civil*.
- *Recursos*: respecto a la posibilidad de recurrir contra la resolución que dicte el Tribunal Constitucional en esta materia, el art. 32 de la LOCTC y art. 94 inciso primero de la Constitución Política señalan expresamente que “*contra las resoluciones del Tribunal no procederá recurso alguno*”. Sin embargo, a continuación se señala que el Tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá modificar sus resoluciones si ha incurrido en algún error de hecho. En el caso de que dicha modificación sea efectuada de oficio, la ley no señala plazo alguno, en cambio, si es solicitada por las partes, ellas cuentan con un plazo de 7 días a contar de la notificación de la resolución respectiva.
- *Implicancias*: establece el art. 19 de la LOCTC que éstas podrán ser promovidas por el Ministro afectado, por cualquiera de los demás Ministros, y por los órganos constitucionales interesados que se haya hecho parte. Toda implicancia deberá ser planteada antes de la vista de la causa, debiendo el tribunal pronunciarse sobre ella con exclusión del Ministro afectado, en pleno o en sala, según corresponda. La oportunidad procesal para formular la implicancia es importante, pues el AA dictado por el tribunal establece que las implicancias deberán plantearse y decidirse siempre *antes del conocimiento del asunto*, y una vez producido el conocimiento de éste, en pleno o en sala, en cuenta o previa vista de la causa, no se aceptará ni se tramitará ninguna implicancia, aún cuando ésta haya sido interpuesta por los mismos Ministros o por los órganos constitucionales interesados en los casos que tienen la facultad para invocarla (punto 9º AA). Finalmente el art. 19 de la LOCTC se refiere también a las causales de implicancia, que veremos específicamente al tratar el procedimiento

⁴² Auto Acordado sobre ingresos, formación de tablas y vista de la causas, publicado en el Diario Oficial el 03 de diciembre de 2009, en adelante AA. [consulta: 17 de mayo de 2010] <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/normas/downloadpdf/23>. Santiago de Chile, 12 de noviembre de 2009, 10 págs.

especial de la Acción de Inaplicabilidad, y señala de manera expresa que los Ministros del tribunal no son recusables⁴³.

- *Plazos*: el art. 33 de la LOCTC dispone que los plazos de días serán de días corridos, y no se suspenderán durante los feriados.

2. NORMAS ESPECIALES DE PROCEDIMIENTO

Ellas son las contenidas en los art. 47A a 47N de la LOCTC, y las normas generales aplicables en este punto señaladas en el Auto Acordado sobre ingresos, formación de tablas y vista de la causa, publicado en el Diario Oficial con fecha 03 de diciembre de 2009⁴⁴. Al respecto, podemos mencionar:

- *Interposición de la acción*: los sujetos procesales legitimados son el juez que conoce de la gestión pendiente en donde se aplicará el precepto legal impugnado, y las partes (art. 47A LOCTC).
- *Contenido del requerimiento*: sea promovido por el juez o las partes, deberá contener una *exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya, y como ellos producirían la infracción constitucional, además de señalar los vicios constitucionales que se aducen y las normas constitucionales transgredidas* (art. 47B LOCTC). Previo a la ley modificatoria del Tribunal Constitucional, la que como vimos se dictó sólo en octubre del año 2009, era el art. 39 de la LOCTC el que se aplicaba para determinar el contenido del requerimiento de inaplicabilidad.
- *Oportunidad procesal*: el requerimiento puede interponerse en *cualquier gestión judicial en tramitación, y en cualquier oportunidad procesal* en que se advierta que la aplicación de un precepto legal que pueda ser decisivo en la resolución de un asunto resulte contrario a la Constitución (art. 47C LOCTC).
- *Admisión a trámite*: el Tribunal Constitucional realiza este examen previo a la admisibilidad, referido a requisitos de forma que debe cumplir el requerimiento, para ser acogido a tramitación. El art. 47D de la LOCTC señala que el requerimiento debe cumplir con los requisitos mencionados en los art. 47A y 47B, esto es, ser interpuesto por el juez o las partes del litigio y contener la exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya. De no cumplir con estos requisitos, no será acogido a tramitación y se tendrá por no presentado para todos los efectos legales. Sin embargo, tratándose de defectos de forma u omisión de antecedentes que debían acompañarse, la ley permite a las partes

⁴³ Recordemos que las impugnancias y recusaciones son ciertos hechos o circunstancias que pueden concurrir respecto de los jueces en general, así como de los auxiliares de la Administración de Justicia y de los peritos judiciales, y en cuya virtud la ley presume una falta de imparcialidad de la persona a quien le afecta para juzgar o intervenir en un negocio determinado de su competencia, por lo cual les prohíbe intervenir en el mismo (impugnancia) o faculta a la parte a quien podría afectar esta presunta falta de imparcialidad, para solicitar en el procedimiento correspondiente se disponga esta prohibición respecto de ese negocio específico (recusación).

⁴⁴ Auto Acordado sobre ingresos, formación de tablas y vista de las causas, publicado en el Diario Oficial el 03 de diciembre de 2009, en adelante AA. [consulta: 17 de mayo de 2010] <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/normas/downloadpdf/23>. Santiago de Chile, 12 de noviembre de 2009, 10 págs.

subsanan los vicios en un plazo de 3 días desde la dictación de la resolución que así lo indique⁴⁵.

Luego de la dictación de la LOCTC, las sentencias que se pronuncian sobre el trámite previo a la admisibilidad, el denominado “admisión a trámite”, rechazan expresamente los requerimientos que no cumplen con el art. 47D, señalando al respecto “que la normativa constitucional aludida precedentemente se complementa con la que se contiene en la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, la cual razona en el sentido de que el pronunciamiento sobre la admisibilidad establecido por la Ley Fundamental exige, previamente, resolver sobre la admisión a trámite del requerimiento”⁴⁶. Establece en otro pronunciamiento “que el examen de la acción constitucional interpuesta permite concluir que ella no satisface las exigencias previstas en los artículos 47 A y 47 B, transcritos precedentemente, para que pueda ser acogida a tramitación”, dictaminando finalmente que “no se acoge a tramitación el requerimiento deducido en lo principal de fojas uno, teniéndose por no presentado, para todos los efectos legales”⁴⁷.

En algunos casos, el tribunal ha declarado derechamente la inadmisibilidad del requerimiento, estableciendo que “carecería de todo sentido entrar a pronunciarse sobre su admisión a trámite, en circunstancias que jamás podrá prosperar su admisibilidad, lo que lleva necesariamente a que el requerimiento deba ser declarado inadmisibile desde luego” pues “atendido lo expuesto en los dos considerandos precedentes, es indubitado que no existe en la actualidad la gestión judicial pendiente en la cual el actor pretendía la inaplicación del precepto impugnado”⁴⁸.

Ahora bien, en otros casos el tribunal ha sido más audaz, declarando “que si bien el examen de la acción constitucional interpuesta permite concluir que ésta cumple con los requisitos establecidos en los artículos 47 A y 47 B, ambos de la mencionada ley orgánica constitucional, para ser admitida a tramitación, también conduce a que se declare su inadmisibilidad, toda vez que no satisface todas las exigencias previstas en el inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución, en relación con lo establecido en el artículo 47 F de la Ley N°

⁴⁵ Ejemplo de ello en la sentencia Rol 473 de 08 de mayo de 2007, donde el tribunal “resolvió no admitir a tramitación el requerimiento por defectos en su argumentación y citas constitucionales, sin perjuicio de la facultad del requirente para enmendar su requerimiento, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del art. 41 de la LOCTC”. De la misma forma, se ejerce esta facultad en la sentencia Rol 842 de 04 de octubre de 2007, donde el Presidente del Tribunal Constitucional, ordenó que previo a pronunciarse sobre su admisibilidad, el requirente acompañara el texto íntegro del requerimiento. En el mismo sentido, sentencia Rol 1185 de 16 de abril de 2009.

⁴⁶ Sentencia Rol 1729 de 31 de mayo de 2010, considerando 3°.

⁴⁷ Sentencia Rol 1694 de 05 de mayo de 2010, considerando 5° y parte final. En el mismo sentido, sentencia Rol 1685 de 21 de abril de 2010, sentencia Rol 1538 de 25 de noviembre de 2009, sentencia Rol 1681 de 11 de mayo de 2010, sentencia Rol 1714 de 18 de mayo de 2010.

⁴⁸ Sentencia Rol 1727 de 09 de junio de 2010, considerando 8° y 9°. En el mismo sentido, Rol 1667 de 28 de abril de 2010.

17.997”, “en efecto, para resolver sobre la admisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad el Tribunal debe verificar, entre otras exigencias, que la norma legal impugnada en el requerimiento pueda tener incidencia decisiva en la resolución de la gestión judicial pendiente en la que incide la acción –en este caso en un recurso de queja pendiente ante la Corte Suprema– y que el libelo contenga una impugnación razonablemente fundada, para lo cual resulta imprescindible examinar los antecedentes que permitan identificar la materia sobre la que versa la aludida gestión” por ende “la falta de los referidos antecedentes en estos autos, a pesar de haberse requerido a la actora para que los acompañara, lleva necesariamente a esta Magistratura a verificar el incumplimiento de las exigencias de admisibilidad citadas en el considerando anterior, lo cual constituye suficiente fundamento para declarar la inadmisibilidad de la acción deducida”⁴⁹.

- *Examen de admisibilidad*: se realiza en sala y en cuenta, dentro del plazo de 5 días, contado desde que se acoja el requerimiento a tramitación o desde que concluya la vista del incidente (art. 47E LOCTC). En este sentido, el art. 47F de la LOCTC señala en qué casos el requerimiento será declarado inadmisibile:
 - 1° cuando no es formulado por *persona u órgano legitimado*;
 - 2° cuando la cuestión se promueva respecto de un *precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo, o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva*;
 - 3° cuando *no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada*;
 - 4° cuando se promueva respecto a un *precepto que no tenga rango legal*;
 - 5° cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueva la cuestión, aparezca que el *precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto*;
 - 6° cuando *carezca de fundamento plausible*.

Hay que destacar que la resolución que declara inadmisibile el requerimiento debe ser debidamente fundada, y no será susceptible de recurso alguno. Sin embargo, sobre este último punto, ya señalamos anteriormente que procedería una especie de reclamación ante errores de hecho, consagrada en el art. 32 de la LOCTC.

- *Suspensión del procedimiento*: procede de oficio o a petición de parte. En caso de ser solicitada a petición de parte, ello debe hacerse en el mismo requerimiento o con posterioridad a él, ante la misma sala que resolvió la admisibilidad. Si la sala rechaza la suspensión, ello no obsta a que posteriormente durante el curso de la tramitación del requerimiento pueda formularse nuevamente la petición. Una vez decretada la suspensión, se mantendrá hasta que el tribunal dicte la sentencia y la comunique al juez ordinario o especial que conoce de la gestión pendiente. Sin embargo, la sala respectiva puede dejar sin efecto la

⁴⁹ Sentencia Rol 1664 de 28 de abril de 2010, considerando 10°, 11° y 12°.

suspensión en cualquier estado del proceso (art. 47G LOCTC). La suspensión se contempla con el exclusivo objetivo de evitar que mientras dure el proceso de tramitación de la acción ante el Tribunal Constitucional, termine la gestión donde incide la inaplicabilidad.

- *Recepción de antecedentes*: una vez declarado admisible el requerimiento, el tribunal o las partes –según quien lo haya interpuesto– tendrán un plazo de 20 días para formular sus observaciones y presentar antecedentes. Dentro de este plazo, el Tribunal Constitucional también informará del requerimiento a la Cámara de Diputados, el Senado y el Presidente de la República, quienes se encuentran facultados para presentar antecedentes y formular observaciones (art. 47H LOCTC)⁵⁰.
- *Facultad especial del Tribunal Constitucional*: excepcionalmente y por resolución fundada, el Tribunal podrá declarar la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas basándose en fundamentos constitucionales distintos a aquellos que invocaron las partes. Sin embargo, el tribunal tiene la obligación de advertirles de aquello a las partes, a fin de que puedan pronunciarse al respecto (art. 47J LOCTC).
- *Implicancias*: en la Acción de Inaplicabilidad, específicamente, es motivo de implicancia de los Ministros el hecho de haber emitido opinión con publicidad o dictamen sobre el asunto concreto actualmente sometido a conocimiento del tribunal. Será además causal de implicancia la existencia actual de relaciones laborales, comerciales o societarias de un Ministro con el abogado o procurador que actúe en alguno de los procesos que se substancian ante el tribunal (art. 19 LOCTC). Ya vimos en los párrafos anteriores la oportunidad procesal y sujetos legitimados para promover una implicancia.
- *Vista de la causa*: una vez declarado admisible el requerimiento, éste se verá en *pleno* por el tribunal y *previa vista de la causa*, oyendo los alegatos de las partes litigantes.
- *Alegatos*: una vez que el Tribunal Constitucional acoge a tramitación el requerimiento, y ello es comunicado al tribunal ordinario o especial donde se sigue la gestión pendiente, el requirente puede solicitar *alegar* acerca de la admisibilidad de la acción, y si el tribunal acoge la solicitud, dará traslado de esta cuestión a las partes, por cinco días. Tratándose de un requerimiento interpuesto por el juez que conoce del asunto, el Tribunal Constitucional requerirá el envío de las copias de las piezas principales del expediente (art. 47D LOCTC). El artículo 32B de la LOCTC establece, de manera expresa, que el tribunal oírá alegatos en la vista de los requerimientos de inaplicabilidad. Así, este derecho es ejercido por los abogados requirentes en casi todos los casos de inaplicabilidad analizados.

El AA de procedimiento establece que los abogados patrocinantes o mandatarios judiciales de las partes acreditadas en el proceso que quisieran hacer

⁵⁰ Así ocurre por ejemplo en la sentencia Rol 654 de 30 de mayo de 2007, donde se solicitó la inaplicabilidad del art. 24 N° 4 de la Ley de Quiebras, y respecto del cual se formularon las observaciones por los órganos señalados.

uso de su derecho a alegar en la vista, podrán *anunciarlo verbalmente* ante el respectivo relator hasta una hora antes del inicio de la audiencia, o bien hacer el anuncio mediante una *presentación por escrito*, con 24 horas de anticipación al inicio de la respectiva audiencia. En ambos casos se debe señalar la duración del alegato, pero será el tribunal quien en definitiva lo determinará (punto 13° AA). Sólo los abogados que cuenten con patrocinio y poder suficiente podrán alegar. Si los abogados no se anuncian, o si anunciados no concurren a la audiencia respectiva, la vista de la causa concluirá con la relación (punto 8° del AA de 03 de diciembre de 2009).

La vista de la causa se iniciará con la relación oral del relator, la que será pública y se efectuará con la presencia de los abogados de las partes (punto 17° del AA). Los alegatos de los abogados que se hubiesen anunciado se oirán una vez concluida la relación, siendo el turno primero del abogado de la parte requirente y luego el de la parte interesada. Si son varios los requirentes o las partes interesadas, alegarán primero los abogados de todos los requirentes y luego los de las partes interesadas. En todo caso, en la vista de la causa sólo podrá alegar un abogado por cada parte (punto 18° del AA).

- *Formalidades del alegato:* en la vista de la causa los abogados no podrán presentar ni leer defensas escritas, a menos que el Presidente del Tribunal lo autorice. Cada parte tendrá derecho a alegar por un máximo de 30 minutos, pero, sin perjuicio de ello, el Presidente del tribunal podrá extender la duración del alegato prudencialmente, o bien acceder a la solicitud presentada para tal efecto por el interesado, si ésta fue formulada antes del inicio de la audiencia (punto 15° del AA).

Durante el alegato o una vez finalizado, los Ministros del tribunal podrán formular preguntas a los abogados o solicitarles que se pronuncien sobre puntos de hecho o de derecho comprendidos en el proceso, y sobre fundamentos constitucionales distintos a aquellos invocados por las partes en la *litis* (punto 19° del AA). Una vez concluida la vista de la causa, los abogados sólo podrán rectificar los errores de hecho que hubiesen observado en los alegatos de las otras partes, sin poder referirse a los puntos de derecho (punto 18° del AA), y podrán hacerle entrega al tribunal de una minuta de sus alegatos (punto 20° del AA).

- *Dictación de sentencia:* vencidos los plazos señalados y terminada la tramitación del requerimiento, el Tribunal dictará sentencia dentro del plazo de 30 días, prorrogables por 15 días más por resolución fundada (art. 47I LOCTC). En caso de declararse la inaplicabilidad del precepto legal impugnado, la sentencia deberá especificar de qué modo su aplicación en la gestión pendiente de que se trata resulta contraria a la Constitución (art. 47K LOCTC).

Establece el AA del Tribunal Constitucional que, para efectos de computar el plazo para dictar sentencia definitiva, se entenderá que la tramitación de la causa ha concluido o se encuentra totalmente tramitada, cuando se certifica dicha circunstancia por el relator respectivo (punto 24° del AA).

Finalmente, se entiende que hay sentencia cuando se encuentra firmada por todos los Ministros presentes y autorizada por el Secretario del tribunal. Si uno o más de los Ministros que concurren a la sentencia no pueden suscribirla,

ello se certificará por el Secretario del tribunal, entendiéndose que así se cumple el requisito de la firma (punto 25° del AA).

- *Notificación y publicación de la sentencia:* el art. 47M de la LOCTC dispone que la sentencia deberá notificarse a las partes, al juez y a los órganos señalados en el art. 47H, esto es, Cámara de Diputados, Senado y Presidente de la República. Deberá además ser publicada en la página web del Tribunal Constitucional u otro medio electrónico análogo, sin perjuicio de que un extracto de ella deberá publicarse también en el Diario Oficial⁵¹. Ambas publicaciones deben ser simultáneas, sin perjuicio de que la publicación de las resoluciones en el Diario debe practicarse dentro de los 3 días siguientes a su dictación (art. 31bis LOCTC).
- *Efectos de la sentencia:* la sentencia que declare la inaplicabilidad sólo producirá efectos en el juicio en que se solicite (art. 47N LOCTC)⁵².

La sentencia dictada por el Tribunal Constitucional puede ser estimatoria o desestimatoria de la acción ejercida.

La *sentencia desestimatoria* “no agrega ninguna cualidad especial al precepto legal cuya inaplicabilidad se desestimó, toda vez que este goza de una presunción de legitimidad constitucional (...), se trata de una sentencia declarativa, y la cosa juzgada que genera impide al actor de la acción de inaplicabilidad desestimada, renovar su pretensión ante el Tribunal Constitucional, respecto de la misma gestión pendiente”⁵³.

La *sentencia estimatoria*, por su parte, provoca la inaplicación del precepto legal impugnado, por el tribunal ordinario o especial en que se sigue la gestión respectiva. Tiene un “efecto personal relativo –acotado a las partes de dicho juicio o gestión– y también un efecto temporal *ex tunc* o retroactivo. Se trata de una sentencia, que, a partir de su dictación y notificación, produce efectos constitutivos de una situación jurídica que impide aplicar el precepto legal declarado inaplicable”⁵⁴.

Por otro lado, y como se mencionó antes de forma general, el art. 94 inciso primero de la Carta Fundamental y el art. 32 de la LOCTC establecen que contra las resoluciones que dicte el Tribunal Constitucional no procede recurso alguno. Consecuentemente, las sentencias dictadas son de única instancia, lo que “es una consecuencia de la autonomía e independencia constitucional de esta judicatura, la cual ni siquiera está sometida a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, conforme lo dispone el art. 82 de la Constitución Política”⁵⁵.

⁵¹ Las sentencias recaídas en las cuestiones de constitucionalidad promovidas en virtud de los números 2°, 4°, 7° y 16° del art. 93 de la Constitución, se publicarán en el Diario Oficial íntegramente. Las restantes se publicarán en extracto (art. 31 bis LOCTC).

⁵² Sin perjuicio de que, al ser la inaplicabilidad el supuesto necesario para solicitar la declaración de inconstitucionalidad del precepto impugnado, la sentencia que declare la inconstitucionalidad producirá efectos erga omnes, y desde su publicación en el Diario Oficial se producirá la derogación tácita del precepto.

⁵³ VEGA, FRANCISCO Y ZÚNIGA, FRANCISCO. Cit., pág. 155.

⁵⁴ Ídem. Cit., pág. 155.

⁵⁵ Ídem. Cit., pág. 169.

- *Cosa juzgada*: art. 47L de la LOCTC dispone que una vez resuelta la cuestión de inaplicabilidad, no podrá ser intentada nuevamente por el mismo vicio, en las sucesivas instancias o grados de la gestión en que se hubiere promovido.

VII. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

La reforma de 2005 “también constitucionalizó los requisitos de admisibilidad del recurso, al consagrarlos expresamente en el texto constitucional”⁵⁶ ello en su art. 93 inciso 11, el que, conjuntamente con los casos de inadmisibilidad mencionados en el art. 47F de la LOCTC, introducido por la ley 20.381, perfilan los actuales requisitos de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad, que son⁵⁷:

1. *Debe tratarse de un precepto legal.*
2. *Que exista gestión pendiente ante otro tribunal ordinario o especial.*
3. *Que la aplicación del precepto resulte decisivo en la resolución del asunto.*
4. *Que la ley contraríe la Constitución en su aplicación.*
5. *Que lo solicite la parte o el juez.*
6. *Que la impugnación esté fundada razonablemente.*
7. *Que el requerimiento se promueva respecto de un precepto legal que no haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y que no se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva.*

Cabe destacar que éste último, se encuentra consagrado expresamente en el N°2 del art. 47F de la LOCTC.

Analizaremos cada uno de estos requisitos en los capítulos siguientes.

La admisibilidad de un requerimiento, presenta al menos, las siguientes notas distintivas⁵⁸:

- a. Es un trámite esencial para la prosecución de esa acción.
- b. Puede recaer en aspectos de forma o fondo, no sólo los últimos.
- c. Se distingue de la declaración de procesabilidad o acceso del libelo a su análisis preliminar, trámite anterior a la admisibilidad de aquel, cuyo sentido se halla en los artículos 31, 39 y 41 de la LOCTC.
- d. Tiene carácter preliminar, o sea, de umbral con respecto a los aspectos más sustantivos o de mayor complejidad adjetiva del requerimiento, de modo que no implica un estudio exhaustivo suficiente para emitir el pronunciamiento razonado de rigor.

⁵⁶ MASSMANN BOZZOLO, NICOLÁS. “La admisibilidad del recurso de inaplicabilidad: a tres años de la reforma”. *Revista Ius et Praxis*, 15(1):263-293, 2009 (pág. 3).

⁵⁷ NAVARRRO BELTRÁN, ENRIQUE. Cit., págs. 9 y siguientes.

⁵⁸ CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. “El Tribunal Constitucional y el control de las leyes”. En *Escritos de Justicia Constitucional, Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 35. 1ª ed. Santiago de Chile, Tribunal Constitucional, 2007, pág. 112.

- e. La decisión de ella se halla reservada a una sala del tribunal.
- f. Está prohibido al pleno intervenir como tal, para cualquier efecto.
- g. Esa sala, una vez evacuado su pronunciamiento, no puede alterarlo.
- h. No es una determinación condicional, provisional o tentativa ni susceptible de ser revocada, para, en su lugar dictar otra de sentido diferente u opuesto, de modo que la cosa juzgada surte el efecto correspondiente.
- i. Por último, la naturaleza de la admisibilidad y la prontitud con que debe ser decidida han de compatibilizarse con la certeza legítima y la oportunidad respectiva, rasgos que exigen otorgarle la tramitación más expedita posible.

El Tribunal Constitucional, en tanto, al analizar los requerimientos de inaplicabilidad presentados, comienza en todas sus sentencias enumerando los requisitos de admisibilidad, los cuales son, a su juicio “a) que exista una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial; b) que la aplicación del precepto legal en cuestión pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto; c) que la impugnación esté fundada razonablemente; y d) que se cumplan los demás requisitos legales”⁵⁹. Vemos que los requisitos de admisibilidad enunciados por la doctrina *no coinciden de manera expresa* con los requisitos mencionados por el tribunal en sus pronunciamientos. Sin embargo, creemos que bien corresponde desglosar los mencionados requisitos, enumerándolos y analizándolos conforme lo señala la doctrina, pues sólo así es que podemos llegar a un acabado y completo entendimiento de cada uno de ellos.

No obstante, en la actualidad, la jurisprudencia ha variado, pues posterior a la dictación de la ley 20.381, del 28 de octubre de 2009, que modifica la ley 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, los requisitos de admisibilidad son detallados, y en este sentido, se ha producido un cambio en los pronunciamientos del tribunal. Ello porque si bien antes sólo se mencionaban los requisitos establecidos en la Constitución, previos a la modificación de la ley 20.381, en la actualidad y posterior a esta reforma del año 2009, el tribunal al comenzar el análisis de un requerimiento de inaplicabilidad interpuesto, reproduce en términos expresos lo señalado en el art. 47F de la LOCTC. Así, a modo ejemplar, mencionaremos la sentencia Rol 1445 de 29 de enero de 2010, la cual señala “Que el artículo 47 F de la Ley Orgánica del Tribunal N° 17.997, modificada por la Ley N° 20.381, señala que: *‘Procederá declarar la inadmisibilidad en los siguientes casos: 1° Cuando el requerimiento no es formulado por una persona u órgano legitimado; 2° Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva; 3° Cuando no exista gestión judicial pendiente en tramitación, o se haya puesto término a ella por sentencia ejecutoriada; 4° Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal; 5° Cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto; y 6° Cuando carezca de fundamento*

⁵⁹ A modo ejemplar, sentencia Rol 679 de 26 de diciembre de 2007.

plausible. Declarada la inadmisibilidad por resolución que deberá ser fundada, ésta será notificada a quien haya recurrido, al juez que conozca de la gestión judicial pendiente y a las demás partes que intervengan en ella, y el requerimiento se tendrá por no presentado, para todos los efectos legales. La resolución que declare la admisibilidad o inadmisibilidad del requerimiento no será susceptible de recurso alguno". A su turno, el artículo 47K de la misma ley indica que: "*La sentencia que declare la inaplicabilidad del precepto legal impugnado deberá especificar de qué modo su aplicación en la gestión pendiente de que se trata resulta contraria a la Constitución*" (considerando 2°).

VIII. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA ADMISIBILIDAD

El Tribunal Constitucional, al ser el órgano competente para conocer de la Acción de Inaplicabilidad, es quien entrega los *criterios jurisprudenciales* respecto de los requisitos de admisibilidad de dicha acción. En este sentido, "la intensa labor desarrollada por el Tribunal Constitucional, en lo que se refiere a la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, ha dado lugar a una interesante jurisprudencia que es importante conocer para contribuir a depurar este instituto destinado a cautelar la supremacía constitucional, en general, y los derechos fundamentales, en particular, dando concreción a lo que el profesor Mauro Capeletti denominaba 'la jurisdicción de la libertad'"⁶⁰.

Algunas de las líneas jurisprudenciales sostenidas por la Corte Suprema se han mantenido, pero es claro también que los cambios introducidos por la reforma constitucional del año 2005, han provocado que la jurisprudencia del tribunal varíe e introduzca nuevos criterios, que se podrán apreciar a lo largo de los capítulos siguientes y en cada requisito de admisibilidad.

El período a estudiar comprende desde el 01 de marzo del año 2006 al 01 de marzo de 2010. Hay que destacar que el lector podrá apreciar que algunos de estos criterios jurisprudenciales se repiten en más de un requisito de admisibilidad, ello porque las circunstancias del caso concreto determinarán finalmente a qué requisito de admisibilidad en específico el tribunal subsume el criterio de que se trate. Los requisitos de admisibilidad conforman un todo, y se relacionan de manera interdependiente, de allí la importancia de estudiar acabadamente cada uno de ellos.

Es el tribunal, entonces, el que "ha delineado, a través de la jurisprudencia de admisibilidad, los perfiles que configuran la nueva acción de inaplicabilidad"⁶¹. También "a partir de ahora el juez constitucional chileno dejará de ser el juez abstracto que simplemente emite juicios de validez constitucional sobre la norma, para transformarse, como juez del Estado constitucional de derecho chileno, en un juez que habrá de entrar a la resolución del caso concreto"⁶².

⁶⁰ PEÑA TORRES, MARISOL. "Doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la admisibilidad de requerimientos de inaplicabilidad". *Cuatro Estudios de Justicia Constitucional*, N° 36, 2007, pág. 42.

⁶¹ MASSMANN BOZZOLO, NICOLÁS. Cit., pág. 276.

⁶² HORMAZÁBAL, HERNÁN. Cit., pág. 19.

Se ha planteado por parte de la doctrina la importancia fundamental que adquiere el Tribunal Constitucional al ser el encargado de realizar el examen de admisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad. Ya en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución “primó un criterio garantista acerca de la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad, en el sentido de dar una interpretación amplia a las normas que permitieran su admisibilidad, todo en aras de dar eficacia al principio de Supremacía Constitucional, particularmente en su relación con los derechos fundamentales”⁶³.

Surge, entonces el llamado “Principio in dubio pro admittere”⁶⁴ que plantea que, en caso de dudas, la sala de admisibilidad del Tribunal Constitucional debe declarar admisible la acción. Ello porque, rechazar un requerimiento por no cumplir con los requisitos de admisibilidad, puede generar la desprotección de los derechos garantizados en la Constitución y, consecuentemente, que la acción pierda la misión fundamental que le ha sido encargada, esto es, velar por el absoluto respeto de nuestras leyes internas a la Carta Fundamental. Finalmente, “aquel es el criterio que deben utilizar las salas del Tribunal Constitucional, al conocer de requerimientos de inaplicabilidad, pues uno más restrictivo sólo impedirá que asuntos de la mayor relevancia para las partes o para la sociedad puedan ser conocidos por vicios formales o tecnicismos legales. Creemos que no puede primar el legalismo por sobre el constitucionalismo”⁶⁵.

Sin embargo, es importante señalar que, a nuestro juicio, la declaración de una eventual admisibilidad sólo es de *carácter previo y provisorio*, por lo que el juicio de constitucionalidad de fondo sólo se dará cuando el tribunal, posterior a declarar la admisibilidad del requerimiento, se pronuncie sobre las normas impugnadas y su verdadera contradicción a la Constitución. *Previo*, en tanto el tribunal se pronuncia sobre el juicio de admisibilidad antes de entrar al fondo del asunto, siendo posible observarlo así en sus pronunciamientos, donde señala por ejemplo que “en la especie, han concurrido todas las exigencias y requisitos constitucionales y legales para que este Tribunal se pronuncie sobre la cuestión de constitucionalidad planteada por el magistrado (refiriéndose a los requisitos de admisibilidad). Así, corresponde analizar, en esta fase, tanto los razonamientos jurídicos de las partes cuanto la veracidad de las infracciones constitucionales denunciadas respecto de los preceptos legales aplicables a la referida gestión judicial”⁶⁶. Y *provisorio* en tanto a manifestado el tribunal “que, por su naturaleza, la declaración de admisibilidad de una cuestión de inaplicabilidad es *preliminar o provisional* y se subordina a lo que, después del período de discusión, se resuelva en la sentencia definitiva, una vez que el tribunal cuente con todos los antecedentes necesarios para resolver el asunto”⁶⁷. Así, pode-

⁶³ DUCCI ARCEU, MARÍA LAURA. *La Admisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad en el Tribunal Constitucional chileno*. Tesis Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2008, pág. 94.

⁶⁴ BRUNET BRUCE, MARCELO. “Admisibilidad en materias constitucionales”. *Ponencia en XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público, “Reformas Constitucionales de 2005, un año después”*. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pág. 13. En la duda, por la admisión del recurso. El autor lo plantea haciendo alusión al principio procesal penal in dubio pro reo.

⁶⁵ BRUNET BRUCE, MARCELO. *Cit.*, pág. 22.

⁶⁶ Sentencia Rol 1247 de 14 de julio de 2009, considerando 11°.

⁶⁷ Sentencia Rol 1312 de 28 de enero de 2010, considerando 2°.

mos ver como el tribunal sienta importante jurisprudencia, no sólo respecto a los requisitos de admisibilidad, sino también respecto a todas aquellas cuestiones de constitucionalidad que le son planteadas, que abarcan las materias más diversas, siendo éste el verdadero sentido de la Acción de Inaplicabilidad. La declaración de admisibilidad y los criterios jurisprudenciales establecidos por el tribunal, por tanto, sólo son un paso previo al verdadero y más importante análisis, cual es, el de la constitucionalidad de las normas que se aplican en nuestro Estado de Derecho.

Veremos más adelante que el carácter provisorio de la admisibilidad se ratifica en los pronunciamientos del tribunal, por ejemplo en el segundo requisito de admisibilidad referido a la gestión pendiente, donde señala expresamente que aun cuando este requisito sea analizado en el examen de admisibilidad, posteriormente puede pronunciarse sobre él al resolver el fondo del asunto, esto porque el tribunal se hace cargo de las alegaciones presentadas por el requerido, que necesariamente son posteriores al examen de admisibilidad.

IX. EFECTOS DE LA EVENTUAL DECLARACION DE INAPLICABILIDAD

En este sentido, es el mismo tribunal en su jurisprudencia el que distingue entre los efectos de una acción acogida y una rechazada. Si la *acción de inaplicabilidad es acogida*, se produce el “efecto exclusivamente negativo de la declaración de inaplicabilidad, que se traduce en que, declarado por esta Magistratura que un precepto legal preciso es inaplicable en la gestión respectiva, queda prohibido al tribunal ordinario o especial que conoce de ella aplicarlo. Sin embargo, en caso de *desecharse* por este Tribunal Constitucional la acción de inaplicabilidad intentada, el juez de la instancia recupera en plenitud su facultad para determinar la norma que aplicará a la resolución del conflicto del que conoce, sin que necesariamente deba ella ser la misma cuya constitucionalidad fue cuestionada sin éxito”⁶⁸.

Ello reviste importancia además, por el Principio de Inexcusabilidad de los jueces, siendo la declaración de inaplicabilidad la única forma en que podrían dejar de aplicar la ley en ese caso concreto, es decir, precisamente teniendo en cuenta el Principio de Legalidad e Inexcusabilidad que rige nuestro sistema jurídico, es que cobra relevancia la sentencia que acoja esta acción, pues “la sentencia estimativa de inaplicabilidad es la única justificación legal que tiene el juez para eximirse legítimamente de la obligación general que sobre él pesa de aplicar la ley”⁶⁹.

Finalmente, cabe señalar que el Tribunal Constitucional aboga por una interpretación amplia de la Acción de Inaplicabilidad, rechazando en sus pronunciamientos la interpretación restrictiva, pues “de aceptarse una interpretación restrictiva que limitara la Acción de Inaplicabilidad sólo a cuestiones de fondo y

⁶⁸ Sentencia Rol 473 de 08 de mayo de 2007, considerando 9°. En el mismo sentido, sentencia Rol 517 de 08 de mayo de 2007, sentencia Rol 588 de 26 de julio de 2007, sentencia Rol 596 de 12 de julio de 2007, sentencia Rol 608 de 02 de octubre de 2007, sentencia Rol 707 de 25 de octubre de 2007, sentencia Rol 784 de 20 de diciembre de 2007.

⁶⁹ GÓMEZ, GASTÓN. “La reforma constitucional de la jurisdicción constitucional”. En *Reforma Constitucional*, Santiago, Lexis Nexis, pág. 669.

no de forma, se estaría limitando el derecho de las personas de colaborar con la efectiva vigencia de la Constitución, vigilando a través de este Tribunal el cumplimiento pleno de la Carta Magna, y se podrían socavar importantes garantías constitucionales”⁷⁰.

CAPITULO II

PRIMER REQUISITO DE ADMISIBILIDAD: “DEBE TRATARSE DE UN PRECEPTO LEGAL”

Lo menciona expresamente el art. 47 C de la LOCTC, al señalar:

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

También se refiere a este requisito el art. 47F de la LOCTC, al señalar aquellos casos en que procederá declarar la inadmisibilidad de la acción, mencionando expresamente en su N° 4 *“Cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal”*. De esta forma, el rango legal del precepto a impugnar se consagra de forma expresa, entendiendo el legislador, a nuestro entender, que el carácter abstracto y general de una ley podría llevar a una aplicación al caso concreto contraria a la Constitución. La Acción de Inaplicabilidad, por tanto “procede contra preceptos legales, precisamente, porque su generalidad puede llevar a que su aplicación a un caso particular genere efectos intolerables desde el punto de vista constitucional”⁷¹, vulnerando así las garantías fundamentales que establece ese cuerpo legal. Por otro lado, se entienden como preceptos legales: la ley⁷², incluyendo por ejemplo las leyes interpretativas, orgánicas constitucionales, de quórum calificado, simples⁷³, y también los decretos con fuerza de ley, decretos ley y tratados⁷⁴. También se incluye la legislación delegada y la legislación irregular en general, incluyendo entonces los decretos con fuerza de ley que fijen textos refundidos, coordinados

⁷⁰ Sentencia Rol 1191 de 19 de mayo de 2009, considerando 11°.

⁷¹ MASSMANN BOZZOLO, NICOLÁS. Cit., pág. 279.

⁷² Un claro ejemplo de inaplicabilidad solicitada respecto de una “ley” lo vemos en la sentencia Rol 1204 de 28 de mayo de 2009, en la cual se impugnó el art. 1891 del Código Civil.

⁷³ BRUNET BRUCE, MARCELO. “Admisibilidad en materias constitucionales”. *Ponencia en XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público, “Reformas Constitucionales de 2005, un año después”*. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pág. 10.

⁷⁴ Hay un curioso requerimiento interpuesto con fecha 19 de febrero de 2009, donde el requirente, al tratar de impugnar la constitucionalidad de un supuesto decreto ley, formula erróneamente la acción de inconstitucionalidad señalada en el art. 93 N°4 de la Constitución. Obviamente, el tribunal en sentencia Rol 1333 de 07 de abril de 2009, determina dicho requerimiento como improcedente, pues refiriéndose a la acción de inconstitucionalidad impetrada, el requirente no era sujeto legitimado para interponerla, así como tampoco se podría entender como una inaplicabilidad en los términos del art. 93 N° 3, pues no impugna un precepto legal determinado sino que se refiere a todo un cuerpo normativo.

y sistematizados de las leyes⁷⁵, y los dictados por el Presidente de la República en virtud del acuerdo aprobatorio dado por el Congreso a un tratado internacional y para su debida ejecución (art. 54 N° 1 inciso final de la Constitución Política)⁷⁶.

El que se trate de un precepto de rango legal, descarta de manera absoluta la posibilidad de que la Acción de Inaplicabilidad resuelva contradicciones que para algunos podría tener la propia Constitución, en este sentido, la inaplicabilidad enfrenta normas de distinta jerarquía, procurando velar por la supremacía de la Carta Fundamental en nuestro ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional nos permite extraer los siguientes criterios:

1. LA ACCIÓN BUSCA IMPUGNAR PRECEPTOS CON RANGO LEGAL, RECHAZANDO REQUERIMIENTOS QUE NO CUMPLAN CON ESTE REQUISITO

En este sentido, el tribunal ha sostenido que “la Constitución ha contemplado la acción de inaplicabilidad como un *medio de impugnar la aplicación de normas legales* determinadas invocadas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable en la misma”⁷⁷. Se trata de una acción “dirigida en *contra de normas legales determinadas* concernidas en una gestión jurisdiccional”⁷⁸.

Lo anterior reviste importancia, pues, como reconoce el tribunal “*Ni la Constitución ni la ley definen lo que es precepto (legal)*, término que acota lo que esta Magistratura puede declarar inaplicable. La doctrina y la jurisprudencia no han dudado que tal expresión es equivalente a la de ‘norma jurídica’ (de rango legal). Así, la Corte Suprema, señaló, más de una vez que el término precepto legal es indicativo ‘de una norma o artículo de algún precepto legal; esto es, de una regla a la que debe ajustarse la conducta humana...’ (considerando 2° del fallo de 15 de septiembre de 2000, Rol 3.362-99). En la doctrina, Alejandro Silva, al igual que otros, define el término como una regla que debe expresar una manifestación de voluntad categórica del legislador y no un elemento integrante de la misma (Tomo VIII, p. 177-178). *En suma, debemos aceptar que los vocablos ‘preceptos legales’ son equivalentes al de regla o norma jurídica, aunque de una determinada jerarquía (legal)*”⁷⁹.

Siguiendo con la idea anterior, *el tribunal precisa que la expresión precepto legal no comprende todas las normas que se relacionan entre sí por tratar de la misma materia*. En este sentido “para que una unidad lingüística pueda ser considerada como una norma o precepto legal de aquellos que trata el artículo 93 de la Carta Fundamen-

⁷⁵ Ejemplo de ello en sentencia Rol 1302 de 25 de mayo de 2009, donde se interpuso requerimiento de inaplicabilidad del art. 50 de la Ley General de Servicios Eléctricos, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado está contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N°4/20.018, del año 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

⁷⁶ VEGA, FRANCISCO Y ZÚÑIGA, FRANCISCO. Cit., pág. 153.

⁷⁷ Sentencia Rol 777 de 16 de mayo de 2007, considerando 5°. En el mismo sentido, sentencia Rol 1445 de 29 de enero de 2010, sentencia Rol 1535 de 28 de enero de 2010.

⁷⁸ Sentencia Rol 816 de 24 de julio de 2007, considerando 5°. En el mismo sentido, sentencia Rol 743 de 15 de marzo de 2007, sentencia Rol 706 de 30 de marzo de 2007.

⁷⁹ Sentencia Rol 626 de 16 de enero de 2007, considerando 1°.

tal, no es necesario que sea completa; esto es que constituya una unidad autárquica capaz de producir efectos jurídicos al margen de otras normas. (...) *Suponer que un precepto legal está constituido por la unidad de todas las normas que se vinculan unas a otras resultaría en un efecto absurdo para la institución de la inaplicabilidad, pues en tal predicamento, el Tribunal Constitucional no podría declarar inaplicable una disposición jurídica sin hacerlo con todas las normas asociadas a ella* (...). Ello resultaría contrario al principio de que los fallos que declaran inaplicable o inconstitucional deben limitar sus efectos sólo a aquellos preceptos tachados de inconstitucionales, la que se funda en bases de un sistema institucional que descansa en la presunción de constitucionalidad de la ley y en el respeto o deferencia a las mayorías políticas que se expresan a través de la legislación”⁸⁰.

Se han rechazado requerimientos por no impugnar preceptos de rango legal, señalando el tribunal que “la acción de inaplicabilidad interpuesta va más bien dirigida en contra de la ‘superintendencia correccional’ de la Corte Suprema, que es de rango constitucional, y *no en contra del precepto legal que señala*, razón por la cual no se cumple el presupuesto de ‘estar razonablemente fundado’ el requerimiento, *ni tampoco se da cumplimiento a la exigencia constitucional de que éste se dirija, con suficiente fundamento, en contra de un precepto legal determinado que resulte decisivo en la gestión*”⁸¹. Otro ejemplo de ello, donde el tribunal señala que “se puede concluir que la impugnación se dirige en contra del decreto alcaldicio al que ya se ha hecho alusión, por cuanto sería la aplicación de aquel, la que directamente podría derivar una eventual infracción de las garantías (constitucionales)” señalando luego que “la cuestión aludida precedentemente no es de aquellas que le corresponde conocer y resolver a esta Magistratura”⁸².

2. PROCEDE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD CONTRA TRATADOS INTERNACIONALES

Al respecto, cabe transcribir previamente el art. 93, N° 1 de la Constitución, el cual dispone:

“Art. 93: Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

N°1 Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de éstas últimas, antes de su promulgación”.

Pues bien, el tribunal, ejerciendo la facultad mencionada en la disposición precedente, realiza el control previo de constitucionalidad de la ley 20.381 (que sabemos modificó la Ley Orgánica Constitucional 17.997 del Tribunal Constitucional) dando como resultado la dictación de la sentencia Rol 1288 de 25 de agosto de 2008. En dicho pronunciamiento, el tribunal emite su opinión negativa sobre artículos del entonces proyecto de ley 20.381 que establecían expresamente la improcedencia de la Acción de Inaplicabilidad para impugnar tratados internacionales.

⁸⁰ Sentencia Rol 626 de 16 de enero de 2007, considerando 6°.

⁸¹ Sentencia Rol 795 de 12 de julio de 2007, considerando 10°.

⁸² Sentencia Rol 1322 de 04 de febrero de 2009, considerando 5° y 6°.

En primer lugar, el tribunal expone el conflicto sometido a su decisión, y las normas del proyecto de ley que cuestionará más adelante. Al efecto, expresa que “el artículo 47 B que el artículo único, N° 57, del proyecto introduce al Párrafo 6° del Título II del Capítulo II de la Ley N° 17.997, cuyo epígrafe es “Cuestiones de Inaplicabilidad”, establece que “de conformidad con el número 1) del artículo 54 de la Constitución Política de la República, *no procederá la inaplicabilidad respecto de tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”; a su vez, “el artículo 47 G, que el artículo único, N° 57, del proyecto incorpora al mismo párrafo, señala en su inciso primero, N° 4°, que procederá declarar la inadmisibilidad “cuando se promueva (la cuestión) respecto de un *precepto que no tenga rango legal o respecto de disposiciones de un tratado internacional vigente*”; conviene recordar, señala el tribunal, que “por su parte, conforme a lo establecido en el artículo 92, inciso final, de la Constitución, agregado por la reforma constitucional de 2005, respecto del Tribunal Constitucional: ‘Una ley orgánica constitucional determinará su organización, funcionamiento, procedimientos y fijará la planta, régimen de remuneraciones y estatuto de su personal’; ‘así esta ley orgánica constitucional, cuyo proyecto de modificación es materia de control de constitucionalidad en la presente sentencia (en conformidad a lo establecido en el artículo 93, N° 1°, de la Constitución), no puede –desde luego– *restringir o limitar las facultades de esta Magistratura más allá de lo que establece la Constitución*, pues ello obligaría a declarar la inconstitucionalidad de toda norma que, bajo pretexto de regular el ‘funcionamiento’ o los ‘procedimientos’ del Tribunal, viniera a cercenar sus funciones atribuidas por la Carta Suprema”⁸³.

Siguiendo con el razonamiento, los sentenciadores exponen las características especiales de los tratados internacionales, pues “*respecto de los tratados internacionales*, luego de la reforma constitucional aludida, esta Magistratura efectúa dos órdenes de controles. Primero, un *control preventivo obligatorio de constitucionalidad* de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de leyes orgánicas constitucionales (artículo 93, inciso primero, N° 1°, de la Constitución). Segundo, un *control ex post y concreto –facultativo– de constitucionalidad de una norma de un tratado que, en cuanto ‘precepto legal’, pueda resultar contraria a la Constitución en su aplicación en ‘cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial’*, esto es, *el Tribunal Constitucional puede declarar inaplicable la disposición de un tratado a un caso concreto*, conforme a la atribución que le otorga el N° 6° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución (...). Se trata pues, de controles diferentes, cuyos efectos también difieren, pues ‘si en el ejercicio del control preventivo de constitucionalidad de un tratado, el Tribunal estimare la inconstitucionalidad de alguna de sus disposiciones, ella no podrá formar parte de aquel que finalmente ratifique el Presidente de la República. En cambio, en el caso de la *declaración de inaplicabilidad de una norma de un tratado ya promulgado y vigente*, dicha declaración sólo producirá un efecto particular en el orden interno y para el caso concreto que constituye la gestión pendiente en que la norma no se podrá aplicar, *sin que se altere de este modo la generalidad de la disposición del tratado ni su vigencia desde el punto de vista del derecho internacional*, cuestión que (...) es de la máxima importancia’; así ‘respecto

⁸³ Sentencia Rol 1288 de 25 de agosto de 2009, considerandos 35°, 36°, 39° y 40°.

a la jerarquía de los tratados internacionales, luego de la reforma constitucional de 2005 a que ya se ha hecho referencia, y no obstante haberse precisado y aclarado con la modificación de la frase final del inciso primero del N° 1 del artículo 54 de la Constitución ('...se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley') que *aquéllos no son propiamente una ley (...), ello no es óbice a que, en cuanto a su rango, este Tribunal ha estimado que deben sujetarse a la Carta Fundamental*. 'Que, si ésa fue la voluntad del constituyente, no se concilia con dicho propósito el concluir que la modificación constitucional antes mencionada eliminó el control de constitucionalidad *a posteriori* de los tratados internacionales que se ejerce a través de la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad'⁸⁴.

Estableciendo el tribunal extensamente que los tratados internacionales no son una ley propiamente tal, pero que sin embargo se asemejan a ella y por ende pueden ser objeto de un requerimiento de inaplicabilidad, continúa expresando que "esta Magistratura dejó claramente establecido que la Carta Fundamental autoriza el control de constitucionalidad de determinados preceptos legales, entre los que deben considerarse los tratados internacionales"; dado que "el tratado internacional no es propiamente una ley, pues no se somete al mismo procedimiento que ella, sino que se rige, por lo menos en su formación, por las voluntades de dos o más Estados. En atención a lo anterior es que la Carta Fundamental precisa que las disposiciones de un tratado no podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas sino 'en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional' (artículo 54, N° 1), inciso quinto; lo señalado respecto a las particularidades de la tramitación de un tratado internacional no obsta a que éste, una vez aprobado por el Congreso Nacional y ratificado por el Presidente de la República, *se integre a nuestro derecho interno como un 'precepto legal'*. De este modo, (...) no podemos decir que un tratado internacional es una ley, pues no son lo mismo, sí debemos señalar que un tratado se somete, en lo pertinente, a los trámites de una ley y que puede contener perfectamente disposiciones sobre materias propias de ley"⁸⁵.

A mayor abundamiento "la reforma constitucional de 2005 no añade nada que permita establecer un criterio diferente al ya sostenido por este Tribunal tanto bajo el texto original de la Constitución de 1980 como en su texto reformado el año 1989, no habiendo variado a la fecha de esta sentencia los criterios expuestos sobre la jerarquía de los tratados internacionales y su calidad de preceptos legales"; más aún "el espíritu de la reforma de 2005 fue reunir todo el control de constitucionalidad de los preceptos infraconstitucionales –dentro de los cuales se incluyen los preceptos de un tratado internacional– en el Tribunal Constitucional, estableciéndose un control *ex ante* y otro *ex post*, este último con efectos sólo para el caso concreto". Así, por lo demás, lo ha venido sosteniendo, la jurisprudencia, porque "tanto esta Magistratura como la Corte Suprema, antes de 2005, cuando era competente para conocer del recurso de inaplicabilidad, han considerado que la expresión '*precepto legal*' debe ser entendida en sentido amplio, incluyendo, por cierto, las disposiciones de un tratado internacional. El reconocer que un tratado internacional no es lo mismo que una ley no impide que éstos puedan asimilarse y que ambos queden comprendidos

⁸⁴ Sentencia Rol 1288 de 25 de agosto de 2009, considerandos 41°, 42°, 43° y 64°.

⁸⁵ Sentencia Rol 1288 de 25 de agosto de 2009, considerandos 44°, 52° y 53°.

en la categoría de ‘precepto legal’; entonces “el sentido amplio de la expresión ‘precepto legal’, que incluye a los tratados internacionales, ha sido seguida invariablemente por este Tribunal Constitucional desde que es de su competencia el conocimiento del requerimiento de inaplicabilidad (...)”⁸⁶.

El tribunal sustenta su tesis, señalando que “un ejemplo reciente y corolario de lo dicho respecto de la jerarquía de los tratados y de que sus disposiciones tienen en nuestro sistema rango legal, se encuentra en la dictación de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.352, que autoriza al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional y que introdujo la nueva disposición transitoria vigesimocuarta a la Carta Suprema para dichos efectos. Esta nueva disposición que se agrega a nuestra Constitución era la única vía para que Chile pudiera ratificar dicho tratado internacional pues, conforme dictaminó esta Magistratura en la sentencia Rol N° 346, arriba citada, *los tratados internacionales no tienen rango constitucional*. Pues bien, si se requirió reformar la Constitución para poder suscribir un tratado que podía pugnar con ella, *es evidente que un tratado internacional tiene rango inferior a ella, rango de ley, y sus preceptos son preceptos legales perfectamente susceptibles de ser requeridos de inaplicabilidad*”; reitera “que si el tratado no es una ley en sentido estricto, pero puede contener disposiciones propias de ley, tales disposiciones serán sin lugar a dudas ‘preceptos legales’, que pueden perfectamente ser objeto de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. La solución contraria, esto es, la que deja al margen del requerimiento de inaplicabilidad a los preceptos de un tratado internacional, según se declarará, es contraria a la Constitución”⁸⁷.

Precisa también que la declaración de inaplicabilidad es diferente a la declaración de inconstitucionalidad, por lo que una eventual declaración de inaplicabilidad del precepto de un tratado internacional no afecta su vigencia, y tampoco se afectaría, por ende, la imagen y credibilidad de nuestro país a nivel internacional. De esta forma, “*lo que el Estado de Chile no puede hacer es, por ley, derogar las disposiciones de un tratado, pues éste es un acuerdo entre dos Estados, a diferencia de la ley que es una manifestación de la soberanía de un sólo Estado. No obstante, la declaración de inaplicabilidad de un precepto de un tratado internacional no genera ese efecto pues, (...), la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal sólo produce efectos particulares en la gestión pendiente concreta en que incide, en la cual el Juez no podrá aplicar dicho precepto. Ello no implica la derogación del tratado ni de ninguna de sus disposiciones*”; “en efecto, *una declaración de inconstitucionalidad de un precepto de un tratado internacional por parte de este Tribunal implicaría una vulneración a las normas del derecho internacional sobre formación y extinción de los tratados (...)*. Esta situación es diferente a la del requerimiento de inaplicabilidad, en que la norma jurídica sigue vigente, sólo que es inaplicable a una gestión judicial determinada”; “en este sentido, es necesario reiterar que la atribución comprendida en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Carta Fundamental, difiere notoriamente de aquella contenida en el N° 7° del mismo precepto constitucional, no obstante la relación existente entre ambas. En el caso de esta última, esta Magistratura expul-

⁸⁶ Sentencia citada, considerandos 46°, 47°, 48° y 57°.

⁸⁷ Sentencia citada, considerandos 49° y 55°.

sa del ordenamiento jurídico un precepto legal con efecto *'erga omnes'* y sin alcance retroactivo. Sin embargo, no le corresponde hacerlo respecto de una disposición de un tratado internacional, puesto que ello implicaría una infracción a las normas del derecho internacional sobre formación y extinción de los tratados (...)"⁸⁸.

Finalmente, "se desprende que el artículo 47 B excede el ámbito de competencias que el artículo 92 de la Constitución otorga a la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, como se indicó en el considerando decimocuarto, pues no se refiere ni a la organización, ni al funcionamiento, ni a los procedimientos que se siguen ante éste. Corrobora lo recién señalado la circunstancia de haberse excluido expresamente del aludido inciso final del artículo 92 de la Constitución, la habilitación a la Ley Orgánica Constitucional de este Tribunal para regular sus atribuciones (...); y "se concluye que el artículo 47 B y la frase 'o respecto de disposiciones de un tratado internacional vigente' comprendida en el artículo 47 G, inciso primero, N° 4°, que el artículo único, N° 57, del proyecto incorpora a la Ley N° 17.997, son inconstitucionales y así se declarará"⁸⁹.

Es escasa la jurisprudencia del tribunal referida al requerimiento de inaplicabilidad interpuesto contra las normas de un tratado internacional, pudiendo mencionar un curioso caso al respecto. En efecto, la sentencia Rol 572 de 31 de enero de 2007 declara inadmisile un requerimiento interpuesto contra los artículos 1, 3 y 12 de la Convención Internacional sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores, atribuyéndoles a estas normas rango legal. Sin embargo, en dicha ocasión el tribunal desechó el requerimiento, por carecer de "fundamento razonable", sin pronunciarse sobre la naturaleza de las normas del tratado impugnado ni la viabilidad de la Acción de Inaplicabilidad interpuesta.

Si por un lado el Tribunal Constitucional establece la procedencia de la Acción de Inaplicabilidad para impugnar normas de un tratado internacional, y por otro, parte de la doctrina nacional rechaza dicha afirmación. Así, hay quienes aseveran que "el artículo 93 inciso 6° al determinar el objeto de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad expresamente refiere 'de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución' y los tratados internacionales se distinguen claramente de los preceptos legales, porque por naturaleza o sustancia, forma y efectos jurídicos son distintos de las leyes" por tanto "es improcedente el control represivo de constitucionalidad de los tratados internacionales (...) porque los tratados no son preceptos legales. El estado chileno tiene el deber de honrar sus obligaciones internacionales y a los principios como *pacta sunt servanda* y *bona fide*. Esto implica que el incumplimiento de las normas de un tratado, por ser declarado inaplicable a un caso concreto o inconstitucional con efectos generales, hará incurrir al Estado en responsabilidad internacional y pondrá en duda la coherencia y seriedad del Estado en la observancia de los compromisos internacionales. Todo lo cual es altamente inconveniente para Chile"⁹⁰.

⁸⁸ Sentencia citada, considerandos 56°, 58° y 65°.

⁸⁹ Sentencia citada, 71° y 72°.

⁹⁰ HENRÍQUEZ, MIRIAM. "Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de los tratados internacionales". *Revista de Estudios Constitucionales*, N° 1, año 5, 2007, pág. 121.

Señala otro autor que “por otra parte, el Estado de Chile es Estado parte de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, convención ratificada por Chile y vigente, lo que es obviamente conocido por el constituyente de 2005. La Convención sobre Derecho de los Tratados positiva un principio de *ius cogens* base del derecho internacional: el principio de buena fe y de cumplimiento de las obligaciones internacionales. En base al mismo se encuentra también el principio de que el Estado Parte no puede oponer su derecho interno, incluida la Constitución al cumplimiento de sus obligaciones internacionales (artículos 27 y 31 de la Convención). Dichas normas imperativas de derecho internacional son de aplicación directa e inmediata, las que junto con ser parte del derecho internacional son también parte de nuestro derecho chileno. Sabido es que las normas de *ius cogens* se imponen a todos los estados aun cuando estos no consintieren en ellas. (...). Por tanto, los enunciados normativos contenidos en las cláusulas de un tratado sólo pueden ser suspendidas, modificadas o derogadas de acuerdo con el derecho internacional, siendo intangibles a las decisiones unilaterales del Estado chileno, el que deberá cumplir sus obligaciones mientras no se concrete un acto válido y legítimo en el derecho internacional que desvincule al Estado parte de las obligaciones contenidas en el cuerpo normativo del tratado. Dicha perspectiva está jurisprudencialmente reconocida por la Excma. Corte Suprema de Justicia en fallos uniformes desde 1995. Asimismo, ello hoy está afirmado categóricamente por el propio artículo 54 N° 1 de la Constitución en análisis”⁹¹.

Sin embargo, hay parte de la doctrina que está de acuerdo con la postura asumida por el Tribunal Constitucional en la materia, señalando al respecto que “en primer lugar, la expresión ‘precepto legal’ ha incluido históricamente a los tratados internacionales que recaen sobre materias de ley. Tradicionalmente, el vocablo ‘precepto legal’ se ha interpretado como una expresión genérica, un concepto polivalente, análogo al de ‘norma legal’ en un sentido amplio, es decir, toda disposición asociada a dicho valor normativo, sin considerar el procedimiento de generación de la norma. Así lo entendía la doctrina y la jurisprudencia antes de la reforma constitucional del año 2005, al incluir dentro de esa expresión a los tratados internacionales, los decretos con fuerza de ley, los decretos leyes e incluso las leyes orgánicas constitucionales, todos los cuales difieren en su génesis del procedimiento de formación de la ley común. (...) De aceptarse la tesis que los tratados internacionales que recaen sobre materias del dominio legal no son ‘preceptos legales’, conllevaría ello entonces una prohibición constitucional de aprobar tratados internacionales que regularan, complementaran o limitaran las garantías que la Carta Fundamental establece, lo que escapa de la lógica constitucional chilena, pues haría que importantes tratados sobre derechos humanos quedarían sin sustento constitucional. Consecuentemente, consideramos que no puede interpretarse el término ‘precepto legal’ en términos tales que excluya a los tratados internacionales que recaen sobre materias de dominio legal, si consideramos la historia fidedigna de la norma, la práctica judicial y en una interpretación sistemática del texto fundamental”⁹².

⁹¹ NOGUEIRA, HUMBERTO. “Reforma Constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de los tratados internacionales”. *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, año 5, 2007, pág. 62.

Por otro lado, expresa el mismo autor que “algunos sostienen (...) que debe primar el Derecho Internacional frente a la Constitución, por la gravedad que conlleva incumplir el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. En otras palabras, son de la opinión que violar la Constitución, y seguirla violando día a día, al dejar vigente una norma contraria a ella, es un mal menor para salvaguardar el prestigio internacional de la República. No nos parece justificada esta postura, pues más vale asumir las consecuencias de un acto inconstitucional, que permanecer en una contravención permanente al Texto Fundamental. De aceptarse esta tesis, todo el andamiaje jurídico nacional quedaría cuestionado. Bastaría que una mayoría parlamentaria aprobara tratados internacionales en contravención a la Constitución y el Presidente de la República los ratificara, para que de esta manera ellos subsistieran en el orden interno, afectando la coherencia y sistematicidad de éste, como la supremacía constitucional. En realidad, es pagar un precio muy alto para cubrir descuidos internacionales. La tesis (...) incurre además en un extremismo interpretativo. Ello, dado que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados señala que si bien una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, ‘esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46’. Este artículo se refiere a la violación manifiesta de una norma fundamental del Derecho Interno concerniente a la competencia para la celebración de un tratado internacional, lo que puede acarrear la nulidad del tratado”⁹³.

Para terminar y zanjar la discusión, señala el autor que “al impulsarse la reforma constitucional, hubo intención unánime para incrementar las atribuciones del Tribunal Constitucional, señalándose expresamente en los debates en el Senado que se buscaba darle una competencia mucho más amplia a este órgano, al entregarle un control *a posteriori* de la ley, de los *tratados internacionales* y de los auto acordados. No se trata, entonces, de una voluntad oscura, que amerite una interpretación constitucional, sino que claramente la intención de la reforma fue perfeccionar el Estado constitucional y democrático de Derecho. Por lo anterior, y en una interpretación sistemática y finalista de la Constitución, ello es una expresión inequívoca del deseo del constituyente, en cuanto a que el Tribunal Constitucional goza de competencia para ejercer un control *a posteriori* de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”⁹⁴.

3. PROCEDE LA ACCIÓN EN CONTRA DE DECRETOS CON FUERZA DE LEY PUES SE TRATA DE UN “PRECEPTO CON RANGO LEGAL”

Manifiestándolo así el tribunal de manera bastante extensa en uno de sus pronunciamientos, en el cual, la alegación de la parte requerida, en aquel caso el Ministerio Público, señala que para analizar la constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley debe incoarse la acción contemplada en el N° 4 del art. 93 de la

⁹² RIBERA NEUMMAN, TEODORO. “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”. *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, año 5, 2007, pág. 108.

⁹³ RIVERA, TEODORO. Cit., pág. 109.

⁹⁴ RIVERA, TEODORO. Cit., pág. 109.

Constitución, por lo que no sería procedente la acción de inaplicabilidad, puesto que en el caso *sublite* no se trataba de un reclamo aplicado a un caso concreto, sino que uno de naturaleza abstracta, que dice relación con un eventual defecto de origen de la norma. Sin embargo, el tribunal desecha esta alegación, advirtiendo que “no puede sostenerse que esté vedado a las personas recurrir de inaplicabilidad respecto de una disposición contemplada en un *decreto con fuerza de ley, por el hecho de que el constituyente específicamente contemplara el numeral 4° del artículo 93 de la Constitución*. Para llegar a esta conclusión, se ha tenido presente que la creación de este Tribunal, durante la vigencia de la Constitución de 1925, se originó en la voluntad de consagrar un órgano que resguardara la supremacía de la Carta Magna, velando por el adecuado ejercicio de la soberanía por parte de las autoridades, así como por el respeto y promoción de los derechos fundamentales”, así, “uno de los fundamentos para traspasar la acción de inaplicabilidad de la H. Corte Suprema a este Tribunal, supremo guardián de la Constitución y no perteneciente al Poder Judicial, fue concentrar en este especialísimo órgano el control de constitucionalidad, ampliando su ámbito de competencia y permitiendo, además, que la cuestión pudiera ser formulada tanto por las partes como por el juez que conoce el asunto”, “si bien según el artículo 93, N° 6 de la Ley Fundamental, cuando se invoca una contravención a normas sustantivas, implica realizar un análisis concreto de las eventuales consecuencias contrarias a la Constitución que el precepto legal impugnado generará en la gestión judicial que se sigue, y de ahí entonces, que sus efectos se limitan a la causa o gestión de que se trata, *cuando la inaplicabilidad se funda en un vicio formal o procedimental del precepto legal, el control de constitucionalidad comprende un estudio nomogenético*, esto es, un análisis de la gestación y puesta en vigencia del precepto legal impugnado”. Luego indica el tribunal que “las expresiones vertidas por los parlamentarios que participaron en esta reforma a la Ley Fundamental durante la tramitación legislativa, no dejan duda alguna de que su objetivo fue consolidar un sistema de control de constitucionalidad más amplio y concentrado que el existente, aumentando así las atribuciones de este Tribunal Constitucional sustancialmente”, por lo que “*este Tribunal no visualiza un fundamento normativo o histórico-jurídico que permita sostener que no procede solicitar la inaplicabilidad de un precepto legal contemplado en un decreto con fuerza de ley, según el artículo 93, N° 6, de la Constitución, sea por razones de fondo o de forma*. Es más; por razones de certeza jurídica y protección de los derechos fundamentales, aplicando las normas constitucionales en su justa medida, no puede sino sostenerse que *este órgano jurisdiccional puede y debe asumir un control de constitucionalidad de los decretos con fuerza de ley cuando se vulneran las normas sustantivas que fundamentan su dictación, de acuerdo al artículo 93, N° 6, de la Constitución*. Por lo demás, *este Tribunal en diversas causas anteriores ha conocido vicios de forma de normas pertenecientes a otro tipo de legislación irregular, como es el caso de los Decretos Leyes*, sin que se cuestionara su competencia al respecto, como son los fallos recaídos en el artículo 116 del Código Tributario”.

Finalmente “de aceptarse una interpretación restrictiva que limitara la acción de inaplicabilidad sólo a cuestiones de fondo y no de forma, se estaría limitando el derecho de las personas de colaborar con la efectiva vigencia de la Constitución, vigilando a través de este Tribunal el cumplimiento pleno de la Carta Magna, y se podrían socavar importantes garantías constitucionales, como lo son las consa-

gradas en los numerales 3° y 26° del artículo 19 de la Constitución, que exigen que sean preceptos legales los que regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza”⁹⁵.

4. NO PROCEDE LA ACCIÓN QUE BUSCA IMPUGNAR ACTOS ADMINISTRATIVOS

Pues, “la Constitución ha contemplado la acción de inaplicabilidad como un medio de impugnar la aplicación de normas legales determinadas invocadas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable en la misma, por consiguiente; *no es posible que a través de ella se discuta, como se trata de hacer en la especie, sobre actuaciones administrativas*”⁹⁶. En el mismo sentido, el tribunal rechaza la acción habiéndose solicitado “la declaración de inaplicabilidad del artículo 44 de la Resolución N° 341, de 2005, de la Dirección General de Aguas (...), [por tanto] *lo que se impugna es un acto administrativo y no un precepto legal* como lo exige el artículo 93, inciso primero, N° 6, e inciso undécimo de la Constitución”⁹⁷, repitiendo lo mismo al señalar que se busca “declarar la inaplicabilidad de lo dispuesto en el Punto 4 y 9 de la Res. Ex. 3.114, de 1998, dictada por el Sr. Director Nacional del SAG” (pág. 48). Por tanto, *lo que se impugna es un acto administrativo, según lo señala el propio requirente, y no un precepto legal como lo exige el artículo 93, inciso primero, N° 6, e inciso undécimo de la Constitución, como presupuesto necesario para deducir la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante este Tribunal Constitucional*”⁹⁸.

Repite el tribunal el criterio, manifestando “que *tampoco es propio de la acción de inaplicabilidad el determinar si –en su caso– la actuación administrativa se ajusta o no a la ley*, lo que ciertamente es competencia de una acción de lato conocimiento, como por ejemplo la nulidad de derecho público”⁹⁹.

En otro requerimiento *rechazado* por impugnar actuaciones administrativas, nos dice el tribunal que “del análisis de las argumentaciones que sustentan la acción deducida en autos se concluye que *la impugnación se dirige en contra de la ya mencionada resolución de calificación ambiental dictada por la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región Metropolitana de Santiago, respecto de un proyecto presentado por la actora. Lo anterior, por cuanto sería la aplicación de aquel acto administrativo la que directamente podría derivar en eventual infracción de las garantías constitucionales invocadas*”¹⁰⁰.

⁹⁵ Sentencia Rol 1191 de 19 de mayo de 2009, considerandos 6°, 7°, 8°, 9°, 10°, 11°. Hay que destacar que dicho requerimiento fue rechazado, aunque con un voto en contra del Ministro don Marcelo Venegas Palacios.

⁹⁶ Sentencia Rol 777 de 16 de mayo de 2007, considerando 5°.

⁹⁷ Sentencia Rol 816 de 24 de julio de 2006, considerando 6°. En el mismo sentido, sentencia Rol 820 de 01 de agosto de 2007, sentencia Rol 782 de 06 de junio de 2007.

⁹⁸ Sentencia Rol 1283 de 18 de diciembre de 2008, considerando 6°.

⁹⁹ Sentencia Rol 523 de 19 de junio de 2007, considerando 7°.

¹⁰⁰ Sentencia Rol 1433 de 23 de julio de 2009, considerando 5°.

5. CONSECUENTEMENTE, TAMPOCO PROCEDE LA ACCIÓN CONTRA DECRETOS SUPREMOS, AL SER ÉSTOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Así lo señaló el tribunal respecto de una acción en que se solicitó la declaración de inaplicabilidad del Decreto Supremo N°124, de 2006, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, determinando su rechazo porque “*lo que se impugna es una norma reglamentaria y no un precepto legal como lo exige el artículo 93, inciso primero, N° 6, e inciso decimoprimer de la Constitución*”¹⁰¹. En el mismo sentido, establece el tribunal “que al haberse dirigido el presente requerimiento sustantivamente *en contra de un decreto supremo dictado por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria que le concede el artículo 32, N° 6, de la Carta Fundamental, y no de un precepto legal, como lo exige el artículo 93, inciso primero, N° 6 e inciso decimoprimer de la Constitución, no reúne los requisitos para dar curso a la presentación*”¹⁰².

En otro requerimiento, dispone el Tribunal Constitucional que “lo que se solicita, según el tenor expreso del requerimiento de la especie, *es la declaración de inaplicabilidad del Decreto Supremo N° 867, de 2008, del Ministerio de Justicia –que aprueba el Reglamento de la Ley N° 20.000–, esto es, lo que se impugna es un acto administrativo y no un precepto legal como lo exige el artículo 93, inciso primero, N° 6, e inciso undécimo de la Constitución, para deducir la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante este Tribunal Constitucional*”¹⁰³. Finalmente, y en el mismo sentido, “la acción deducida en autos persigue que este Tribunal declare la inaplicabilidad no sólo de una norma precisa de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, sino que, también, del artículo 64 del Reglamento de esa ley –cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido en el *Decreto Supremo N° 95, de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia–, que constituye un acto administrativo y no un precepto legal como lo exige el artículo 93, inciso primero, N° 6, e inciso undécimo, de la Constitución, situación que llevará a que se declare inadmisibles la acción en esta parte*”¹⁰⁴.

6. NO PROCEDE LA ACCIÓN CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES

Pues la inaplicabilidad “no sólo carece de gestión pendiente, sino también de precepto legal específico que inaplicar, pues lo que se persigue es revisar sentencias judiciales ya dictadas”¹⁰⁵. Sin embargo, algunos autores sostienen que podría producirse que el Tribunal Constitucional se transforme en una Corte de “supercasación”, al tener la última palabra acerca de la interpretación de las leyes conforme a la Constitución¹⁰⁶. Señala el tribunal al rechazar una acción interpuesta en contra

¹⁰¹ Sentencias Rol 743 de 15 de marzo de 2007, considerando 6°.

¹⁰² Sentencia Rol 706 de 30 de marzo de 2007, considerando 6°.

¹⁰³ Sentencia Rol 1147 de 01 de julio de 2008, considerando 5° y 6°.

¹⁰⁴ Sentencia Rol 1067 de 15 de mayo de 2008, considerando 6°.

¹⁰⁵ MASSMANN BOZZOLO, NICOLÁS. Cit., pág. 270.

¹⁰⁶ “El Tribunal Constitucional se erige en un tribunal de súper casación; y funcionalmente hablando, supraordenado al Poder judicial y a la Justicia Electoral, en el sentido que, en lo que respecta al control de constitucionalidad de una norma legal, la única y última palabra la tiene el Tribunal Constitucional”. VEGA, FRANCISCO Y ZÚÑIGA, FRANCISCO. Cit., pág. 155.

de resoluciones judiciales, que “el requerimiento no cumple con los presupuestos procesales establecidos para su admisión a trámite por la Carta Fundamental, toda vez que no se deduce en contra de un precepto legal cuya aplicación pudiere resultar contraria a la Constitución, *sino en contra de resoluciones dictadas por el Tribunal de la instancia, lo que en definitiva constituye una cuestión de recta interpretación de la ley que no se encuentra dentro del marco de atribuciones de este órgano de jurisdicción constitucional*”¹⁰⁷. El Tribunal Constitucional advierte que “*no le corresponde a esta magistratura revisar sentencias judiciales, sino declarar inaplicables preceptos legales cuya aplicación pueda resultar contraria a la Constitución*”¹⁰⁸. También en el mismo sentido, señala el tribunal que “*la acción de inaplicabilidad es una vía procesal inidónea para impugnar resoluciones judiciales de tribunales ordinarios o especiales con la finalidad de revocar, enmendar, revisar, casar, o anular éstas; ya que la guarda del imperio de la ley en el conocimiento, juzgamiento y ejecución de lo juzgado en general y de la sustanciación en particular en las causas civiles y criminales corresponde exclusivamente a los tribunales creados por ley a través de las vías procesales previstas en las leyes de enjuiciamiento*”¹⁰⁹, pues “como lo ha señalado reiteradamente esta Magistratura, la acción de inaplicabilidad no resulta procedente como mecanismo para impugnar resoluciones judiciales”¹¹⁰.

7. NO PROCEDE LA ACCIÓN IMPETRADA CONTRA AUTOS ACORDADOS

Pues se establece que “la requirente ha impetrado una acción de inaplicabilidad en contra de lo prescrito en un *Auto Acordado*, *sin exponer razón alguna de cómo y porqué esta Magistratura debiera considerarlo como un ‘precepto legal’, únicas especies de normas en contra de las cuales cabe accionar de inaplicabilidad*, conforme al tenor expreso del numeral 6° del artículo 93 de la Carta Fundamental”¹¹¹. A este respecto, cabe destacar que la Constitución en su artículo 93, N° 2 menciona como atribuciones del Tribunal Constitucional la de resolver sobre la constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones. Por lo tanto, el medio idóneo para controlar la constitucionalidad de los mismos no es la inaplicabilidad consagrada en el art. 93, N° 6 de la Carta Fundamental, sino precisamente la facultad mencionada en el N° 2 de dicha norma, cuyas características son muy diferentes al requerimiento de inaplicabilidad.

¹⁰⁷ Sentencia Rol 794 de 12 de junio de 2007, considerando 8°.

¹⁰⁸ Sentencia Rol 680 de 2006, y en el mismo sentido, sentencia Rol 531 de 2006, Rol 785 de 29 de mayo de 2007, sentencia Rol 841 de 2007. donde se señala expresamente que “según el tenor expreso del requerimiento, se pide la declaración de nulidad de una sentencia dictada por el Primer Juzgado Civil de Melipilla en la causa voluntaria que se individualiza, cuestión que no le corresponde a esta magistratura resolver” (cons. 6°). Otro ejemplo de requerimiento rechazado por impugnar sentencias judiciales en sentencia Rol 1321 de 04 de febrero de 2009.

¹⁰⁹ Sentencia Rol 1145 de 17 de marzo de 2009, considerando 2° de la prevención del Ministro don Raúl Bertelsen Repetto. En el mismo sentido, sentencia Rol 1214 de 09 de septiembre de 2008.

¹¹⁰ Sentencia Rol 1349 de 02 de abril de 2009, considerando 9°.

¹¹¹ Sentencia Rol 817 de 26 de julio de 2007, considerando 8° y 9°.

8. NO PROCEDE LA ACCIÓN CUANDO SE BUSCA ACLARAR EL SENTIDO QUE TIENEN DETERMINADOS PRECEPTOS LEGALES

Dado que esto último importa “una cuestión de legalidad cuya resolución es propia de los jueces de fondo”¹¹², señalando “que según lo expuesto en diversos pronunciamientos de admisibilidad en materia de inaplicabilidad, *no le corresponde a este órgano jurisdiccional, en sede de inaplicabilidad, acoger un requerimiento que solicita la declaración de inconstitucionalidad de la interpretación de un precepto legal* –sea que haya sido efectuada por una entidad administrativa o por un tribunal–. Lo anterior, inexorablemente, se encuentra vinculado al criterio de hermenéutica constitucional, también ya expuesto por esta Magistratura, en orden a que no debe pronunciarse por la inconstitucionalidad de la aplicación de una norma si ésta, correctamente interpretada, admite un entendimiento conforme a la Carta Fundamental (véase sentencia Rol N° 1337, de 20 de agosto de 2009)”¹¹³.

El tribunal reitera este criterio en numerosas sentencias manifestando que “incurre, nuevamente, en el mismo error del requerimiento, esto es, *plantear un problema de interpretación del precepto legal aplicable y no relativo a su constitucionalidad*” pues “*no es esta Magistratura la encargada de determinar el sentido y alcance de esa norma legal, pues le corresponde únicamente discernir si la aplicación de tal precepto es o no contrario a la Constitución*”¹¹⁴. Reitera lo mismo en otra sentencia, respecto de la cual se solicitaba su pronunciamiento acerca de “la interpretación que la Administración del Estado hace del ordenamiento jurídico que rige la privación del dominio a través de una expropiación (...). Por su carácter, se trata de un asunto que compete a los jueces de fondo resolver, competencia que este Tribunal debe respetar”¹¹⁵.

Es interesante advertir que el tribunal establece “que a esta Magistratura *no le incumbe establecer si determinados hechos constitutivos de una controversia judicial se ajustan a una descripción legal* –función del juez de la causa–, sino calificar la compatibilidad de un precepto legal en su aplicación en dicha gestión a las normas constitucionales”¹¹⁶.

Finalmente, indica el tribunal que “se desprende con claridad que lo que persigue su acción es que este Tribunal Constitucional *aclare el sentido del tipo penal* que se contiene en la norma legal que impugna y tal pretensión resulta ajena a la atribución que el artículo 93, inciso primero, N° 6, de la Constitución le confiere a esta Magistratura en ejercicio de la jurisdicción constitucional. A mayor abundamiento, es dable advertir que *una petición como la descrita constituye una cuestión de legalidad cuya resolución es propia de los jueces del fondo*, competencia que este Tribunal está obligado a respetar en virtud de lo dispuesto en el artículo 7° de la Constitución”¹¹⁷.

¹¹² Sentencia Rol 785 de 29 de mayo de 2007, considerando 5°. En el mismo sentido sentencia Rol 552 de 2006.

¹¹³ Sentencia Rol 1380 de 03 de noviembre de 2009, considerando 13°.

¹¹⁴ Sentencia Rol 824 de 14 de agosto de 2007, considerando 12°. En el mismo sentido, sentencia Rol 1120 de 16 de septiembre de 2008.

¹¹⁵ Sentencia Rol 706 de 30 de marzo de 2007, considerando 12°.

¹¹⁶ Sentencia Rol 549 de 30 de marzo de 2007, considerando 9°.

¹¹⁷ Sentencia Rol 1172 de 07 de octubre de 2008, considerando 7°.

9. EL REQUERIMIENTO DEBE SEÑALAR DE MANERA ESPECÍFICA EL PRECEPTO LEGAL QUE SE IMPUGNA

Pues no cabe la inaplicabilidad respecto de “impugnaciones genéricas y abstractas”¹¹⁸, dado que “la falta de determinación impide al tribunal identificar el conflicto constitucional preciso que debe resolver”¹¹⁹. Considerando los importantes efectos de la Acción de Inaplicabilidad, esto es, la inaplicación de un precepto legal válido por contrariar la Constitución, es que el Tribunal ha declarado expresamente que no cabe la inaplicabilidad respecto de impugnaciones genéricas y abstractas. Señala el tribunal “en la especie, se solicita al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de *diversos textos legales señalados en forma indeterminada y genérica*, sin precisar tampoco las normas constitucionales que se consideran vulneradas y la forma en que se produciría su supuesta infracción; en razón de lo señalado en los considerandos anteriores, no se da cumplimiento a la necesidad de la suficiente determinación del o de los preceptos legales que se consideren violatorios de la Carta Fundamental”¹²⁰.

En virtud de este criterio, se han rechazado requerimientos por no indicar los preceptos legales específicos que se trata de impugnar porque “*no plantea concretamente la peticionaria una pretensión de inaplicabilidad de normas supuestamente inconstitucionales, sino que se limita –en forma por lo demás vaga y confusa– a formular quejas que trasuntan su disconformidad con lo actuado y decidido por un juez del crimen en el marco de un proceso penal, planteando asuntos de simple o mera legalidad que no se encuentran entregados al conocimiento y fallo de ésta jurisdicción constitucional*”¹²¹. En este sentido, y respecto de un requerimiento intentado contra el DFL 153, de 1981, del Ministerio de Educación, el tribunal declaró “que la presente acción de inaplicabilidad se encuentra dirigida, *contra diversos textos legales en su conjunto y de manera completa y genérica, todo lo cual ciertamente no es consistente con la filosofía de la acción de inaplicabilidad, la que supone individualización de preceptos legales concretos y determinados que en su aplicación produzcan efectos contrarios a la Carta Fundamental*”¹²².

De la misma forma, *el tribunal se pronuncia sólo respecto de aquellos preceptos legales que fueron mencionados en la parte petitoria del requerimiento*, así, señalando por vía ejemplar, el tribunal ha establecido que “dado que sólo se impugnan los artículos 15 y 16, este Tribunal debe descartar como objeciones de constitucionalidad las que no tienen que ver con estos preceptos”¹²³. Consecuentemente, “el principio de la competencia específica *obliga a esta Magistratura a limitarse a decidir en el marco de lo planteado por el requirente*, lo que se traduce en que esta Magistratura no puede

¹¹⁸ Sentencia Rol 523 de 19 de junio de 2007, considerando 5°. En el mismo sentido, sentencia Rol 495 de 30 de mayo de 2006.

¹¹⁹ MASSMANN BOZZOLO, NICOLÁS. Cit., pág. 270.

¹²⁰ Sentencia Rol 1048 de 13 de marzo de 2008, considerando 8° y 9°. En el mismo sentido, sentencia Rol 497 de 2006, sentencia Rol 743 de 15 de marzo de 2007, sentencia Rol 816 de 24 de julio de 2007, sentencia Rol 820 de 01 de agosto de 2007.

¹²¹ Sentencia Rol 471 de 12 de abril de 2006, considerando 5°.

¹²² Sentencia Rol 523 de 19 de junio de 2007, considerando 5°.

¹²³ Sentencia Rol 1298 de 03 de marzo de 2010, considerando 7°.

examinar la constitucionalidad de la aplicación de preceptos no impugnados por la requirente”¹²⁴.

También, *el tribunal se abstiene de pronunciarse sobre aquellos preceptos legales que no fueron impugnados*, sentenciando, a modo de ejemplo, que “el artículo 9 del Decreto Ley N° 825 no ha sido impugnado y esta Magistratura no puede excederse de sus competencias resolviendo *ultra petita*, de manera implícita o explícita, la inaplicabilidad de un precepto no sometido a su imperio ni menos modificar una ley vigente”¹²⁵.

10. NO PROCEDE CONTRA RESOLUCIONES QUE, A JUICIO DE QUIEN INTERPONE LA ACCIÓN, VULNEREN DERECHOS FUNDAMENTALES GARANTIZADOS EN LA CARTA FUNDAMENTAL

En este sentido, el tribunal diferencia su misión de aquella que tiene el Recurso de Protección, que es el medio procesal consagrado para evitar la transgresión a las garantías fundamentales, cuando ello se produce en una resolución, advirtiendo que “nuestra tarea se circunscribe a precisar si la aplicación *del precepto legal impugnado a la resolución del recurso de protección interpuesto puede traer consigo efectos contrarios a las normas constitucionales* que el actor pretende transgredidas y no, en cambio, a juzgar si la conducta misma de la Isapre al rehusarse a homologar el tratamiento de braquiterapia al de prostatectomía radical vulnera la Carta Fundamental, *pues este último examen del actuar de la Isapre es objeto precisamente del recurso de protección consagrado en el artículo 20 de la Constitución (...)*. De ese modo y obrando dentro de la competencia referida en el considerando anterior, *este Tribunal respeta la clara diferenciación entre el recurso de protección (que envuelve un enjuiciamiento de la constitucionalidad del acto u omisión reprochado) y la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*, misma que, en su esencia, entraña un juicio de conformidad o disconformidad entre los efectos que produciría la aplicación de la *norma legal* denunciada en la gestión pendiente y la preceptiva constitucional correspondiente”¹²⁶.

Es interesante señalar que las circunstancias del caso concreto cobran fundamental relevancia, pues, si bien a través de la Acción de Inaplicabilidad no se puede impugnar resoluciones judiciales que vulneren derechos garantizados en la Carta Fundamental, como dice el criterio, *si se permite en cambio impugnar preceptos legales que formen parte de una resolución, siempre y cuando se trate de preceptos legales determinados y que el requerimiento se dirija a demostrar la inconstitucionalidad de éstos*. Ejemplo de ello lo vemos en un pronunciamiento del tribunal donde se solicitó la inaplicabilidad del art. 2331 del Código Civil. El requirente de la causa, intentó una demanda de indemnización de perjuicios por daños morales ante el Ministro de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por imputaciones falsas e injuriosas de que había sido víctima. El tribunal de alzada desechó dicha demanda, basándose en el art. 2331 del Código Civil, el cual, como sabemos, no permite la indemnización del daño moral ante este tipo de ilícitos civiles. Sin embargo, el requirente apeló a dicha resolución, y además accionó de inaplicabilidad, pero fundamentan-

¹²⁴ Sentencia Rol 1204 de 28 de mayo de 2009, considerando 23°.

¹²⁵ Sentencia Rol 1006 de 22 de enero de 2009, considerando 7°, por el rechazo del recurso.

¹²⁶ Sentencia Rol 1266 de 29 de enero de 2009, considerando 4° y 5°.

do su requerimiento no en la resolución judicial dictada, la que le causaba perjuicio, sino en el art. 2331 del Código Civil y su infracción a la norma constitucional del art. 19 N° 4 de la Constitución, entre otras. Así, el tribunal luego de analizar el fondo del asunto, declaró que “no cabe sino concluir que la aplicación del artículo 2.331 del Código Civil en la gestión judicial pendiente respecto de la cual se ha accionado, resulta contraria a la Constitución”¹²⁷. En síntesis, la argumentación de la parte requirente y la forma en cómo expone el vicio de constitucionalidad es fundamental para determinar el rechazo o aceptación del requerimiento.

11. LA ACCIÓN NO PROCEDE CUANDO SE BUSCA DETERMINAR CUÁL ES LA INTERPRETACIÓN LEGAL QUE DEBE PREFERIRSE PARA RESOLVER UN CONFLICTO

Así, ha señalado el tribunal que “lo que se plantea por el requirente constituye una cuestión de *interpretación de la ley*, asunto éste ajeno al marco de atribuciones de este órgano de jurisdicción constitucional en sede de inaplicabilidad, como ya lo ha expresado esta Magistratura en pronunciamientos anteriores”¹²⁸. Declara igualmente que “sin perjuicio de lo expuesto, cabe tener presente que el requerimiento se estructura sobre la base de un *conflicto de legalidad, en relación a la determinación de la ley aplicable, de su vigencia en el tiempo y de su relación con otros preceptos, lo que corresponde determinar al juez del fondo*, situación que no se concilia con lo que corresponde resolver a esta Magistratura en una acción de inaplicabilidad”¹²⁹.

Ejemplo de este criterio lo vemos en una causa en la que se interpuso una acción de inaplicabilidad “donde la requirente se limita a formular *quejas* que trasuntan su disconformidad con los objetivos trazados por el legislador al tiempo de avocarse al establecimiento de la sobretasa tributaria respecto de ciertos bienes raíces”, expresando el tribunal “que *no es una materia que corresponda plantear a través de una acción de inaplicabilidad, la oposición que una persona sostenga respecto de la interpretación que le ha dado un organismo de la Administración del Estado, en este caso, el Servicio de Impuestos Internos, a un determinado precepto legal aplicable al área de sus funciones*. Esa clase de asuntos genera un conflicto de legalidad que no compete resolver a esta Magistratura Constitucional, sino que es propio de los jueces del fondo”¹³⁰. Ha rechazado entonces argumentaciones que “por decir relación con *cuestiones de mera legalidad y de interpretación de una norma legal*, no son propias del

¹²⁷ Sentencia Rol 1185 de 16 de abril de 2009, considerando 18°. Sin embargo, en dicho pronunciamiento hay un voto en contra del Ministro don Francisco Fernández Fredes, quien señala “tratándose, como en la especie, de un tipo de daño que no tiene expresión o trasunto pecuniario, es perfectamente posible que el legislador conciba otras formas eficaces para darle adecuado resguardo a un bien tan inmaterial como la honra de una persona, distintas de su resarcimiento en dinero, como podría ser, verbigracia, la imposición al autor del agravio de la obligación de publicar, a su costa, el texto íntegro de la sentencia condenatoria, con lo cual podría entenderse que se está resarciendo el buen nombre del ofendido en forma más idónea” (N° 3 de la disidencia).

¹²⁸ Sentencia Rol 1049 del 13 de octubre de 2008, considerando 7°.

¹²⁹ Sentencia Rol 1451 de 15 de octubre de 2009, considerando 15°.

¹³⁰ Sentencia 782 de 06 de junio de 2007, considerandos 6° y 7°. Mismo sentido sentencia Rol 1353 de 24 de noviembre de 2009.

examen de constitucionalidad que procede efectuar en sede de inaplicabilidad, sino más bien deben ser resueltas por los jueces de la instancia”¹³¹.

De la misma forma manifiesta que “a este Tribunal no le compete ordenar que *una causa sea conocida o resuelta conforme a determinados preceptos legales*, lo que es propio de los jueces del fondo, sino evitar la aplicación de preceptos legales que puedan producir efectos inconstitucionales”¹³², “ni menos establecer el alcance y límite del supuesto de hecho que motiva la aplicación de una norma infraconstitucional, lo que es propio de los jueces del fondo, sino que está llamada, por vía de requerimiento, a evitar la aplicación de preceptos legales que puedan producir efectos inconstitucionales”¹³³.

12. NO PROCEDE LA ACCIÓN QUE INTENTA MODIFICAR LA INTERPRETACIÓN DE UN PRECEPTO LEGAL

Ello porque esa labor es exclusiva del legislador. En este sentido, “*el Tribunal Constitucional no legisla ni administra, ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control. Sólo debe resolver si dichos actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales. De una parte, debe velar por que la ley (...) no vulnere los límites constitucionales y, de otra, no puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de la función pública que le corresponde al Congreso Nacional. (...) El Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar por que la ley, o más bien su aplicación a un caso concreto, efectivamente, no vulnere los límites constitucionales, lo que significa, a la vez, la garantía de cierta esfera de autonomía del legislador, que comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito, conveniencia y oportunidad que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa orgánica. De este modo, como se ha consignado por esta Jurisdicción Constitucional, sólo cuando el Congreso Nacional excede su ámbito de atribuciones, infringiendo los márgenes contemplados en el texto, principios o valores esenciales de la Carta Fundamental, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido*”¹³⁴.

De la misma forma, rechaza el tribunal requerimientos cuando “lo que el requirente solicita, en consecuencia, no es que se le deje de aplicar un precepto legal por ser contrario a la Constitución, que es la tarea que la Carta Fundamental confiere a esta Magistratura, sino que el precepto le sea aplicado, pero *que este Tribunal altere la norma y más precisamente que le cambie los efectos queridos por el legislador (...)*. La solicitada es una tarea distinta a la de inaplicar preceptos (que cierta doctrina suele denominar de legislador negativo). El intentado es un requerimiento para modificar la ley, en un sentido que, aunque pudiera considerarse más acorde con

¹³¹ Sentencia Rol 1140 de 14 de enero de 2009, considerando 61°. En el mismo sentido, sentencia Rol 1196 de 08 de septiembre de 2008.

¹³² Sentencia Rol 806 de 11 de diciembre de 2007, considerando 5°.

¹³³ Sentencia Rol 1006 de 22 de enero de 2009, considerando 12°, por el rechazo del requerimiento.

¹³⁴ Sentencia Rol 616 de 06 de septiembre de 2007, considerandos 42° y 43°. En el mismo sentido, sentencia Rol 591 de 2006, sentencia Rol 664 de 30 de mayo de 2007.

la Constitución, esta Magistratura no puede acometer sin exorbitar la competencia que la Constitución le asigna”¹³⁵.

13. DE LA MISMA FORMA, LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD NO PROCEDE CUANDO SE BUSCA IMPUGNAR ACTOS QUE SE ESTIMAN ILEGALES

Así ha declarado el tribunal que “*la eventual violación de preceptos de jerarquía legal por un tribunal ordinario o especial no es algo que pueda corregirse por la vía de inaplicar esos mismos preceptos legales*”¹³⁶ pues, “*la inaplicabilidad no es vía idónea para declarar que un Tribunal ha actuado ilegalmente, aunque se alegue que, con ese actuar ilegal, se haya excedido la competencia y con ello afectado la Carta Fundamental; pues la acción constitucional referida sólo está llamada a pronunciarse en caso que la afectación de la Constitución Política se produzca en razón de la aplicación de lo dispuesto en un precepto legal*”¹³⁷. En el mismo sentido, “no es competencia de esta Magistratura resolver acerca de la eventual aplicación incorrecta o abusiva de un determinado precepto que pudiere efectuar un tribunal, la que corresponderá corregir a través de los diversos recursos que contemplan las leyes de procedimiento”¹³⁸.

Sin embargo, nos parece que este criterio del tribunal no es absoluto, y si bien reconoce que “incumbe a los jueces de la instancia, al resolver el asunto sometido a su conocimiento, *interpretar los preceptos que lo regulan, la magistratura constitucional no puede prescindir –para calificar los efectos constitucionales de su aplicación– de la estimación de su sentido y alcance, máxime si de la supremacía constitucional deriva la preferencia, entre las posibles que se contradigan, de una interpretación de la norma legal que se ajuste a la Ley Fundamental*”¹³⁹.

14. NO PROCEDE LA INTERPOSICIÓN DE LA ACCIÓN CUANDO SE BUSCA QUE EL TRIBUNAL SE PRONUNCIE SOBRE CUESTIONES DE MÉRITO

A señalado, de la misma forma, que “esta Magistratura está llamada a decidir solamente sobre la inaplicabilidad de los preceptos ya extensamente considerados, y no a efectuar un juicio de mérito sobre los tribunales competentes, lo actuado por ellos, los procedimientos aplicados y el tiempo transcurrido durante su substanciación, lo que descarta, consecuentemente, que pueda emitirse pronunciamiento de constitucionalidad y declarar inaplicable lo decidido por una sentencia de los tribunales que intervienen en un proceso, potestad de la cual además carece esta Magistratura”¹⁴⁰, manifestando a mayor abundamiento que “este Tribunal no puede emitir un pronunciamiento valorativo sobre hechos litigiosos de la gestión pendiente, cuyo establecimiento pareciera ser clave para la resolución del asunto. Cabe seña-

¹³⁵ Sentencia Rol 626 de 16 de enero de 2007, considerando 9°.

¹³⁶ Sentencia Rol 1421 de 08 de agosto de 2009, considerando 6°.

¹³⁷ Sentencia Rol 1445 de 29 de enero de 2010, considerando 39°. En el mismo sentido, sentencia Rol 1421 de 08 de agosto de 2009. Sentencia Rol 1145 de 17 de marzo de 2009, considerando segundo de la prevención del Ministro don Raúl Bertelsen Repetto.

¹³⁸ Sentencia Rol 1344 de 26 de marzo de 2009, considerando 12°.

¹³⁹ Sentencia Rol 1239 de 22 de enero de 2009, considerando 9°.

¹⁴⁰ Sentencia Rol 664 de 30 de mayo de 2007, considerando 21°.

lar que la ponderación de los mismos corresponde a los jueces del fondo, por ser también un tema de legalidad ordinario y estar dentro de su competencia relativa a la gestión, no correspondiendo que esta Magistratura los pondere”¹⁴¹.

En el mismo sentido, advierte que “tratándose de un examen de constitucionalidad, aunque concreto, la acción de inaplicabilidad no es la vía idónea para examinar si en un determinado procedimiento administrativo se han aplicado o no correctamente los preceptos legales a los que él mismo debió ceñirse”¹⁴².

Para terminar, “como este Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de señalar con ocasión de diversos pronunciamientos de admisibilidad de acciones de inaplicabilidad, ante este tipo de solicitudes, *se encuentra obligado a respetar la competencia de los jueces del fondo*, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 7° de la Constitución y en conformidad con el principio de deferencia razonada hacia los poderes del Estado”¹⁴³.

15. PROCEDE LA ACCIÓN PARA SOLICITAR LA DECLARACIÓN DE INAPLICABILIDAD DE SÓLO UNA PARTE DE UN PRECEPTO LEGAL

Es decir, se puede solicitar la inaplicabilidad respecto de *fragmentos de un artículo o componentes de enunciados normativos*¹⁴⁴. Dice el tribunal, entonces, que “una unidad de lenguaje debe ser considerada un ‘precepto legal’, a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, *cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución y de dejar de producirlo en caso de ser declarada inaplicable (...) para que una unidad lingüística pueda ser considerada una norma o precepto legal de aquellos que trata el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa o autárquica*”¹⁴⁵.

Así, se han presentado requerimientos donde se solicita, por ejemplo, la inaplicabilidad “de la oración ‘cuando lo interpusiere el Ministerio Público’ contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal”, señalando luego el tribunal “que como puede apreciarse la frase aludida, es obviamente un precepto legal en los términos que señala el artículo 93 N°6 de la Constitución Política de la República, desde que tiene *autonomía propia y se basta a sí misma*”¹⁴⁶.

Consecuentemente, el tribunal precisa que “para que una unidad lingüística pueda ser considerada precepto legal de aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, *no es necesario que sea completa sino que se baste a sí misma o sea autosuficiente*”¹⁴⁷, manifestando luego que “por lo demás en diversas sentencias se han declarado inaplicables partes de una disposición o inciso. Así, se ha declarado inaplicables las expresiones ‘procediendo de plano’, contenida en el artículo 539 del Código Orgánico de Tribunales, y “en cuenta, salvo que estime conveniente”,

¹⁴¹ Sentencia Rol 1006 de 22 de enero de 2009, considerando 13°, por el rechazo del requerimiento.

¹⁴² Sentencia Rol 1141 de 17 de marzo de 2009, considerando 5°.

¹⁴³ Sentencia Rol 1129 de 17 de junio de 2008, considerando 6°.

¹⁴⁴ MASSMANN BOZZOLO, NICOLÁS. Cit., pág. 273.

¹⁴⁵ Sentencia Rol 1204 de 28 de mayo de 2009, considerando 6°.

¹⁴⁶ Sentencia Rol 1535 de 28 de enero de 2010, primer párrafo de los Vistos, y considerando 7°.

¹⁴⁷ Sentencia Rol 1535 de 28 de enero de 2010, considerando 3° y 4°.

en los autos Rol 747/2007. Del mismo modo, se ha procedido en relación a las expresiones “y establecidos en virtud del Reglamento que para estos efectos fije el Ministerio de Educación y el Instituto Nacional del Deporte”, a que alude el artículo 2° de la Ley N° 20.033, modificatoria del cuadro anexo N° 1 de la Ley de Impuesto Territorial N° 17.235 (Roles N° 718, 773 y 759, todos de 2007). A su turno, en los autos Roles N° 755-2007, 1138-2008 y 1140-2008, se ha declarado inaplicable la expresión “gratuitamente” a que alude el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales. Adicionalmente se ha efectuado similar pronunciamiento respecto de las expresiones “para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa, contenidas en el inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario (Rol 1729-2008), recientemente incluso declaradas inconstitucionales (Rol 1345-2009)”.

Precisa el tribunal, también “que tampoco basta con que un enunciado normativo se encuentre ubicado en un mismo artículo o siquiera en un mismo inciso de una ley para que deba ser considerado precepto legal, pues en tales unidades formales pueden contenerse varias normas distinguibles, como cuando en un mismo inciso se describen dos o más hipótesis unidas copulativa o disyuntivamente (si se verifica tal y/o cual conducta jurídica) o, de igual modo, cuando a una misma conducta un inciso puede atribuirle dos o más consecuencias unidas copulativa o disyuntivamente (debe seguirse tal y/o cual consecuencia jurídica). Ejemplos sencillos pueden hacer más claro este argumento. Un mismo inciso puede describir dos conductas, las de sustraer un bien ajeno o la de tener malos pensamientos y atribuirles la sanción de una pena privativa de libertad. Entonces, un Tribunal Constitucional podría objetar una sola de las dos hipótesis contenidas en un mismo inciso de un artículo”. Termina la sentencia determinando que “en consecuencia, es efectivo que un precepto legal puede ser sólo una parte del enunciado normativo que compone un mismo artículo o inciso de una ley y es perfectamente posible que el ‘precepto’ que resulta contrario a la Constitución sea parte de un artículo o sólo parte de un inciso”¹⁴⁸.

A mayor abundamiento, el tribunal ha declarado, por ejemplo, “que son inaplicables las siguientes disposiciones contenidas en el Código Orgánico de Tribunales: 1° a) las expresiones ‘procediendo de plano’ que se encuentran entre comas en el inciso segundo del artículo 539 del Código Orgánico de Tribunales; b) las expresiones ‘en cuenta, salvo que se estime conveniente’, contenidas en el inciso tercero del artículo 551 del mismo código; 2° Que lo dispuesto en los artículos 536, 539, inciso segundo, y 544 N° 4 del Código Orgánico de Tribunales pueden aplicarse en la gestión pendiente indicada en el numeral 1° sólo para sancionar a la requirente por conductas específicas que le sean atribuibles (...); 3° Que se rechaza en todo lo demás la acción de inaplicabilidad interpuesta”¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Sentencia Rol 626 de 16 de enero de 2007, considerando 7°.

¹⁴⁹ Sentencia Rol 747 de 30 de agosto de 2007, parte declarativa. Dicha sentencia fue acordada con el voto en contra de algunos ministros, pues consideraron “Que del mismo modo debe tenerse presente que al eliminar la frase “de plano” a que alude el artículo 539 del Código Orgánico de Tribunales, ello no transforma por sí mismo la vista de la causa en relación, dado que de conformidad a las normas contenidas en los Códigos Orgánico de Tribunales y de Procedimiento Civil los asuntos, por regla general, se ven en cuenta, salvo norma

Más interesante aún resulta una sentencia del tribunal, donde *expone de manera detallada las razones por las cuales se puede inaplicar sólo partes de un artículo*. Así respecto de una declaración de inaplicabilidad solicitada por el art. 5° de la ley 18.900, el tribunal determinó inaplicar sólo una parte de él, señalando respecto a la contradicción del precepto legal a la Carta Fundamental que “debe ahora precisarse que lo que produciría tal efecto no es todo el contenido normativo del artículo en cuestión”, pues “la Constitución ordena que esta Magistratura inaplique los preceptos contrarios a la Carta Fundamental y lo que resulta contrario a la Carta Fundamental no es –como se ha demostrado– todo el contenido del artículo, sino sólo la existencia de la condición referida. Es un principio generalmente aceptado en todas las jurisdicciones constitucionales del mundo que la invalidación o inaplicación de las normas, por respeto a los poderes colegisladores, debe limitarse estrictamente a aquello que resulta contrario a la Carta Fundamental”. En síntesis, sentencia el Tribunal en este interesante fallo que “declarar inaplicable todo el artículo implicaría entonces mantener y acrecentar el efecto contrario a la Constitución que el mecanismo de la inaplicabilidad ha procurado evitar”. Finalmente, nos indica el tribunal que “la expresión ‘precepto legal’, como ya ha resuelto esta Magistratura, es equivalente a la de norma jurídica (de rango legal), la que puede estar contenida en una parte, en todo o en varios de los artículos en que el legislador agrupa las normas de una ley”¹⁵⁰.

Sin embargo, el tribunal precisa este criterio, reiterando que la parte del precepto legal impugnado debe ser un todo y bastarse a sí misma. Así, y en el mismo pronunciamiento que veníamos analizando, declara el tribunal que “sin embargo, en el caso de autos dicho presupuesto no se cumple a cabalidad, desde que si bien se dirige en contra de dos frases contenidas en el inciso primero del artículo 22 del DFL N° 1, de 2005, referidas a la circunstancia de que ‘el Tribunal podrá llamar a las partes a conciliación’ y a que ‘acordada una conciliación, el Tribunal se pronunciará sobre ella dándole su aprobación’, lo cierto es que el precepto legal tiene un alcance más amplio y preciso que el que se pretende por la requirente”. En efecto, “resulta evidente que en el caso de autos la segunda frase impugnada no se puede considerar en los términos aislados en que se objeta como precepto legal, desde que se ha omitido parte fundamental de la misma como es la circunstancia de que la conciliación aprobada por el tribunal “no atente contra la libre competencia”, resultando ilógico que se elimine esta última oración, la que en su conjunto conforma un todo orgánico e indivisible o una unidad de lenguaje con el resto del precepto que puede producir efectos jurídicos, razón por la cual este Tribunal no puede declarar admisible una presentación efectuada en dichos términos; (...) confirmando lo anterior, no debe olvidarse la circunstancia de que, como consecuencia de haberse pronunciado al menos una sentencia de inaplicabilidad, sería posible iniciar una acción de inconstitucionalidad tendiente a producir la expulsión del ordenamiento jurídico del precepto legal en cuestión. Ello resultaría imposible

expresa en contrario. Por lo demás, la pretensión de que la materia en concreto sea vista en relación, esto es, con alegatos orales de las partes, como lo sugiere el considerando 11° del fallo, importaría transformar al juez constitucional en legislador, lo que ciertamente resulta inaceptable al tenor de lo preceptuado en los artículos 6°, 7° y 93 de la Constitución Política de la República” (considerando 11° de la disidencia).

¹⁵⁰ Sentencia Rol 944 de 13 de mayo de 2008, considerandos 17° y 18°. En el mismo sentido, sentencia Rol 1416 de 14 de julio de 2009.

en una situación como la planteada en autos, desde que se mantendrían vigentes partes de las disposiciones que se encuentran vinculadas estrecha e indisolublemente con las frases impugnadas, como lo es en este caso el que la conciliación no puede atentar contra la libre competencia, que es ni más ni menos que el bien jurídico tutelado en la normativa que se impugna, en estricta concordancia con lo preceptuado en el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental¹⁵¹.

16. NO PROCEDE LA ACCIÓN CUANDO SE TRATA DE RESOLVER UN CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO

Manifestando el tribunal que “fluye con claridad que en la especie estamos en presencia de un *conflicto de sucesión de leyes en el tiempo* (...). Que el tipo de controversia caracterizado en el razonamiento precedente es de aquellos que, según el criterio sostenido por la jurisprudencia de este Tribunal, así como por la de los Tribunales Superiores de Justicia corresponde dilucidar a los jueces del fondo”¹⁵². En el mismo sentido, el tribunal redundando en la idea, señalando que “este Tribunal no se pronunciará, en el entendido que tal reproche envuelve una cuestión relativa a la *aplicación de la ley en el tiempo que sólo compete resolver a los jueces del fondo*. Como esta Magistratura ha tenido oportunidad de señalar con ocasión de diversos pronunciamientos de admisibilidad de acciones de inaplicabilidad, ante este tipo de solicitudes, se encuentra obligada a respetar la competencia de los jueces del fondo, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 7° de la Constitución y en conformidad con el principio de deferencia razonada hacia los poderes del Estado”¹⁵³.

Es importante advertir que, si bien dicho criterio compete directamente al requisito en estudio, no es menos cierto que el tribunal lo ha relacionado con el requisito N° 6, esto es, que *la impugnación esté fundada razonablemente*, indicando el tribunal que “no puede considerarse como razonablemente fundado un requerimiento de inaplicabilidad si, como en el deducido en estos autos, sólo se formula un cuestionamiento acerca de la aplicación de determinadas normas legales en el tiempo, lo cual compete resolver a los jueces del fondo y, por ende, no es de incumbencia de esta Magistratura Constitucional”¹⁵⁴.

Finalmente, termina señalando el Tribunal Constitucional, de manera tajante, que se “ha sostenido que aunque *la entrada en vigencia de un precepto legal sea anterior a la de la norma constitucional con la que resultaría contraria en su aplicación judicial, ello no es obstáculo para su impugnación por la vía de la acción de inaplicabilidad*”, pues “si el Tribunal Constitucional se inhibiera de actuar porque en la gestión judicial en que incide el requerimiento se ha planteado la derogación tácita de los preceptos legales cuya inaplicabilidad se ha solicitado, bien pudiera ocurrir que, en definitiva, el tribunal de la causa los estimara vigentes, con lo que se eludiría la decisión, que es propia de esta Magistratura Constitucional, en torno a la aplicación conforme o contraria con la Constitución de un precepto legal”¹⁵⁵.

¹⁵¹ Sentencia Rol 1416 de 14 de julio de 2009, considerando 8°, 9°, 11° y 12°.

¹⁵² Sentencia Rol 513 de 02 de enero de 2007, considerandos 6° y 7°.

¹⁵³ Sentencia Rol 790 de 11 de diciembre de 2007, considerando 29°.

¹⁵⁴ Sentencia Rol 839 de 13 de septiembre de 2007, considerando 6°.

¹⁵⁵ Sentencia Rol 991 de 29 de enero de 2009, considerando 5°.

17. NO PROCEDE LA ACCIÓN RESPECTO DE PRECEPTOS LEGALES QUE YA NO FORMAN PARTE DEL ORDENAMIENTO LEGAL APLICABLE

Algunos de ellos respecto a la declaración de inaplicabilidad del art. 116 del Código Tributario, por cuanto a la fecha de la interposición de esas acciones, el artículo ya se encontraba derogado por sentencia de inconstitucionalidad, pues “resulta básico reconocer que, para ser objeto del control concreto de constitucionalidad que se solicita, *el precepto legal impugnado debe considerarse vigente a menos que conste su derogación*, pues, de lo contrario, no existe como tal y, a esta fecha, consta que la norma impugnada carece de vigencia, precisamente porque fue expulsada del sistema jurídico con efectos derogatorios por este mismo Tribunal, por sentencia de 26 de marzo de 2007, en ejercicio de sus competencias exclusivas; a mayor abundamiento, declara el tribunal que “la sentencia del presente proceso no puede tener efectos retroactivos, sino que incide en la aplicación futura de un precepto legal, la cual, en este caso, resulta imposible, como se ha dicho, por lo que no existe en este momento el conflicto a resolver, presupuesto básico del proceso, y en caso de acogerse o rechazarse el requerimiento, no se produce, en esos términos, efecto futuro alguno, lo que conlleva la improcedencia de emitir pronunciamiento sobre el fondo del requerimiento deducido”¹⁵⁶.

De la misma forma, y respecto de un requerimiento de inaplicabilidad solicitado acerca del inciso primero del art. 171 del Código Sanitario, ha precisado el tribunal que “por sentencia de 25 de mayo de 2009, en el Rol N° 1345, este Tribunal, en ejercicio de su potestad contemplada en el N° 7° del artículo 93 de la Carta Fundamental, declaró inconstitucional, con los efectos previstos en el artículo 94 de la Constitución Política, el precepto legal que se encuentra contenido en las expresiones: “*Para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa*”, del inciso primero del artículo 171 del Código Sanitario. Dicha sentencia fue publicada en el Diario Oficial de 28 de mayo de 2009, fecha desde la cual, en conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 94 de la Constitución, debe entenderse derogado el precepto transcrito, sin efec-

¹⁵⁶ Sentencia Rol 597 de 04 de septiembre de 2007, considerando 9° y 10°. Es interesante ilustrar el voto en contra de los Ministros don Mario Fernández Baeza y don Jorge Correa Sutil, quienes señalan, en el N° 4 que “un precepto legal derogado puede perfectamente resultar decisivo en la resolución de un asunto pendiente. Basta, al afecto, que se verifique cualquiera de las muchas causales que legitiman la llamada aplicación ultra activa, o que, como ocurre en la gestión pendiente, la aplicación del precepto legal al caso resulte de la circunstancia de haber ocurrido los hechos que se juzgan bajo el imperio de la norma derogada”. En síntesis, señala “la derogación no impide que una norma que ha cesado en su vigencia, pero que rigió mientras ocurrieron los hechos que deben juzgarse, pueda producir efectos decisivos en la resolución de un asunto”. En el mismo sentido, sentencia Rol 631 de 23 de octubre de 2007, sentencia Rol 659 de 23 de octubre de 2007, sentencia Rol 662 de 04 de septiembre de 2007, sentencia Rol 669 de 04 de septiembre de 2007, sentencia Rol 677 de 04 de septiembre de 2007, sentencia Rol 678 de 04 de septiembre de 2007, sentencia Rol 679 de 26 de diciembre de 2007, sentencia Rol 682 de 04 de septiembre de 2007, sentencia Rol 683 de 04 de septiembre de 2007, sentencia Rol 686 de 04 de septiembre de 2007, sentencia Rol 692 de 04 de septiembre de 2007, sentencia Rol 711 de 06 de septiembre de 2007, sentencia Rol 1136 de 24 de julio de 2008, sentencia Rol 989 de 22 de julio de 2008, sentencia Rol 1014 de 08 de julio de 2008,

to retroactivo; (...) en consecuencia, encontrándose derogado el precepto legal impugnado, “no puede recibir aplicación en la causa *sublite*, por lo cual resulta improcedente que este Tribunal se pronuncie acerca de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del mismo”¹⁵⁷.

La acción no procede, entonces, contra preceptos derogados, manifestando el tribunal que “*para la procedencia de la acción de inaplicabilidad es preciso que el precepto legal impugnado se encuentre vigente*, por lo que resulta contradictorio pedirla respecto de una norma que se sostiene está derogada tácitamente”¹⁵⁸. También en el mismo sentido, el tribunal ha declarado que “*debe tratarse de un precepto legal que se encuentre vigente, con independencia que si dicha vigencia se produjo antes o después que la de la Carta Fundamental*”¹⁵⁹. Precisa el tribunal que “la circunstancia de que la disposición legal que se objeta sea anterior a la entrada en vigencia de la Carta Fundamental no es óbice para el conocimiento y resolución de la acción de inaplicabilidad”¹⁶⁰.

Debemos destacar un pronunciamiento del tribunal, que *reitera tajantemente la circunstancia de que el precepto legal impugnado debe encontrarse vigente, ello a pesar de que la Constitución no lo señale de manera expresa*. Así, señala que “realizando el análisis de la disposición transcrita, debe observarse que, si bien el artículo 93, inciso primero, N° 6, e inciso undécimo, de la Constitución señala que el requerimiento de inaplicabilidad debe deducirse respecto de un *precepto legal, sin distinguir en cuanto a si aquél debe hallarse vigente o derogado al momento de tal interposición*, resulta insostenible desprender de ello, en pugna con un cúmulo de argumentos de lógica jurídica irrefutables, que donde el legislador no distingue tampoco sea lícito hacerlo al intérprete. Suficiente es, en tal orden de ideas, recordar lo que ha expresado reiteradamente esta Magistratura en el sentido de que *la hermenéutica constitucional se desenvuelve con base en valores, principios y normas distintos de tal aforismo y de otros semejantes*” más aún “*tórnase irrefutable que un precepto legal derogado se halla excluido o eliminado del ordenamiento jurídico vigente, rasgo esencial que impide aplicarlo para decidir un asunto, gestión o litigio pendiente ante cualquier magistratura ordinaria o especial*. Para que tan excepcional secuela fuera posible sería imperativo que el precepto abrogado gozara de eficacia ultractiva, cualidad que exigiría hallarse prevista expresa e inequívocamente en un precepto de jerarquía constitucional,

¹⁵⁷ Sentencia Rol 1396 de 25 de junio de 2009, considerandos 5° y 6°. Sin embargo, es importante destacar el voto en contra del Ministro don Mario Fernández Baeza, quien señala “que el hecho de no encontrarse vigente o derogado el precepto legal al que se le atribuye la capacidad de producir efectos contrarios a la Constitución, no es, ni en la Carta Fundamental, ni en la ley, un requisito para declarar improcedente un requerimiento, (...) esta posición disidente no implica desconocer lo estatuido en el art. 94 de la Carta Fundamental, (...) ya que esta posición disidente no se funda de modo alguno, en dar un efecto determinado a la declaración de inconstitucionalidad, sino sólo en reconocer que los hechos relevantes que sirven para juzgar los efectos inconstitucionales de una norma, hoy derogada, se verificaron mientras ella estuvo vigente”(N°2 y 3). En el mismo sentido, sentencia Rol 1386 de 01 de julio de 2009.

¹⁵⁸ Sentencia Rol 779 de 16 de mayo de 2007, considerando 5°.

¹⁵⁹ Sentencia Rol 472 de 30 de agosto de 2006, considerando 7. En el mismo sentido sentencia Rol 499 de 05 de septiembre de 2006.

¹⁶⁰ Sentencia Rol 1140 de 14 de enero de 2009, considerando 10°.

complementado por la legislación dictada con sujeción a él. Se ha demostrado en las secciones anteriores de este fallo que dicho supuesto no concurre en la causa *sublite*, por lo demás, “*resulta jurídicamente imposible que un precepto legal abrogado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto posterior a su exclusión del sistema jurídico*, precisamente porque carece de la eficacia requerida para que las partes lo invoquen y la magistratura competente lo resuelva fundándose en él” por ende “el análisis de lo dispuesto en el artículo 93, inciso undécimo, de la Carta Política, en armonía con lo explicado en los motivos anteriores, permite colegir que no puede prosperar un requerimiento apoyado en un precepto legal derogado, tanto porque la aplicación de él no es ni puede resultar decisiva en la resolución de una gestión o asunto pendiente, cuanto en atención a que tal impugnación tiene que reputarse carente de fundamento razonable”, más a la luz de lo expuesto, “*cabe concluir que el requerimiento de inaplicabilidad puede ser deducido válidamente sólo respecto de preceptos legales vigentes y no en relación a aquellos que se hallen derogados*, pues estos últimos son normas ajenas a la decisión de la *litis* y carentes, por completo, del vigor jurídico requerido para resolverla”¹⁶¹.

Finalmente, no está demás exponer otro pronunciamiento del tribunal al respecto, donde detalla lo dicho en el párrafo anterior. Nos dice, entonces “que una interpretación literal o basada en el principio de la especialidad o en el aforismo jurídico de que donde la ley no distingue no es lícito al intérprete hacerlo, establecidas o reconocidas por el Código Civil para la interpretación de las leyes, no recibe aplicación en el presente caso, atendida la naturaleza especial del problema que se analiza y del texto que se interpreta, pues a diferencia de las leyes ordinarias *la Constitución es una superley*, es una ley fundamental; de aquí la necesidad de establecer, con exquisito rigor, su preciso sentido, ya que las exigencias de certeza y seguridad jurídicas son mucho más exigibles en la interpretación del estatuto jurídico de la convivencia política, que establece no sólo quiénes son los órganos legisladores y los procedimientos seguidos para producir las leyes, sino el conjunto de afirmaciones sociales que hacen posible la inserción del individuo en el Estado. En este sentido, la Constitución es la expresión jurídica fundamental del Estado de derecho” (Lucas Verdú, Pablo: *La Interpretación Constitucional*, Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca, pág. 143). No debe olvidarse, por último, aunque resulte obvio decirlo, que *la Carta Fundamental en virtud del principio de jerarquía normativa está por sobre las disposiciones de interpretación de las leyes establecidas en el Código Civil*” para terminar reiterando el criterio de que “*un precepto legal derogado se halla excluido o eliminado del ordenamiento jurídico vigente, rasgo esencial que impide aplicarlo para decidir un asunto*, gestión o litigio pendiente ante cualquier magistratura ordinaria o especial”¹⁶².

¹⁶¹ Sentencia Rol 1230 de 02 de junio de 2009, considerandos 9°, 10°, 11°, 12° y 13°.

¹⁶² Sentencia Rol 1232 de 09 de junio de 2008, considerando 6° y 9°.

CAPÍTULO III

SEGUNDO REQUISITO DE ADMISIBILIDAD: “QUE EXISTA GESTIÓN PENDIENTE ANTE OTRO TRIBUNAL ORDINARIO O ESPECIAL”

Se refiere a una gestión en tramitación, en cualquier oportunidad procesal en que se encuentre (art. 47 C LOCTC). El concepto de gestión es amplísimo, comprendiendo todos los procesos, juicios y procedimientos más variados¹⁶³.

Para el Tribunal Constitucional, gestión pendiente, en su sentido natural y obvio, se refiere a una “gestión judicial que no ha concluido”¹⁶⁴. Ella existe, entonces, cuando en una causa no se ha dictado sentencia de término, pudiendo distinguir la gestión pendiente respecto del juez y de las partes legitimadas para interponer la acción. En este sentido “(el requerimiento) puede ser interpuesto por las partes mientras exista gestión pendiente, esto es, mientras la sentencia no se encuentre firme (amparada por la cosa juzgada material o formal), y por el Juez hasta antes de dictar sentencia y antes de que se produzca el desasimio del tribunal en la causa”¹⁶⁵. La exigencia de este requisito se explica porque, “si el asunto se encuentra terminado, la jurisdicción se encuentra agotada, lo que hace innecesaria esta acción constitucional y carente de presupuesto procesal básico. Por ello, la Acción de Inaplicabilidad debe ser promovida *in limine litis*, es decir, dentro de los límites de la *litis* o gestión”¹⁶⁶.

Desde otro punto de vista, la exigencia de una *gestión pendiente* no busca obstaculizar o impedir la admisibilidad de la acción incoada, por el contrario, “responde a la naturaleza de control concreto de la acción”¹⁶⁷, lo que permitirá al Tribunal Constitucional dimensionar los reales efectos que la aplicación del precepto pueda producir.

Precisamente para resguardar este requisito de admisibilidad, es pertinente en este punto recordar la atribución legal del Tribunal Constitucional en orden a decretar de oficio, o a petición de parte, la suspensión del procedimiento, como medida cautelar, respecto del cual se solicita la declaración de inaplicabilidad, ello para evitar que la sentencia de inaplicabilidad “se estrelle contra la cosa juzgada producida por la sentencia dictada por el tribunal de la causa”¹⁶⁸.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido clara, y respecto a los criterios jurisprudenciales en la materia, podemos mencionar:

¹⁶³ Cualquier asunto jurisdiccional, del orden temporal y que esté contemplado no sólo en el artículo 76 de la Constitución Política, sino en otras normas, puede ser objeto de la Acción de Inaplicabilidad si es que en esa gestión rige una norma que se estima inconstitucional. SAENGER, FERNANDO. Cit., pág. 318.

¹⁶⁴ Sentencia Rol 981 de 31 de octubre de 2007, considerando 4°.

¹⁶⁵ VEGA, FRANCISCO Y ZÚNIGA, FRANCISCO. Cit., pág. 151.

¹⁶⁶ VEGA, FRANCISCO Y ZÚNIGA, FRANCISCO. Cit., pág. 151.

¹⁶⁷ MASSMANN BOZZOLO, NICOLÁS. Cit., pág. 279.

¹⁶⁸ VEGA, FRANCISCO Y ZÚNIGA, FRANCISCO. Cit., pág. 152.

I. NO HAY GESTIÓN PENDIENTE UNA VEZ QUE HAYA COSA JUZGADA

Es decir, una vez dictada la sentencia definitiva. Así lo menciona el tribunal al manifestar que “la causa que sirve de sustento al requerimiento interpuesto ante esta Magistratura se encuentra con *sentencia firme y ejecutoriada y, por tanto, no se verifica la existencia de una gestión pendiente*”¹⁶⁹. En tanto, “que de los antecedentes de autos, aparece de manifiesto, que no se cumple con la exigencia constitucional a que se refiere el considerando anterior [gestión pendiente]. En efecto, señala la requirente que ‘Hasta la fecha no se ha podido lograr que se revise el fallo que condenó a NIBALDO DEL CARMEN DONOCO PALMA por la vía de la *casación*, ya que dicho recurso de ser interpuesto sería declarado inadmisibile por extemporáneo’, con lo cual queda de manifiesto el incumplimiento de la exigencia antedicha”¹⁷⁰. En el mismo sentido, y tratándose de un requerimiento de inaplicabilidad interpuesto en contra de una sentencia respecto de la cual ya se había dictado el cúmplase, el tribunal declaró “que como consta del certificado extendido por el Secretario de este Tribunal, *no existe gestión pendiente donde pueda hacerse efectiva la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que se solicita*, lo que hace improcedente que esta Magistratura entre a considerar el fondo de las peticiones incluidas en el requerimiento”¹⁷¹.

De la misma forma, *falta la gestión pendiente cuando el tribunal de fondo desecha los recursos deducidos en contra de la sentencia*, indicando el tribunal que “consta de la sentencia de 26 de noviembre de 2007, dictada en los autos Rol N° 1.5822007, que esta Magistratura ha tenido a la vista, que la Corte Suprema rechazó los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos en contra de la sentencia de segunda instancia, de 5 de enero de dos mil siete, de la Corte de Apelaciones de Santiago, *no existiendo, en consecuencia, gestión pendiente donde pueda hacerse efectiva la declaración de inaplicabilidad que se solicita por el actor*”¹⁷².

Sin embargo, respecto de este requisito, *el tribunal estima que la cosa juzgada debe decidir el asunto, de lo contrario, aún cuando exista cosa juzgada en la gestión el tribunal de todas formas puede pronunciarse acerca de la inaplicabilidad interpuesta*. Así ha precisado que “aun cuando, en la especie, se trate de los mismos procesos en que se dedujo previamente un recurso de inaplicabilidad, con las mismas partes involucradas, con idéntico precepto legal impugnado y en relación también con

¹⁶⁹ Sentencia Rol 1338 de 12 de marzo de 2009, considerando 6°.

¹⁷⁰ Sentencia Rol 840 de 06 de septiembre de 2007, considerando 7°. Resulta curioso que en esta sentencia, el Tribunal expone de manera explícita que es el mismo requirente el que en la parte petitoria de su escrito solicita al Tribunal proceda a “dictar NUEVA SENTENCIA...”. En síntesis, dicho requerimiento se rechazó por faltar gestión pendiente, por no haber precepto legal que resulte decisivo en la resolución del asunto y por no estar fundada razonablemente.

¹⁷¹ Sentencia Rol 500 de 31 de octubre de 2006, considerando 4°. En el mismo sentido, sentencia Rol 524 de 19 de diciembre de 2006, sentencia Rol 542 de 23 de octubre de 2007, sentencia Rol 717 de 07 de febrero de 2007, sentencia Rol 764 de 11 de abril de 2007, sentencia Rol 02 de mayo de 2007, sentencia Rol 807 de 04 de octubre de 2007, sentencia Rol 818 de 25 de julio de 2007, sentencia Rol 1276 de 07 de mayo de 2009, sentencia Rol 1447 de 04 de agosto de 2009, sentencia Rol 1062 de 28 de abril de 2008.

¹⁷² Sentencia Rol 982 de 05 de diciembre de 2007, considerando 4°.

las mismas inconstitucionalidades, *no puede sostenerse que haya operado la institución de la cosa juzgada, pues si bien se ha dictado por la Corte Suprema una sentencia que pone término al procedimiento incoado ante ella, dicho pronunciamiento no ha decidido el asunto sublite*¹⁷³.

El tribunal también ha declarado que “el análisis destinado a decidir si existe cosa juzgada respecto de una acción de inaplicabilidad debe ser particularmente estricto, porque, tal como ha precisado este Tribunal, en anteriores pronunciamientos (Roles N°s 478, 546, Capítulo I, 473, 517, 535, 596 y 767), las características y circunstancias del conflicto que ella envuelve han adquirido, en la actualidad, una relevancia mayor de la que debía atribuírseles antes de 2005”¹⁷⁴.

2. NO HAY GESTIÓN PENDIENTE UNA VEZ QUE HA OPERADO LA PRECLUSIÓN

Es decir cuando, el Tribunal Constitucional ya ha conocido de la misma acción con anterioridad. Así lo establece el tribunal al decir “que, frente a los elementos de juicio expuestos, lo que corresponde ahora a este Tribunal es decidir si planteado un requerimiento en un proceso para el cual ya se solicitó una primera inaplicabilidad (misma que fue declarada inadmisibile en la sentencia Rol 1036), puede volverse a accionar ante esta misma Magistratura para reiterar que los preceptos eventualmente aplicables por los jueces del fondo adolecerían de los mismos vicios de inconstitucionalidad”. Que, “como es posible observar, se está en presencia de dos peticiones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad formuladas por la misma parte, en idéntica gestión judicial y con iguales fundamentos constitucionales”.

“Que para decidir la procedencia de esta segunda inaplicabilidad, esta Magistratura debe resolver si es constitucionalmente lícito plantear en una gestión pendiente más de un requerimiento respecto de la misma materia. Para ello resulta determinante analizar la institución procesal de la preclusión en el sistema procesal nacional y cómo opera en este proceso constitucional. Que la *preclusión* se define, generalmente, como la sanción legal de ineficacia que afecta a los actos verificados fuera de los límites indicados por la ley de procedimiento para su realización. Chiovenda, quien es el mejor exponente de su conceptualización, expresa que la preclusión es la pérdida, extinción o caducidad de una facultad procesal que se produce por el hecho de no haberse observado el orden señalado por la ley para su ejercicio, por haberse realizado un acto incompatible con él o por haberse ejecutado ya válidamente la facultad. Concluye que la máxima preclusión es la cosa juzgada. (...) Que el profesor Carlos Pecchi nos recuerda, a propósito de la preclusión, que “para suprimir la lentitud desesperante de algunos procesos, las distintas legislaciones recurren a medidas tendientes a sancionar las dilaciones que se observen en su tramitación, provocadas por negligencia o mala fe de las partes litigantes. Una de las armas que más se presta para el logro de estos anhelos o fines es la incorporación de la institución de la preclusión”.

¹⁷³ Sentencia Rol 525 y 526 (acumulados) de 05 de mayo de 2006, considerando 6°. En el mismo sentido, sentencia Rol 784 de 20 de diciembre de 2007.

¹⁷⁴ Sentencia Rol 790 de 11 de diciembre de 2007, considerando 12°.

“Que, aun cuando la preclusión y la cosa juzgada son institutos procesales vinculados, son diferentes y autónomos. En cuanto a las vinculaciones entre la preclusión y la cosa juzgada resulta útil invocar la opinión del profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Francisco Hoyos, en su obra *Temas Fundamentales de Derecho Procesal*: ‘queda así claramente demostrado que la preclusión es un presupuesto de la cosa juzgada (...). La preclusión se basa en que la ley impone un límite temporal a la vida del proceso y, por lo tanto, necesariamente debe hacerlo en relación a cada uno de los actos que lo integran. La preclusión es, además, el camino hacia la cosa juzgada, que Chiovenda concibe como la máxima preclusión’”.

“Lo que no puede admitirse es que se plantee la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una norma del proceso pendiente y, sucesivamente, puedan agregarse otras y otras, ni de varias, lo que implicaría que a través de la suspensión del procedimiento la solución del caso concreto en el que inciden podría dilatarse indefinidamente. La preclusión protege de esta forma la certeza y oportunidad de la decisión”.

“Especial importancia tiene, para estos efectos, la preclusión por consumación. Si se hace uso del derecho, no puede luego repetirse el acto. Como su nombre lo indica, es la pérdida de la facultad por su uso (...). No es posible, por lo tanto, volver a comenzar, extinguidas las oportunidades que la ley otorga para el ejercicio de las facultades procesales” (Juárez Echegaray, Luis. *La Preclusión*. Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina, Ediar S.A. Editores, Buenos Aires, Argentina, 1946).

“En consecuencia, *debe concluirse que en el proceso que constituye la gestión pendiente este es el segundo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por la misma materia y fundamento, por lo cual debe ser desestimado, toda vez que al haber consumado en el requerimiento anterior su derecho, éste precluyó*. A mayor abundamiento, concurren en la especie los presupuestos que indica el sistema nacional para que se produzca el efecto de cosa juzgada, como quedó demostrado en los considerandos anteriores, que impide, a través de la fase de excepción, que un mismo asunto pueda ser sentenciado más de una vez”¹⁷⁵.

3. HAY GESTIÓN PENDIENTE CUANDO AÚN NO SE HA FALLADO UN RECURSO INTERPUESTO

Así, ha señalado el tribunal que “la gestión pendiente corresponde a los *recursos de casación en la forma y en el fondo*, Rol N° 1839-2007, caratulados ‘Héctor Alarcón Torres con Servicio de Impuestos Internos’, que se sigue actualmente ante la Corte Suprema de Justicia”¹⁷⁶. Así también, respecto a otros recursos el tribunal ha manifestado “que en el caso de autos se solicita la inaplicabilidad de un precepto legal en la gestión judicial constituida por el recurso de protección interpuesto

¹⁷⁵ Sentencia Rol 1311 de 02 de abril de 2009, considerandos 3°, 4°, 5°, 11°, 14° y 15°.

¹⁷⁶ Sentencia Rol 1203 de 08 de enero de 2009, considerando 4°. En el mismo sentido, sentencia Rol 1229 de 08 de enero de 2009, sentencia Rol 1183 de 08 de enero de 2009, sentencia Rol 1184 de 08 de enero de 2009.

(...), declarado inadmisibile y respecto del cual se solicitó reposición, *por lo que existe gestión pendiente que se sigue ante un tribunal ordinario o especial*¹⁷⁷.

Finalmente, dice el tribunal que no debemos confundirnos pues, *el que esté pendiente el fallo de un recurso, no significará siempre y en todos los casos que por ese hecho la gestión se mantenga pendiente*, pues “múltiples fallos recientes en que este Tribunal ha entrado al fondo de la cuestión de constitucionalidad de preceptos legales aplicados, pero donde, producto de recursos aún no resueltos, la causa se encontraba pendiente, por no haber sido objeto de una sentencia firme. *En tales casos, la aplicación del precepto legal aún no había producido efectos inamovibles*” sin embargo “la presente es una situación diversa. La gestión en la que pudo recibir aplicación y se aplicó el artículo 17, letra d), de la Ley N° 18.216 *se encuentra concluida y amparada por el efecto de la cosa juzgada. La gestión pendiente, por su parte, no puede ya alterar la sentencia judicial ejecutoriada, por lo que el precepto impugnado no puede recibir aplicación en ella*”¹⁷⁸.

4. DEBE TRATARSE DE UNA GESTIÓN PENDIENTE DE CARÁCTER PARTICULAR, LA ACCIÓN

NO PUEDE INTERPONERSE RESPECTO A UNA GESTIÓN PENDIENTE DE CARÁCTER GENERAL

El requerimiento debe estar referido en términos singulares a una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial. En este sentido, ha declarado el tribunal que “para la procedencia del recurso de inaplicabilidad, *resulta indispensable que se deduzca con relación a un juicio o gestión en particular*, en términos que no puede aceptarse la interposición de un mismo o único requerimiento para obtener la declaración de inaplicabilidad respecto de *procesos diversos que se sustancian separadamente*, y sobre los cuales tampoco es posible saber el estado actual de su tramitación”¹⁷⁹. En el mismo pronunciamiento, y relacionando este requisito de admisibilidad con el N° 5, referente a que el requerimiento debe estar fundado razonablemente, dice el tribunal que “debe concluirse que *el requerimiento no está razonablemente fundado*, puesto que los argumentos planteados no encuentran una causa específica y determinada sobre la cual sustenta su solicitud de inaplicabilidad”. Siendo más ilustrativos, el tribunal ha manifestado que “la acción deducida en autos persigue que este Tribunal declare la inaplicabilidad de tres artículos de la Ordenanza de Aduanas en los *diecisiete procesos* de reclamación aduanera que se individualizan, lo cual resulta contrario al requisito de admisibilidad según el cual *el requerimiento debe estar referido, en concreto o en forma singular, a la ‘existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial’* en la que los preceptos impugnados puedan resultar derecho aplicable”¹⁸⁰. Lo anterior, “se confirma por el hecho de que la decisión jurisdiccional que emita esta magistratura ha de recaer en la

¹⁷⁷ Sentencia Rol 1140 de 14 de enero de 2009, considerando 4°. Resulta interesante este pronunciamiento del tribunal por cuanto se refiere a la institución de los abogados de turno y su constitucionalidad.

¹⁷⁸ Sentencia Rol 807 de 04 de octubre de 2007, considerando 7°. En el mismo sentido, sentencia Rol 1546 de 17 de diciembre de 2009.

¹⁷⁹ Sentencia Rol 727 de 07 de febrero de 2007, considerando 9°.

¹⁸⁰ Sentencia Rol 803 de 09 de julio de 2007, considerando 5°. En el mismo sentido, sentencia Rol 832 de 14 de agosto de 2007.

conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso *sublite*¹⁸¹.

En el mismo sentido previene el tribunal que “en consecuencia, para declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad no basta con que un precepto legal tenga la aptitud teórica de producir un efecto contrario a la Constitución, *sino que debe tenerla en una precisa y determinada gestión, y por ello el inciso décimo primero del mismo precepto obliga a constatar como pendiente tal gestión para admitir a tramitación un requerimiento*. Refuerza aún más este razonamiento la circunstancia de que ese inciso obligue a las salas del Tribunal a verificar que el precepto legal impugnado pueda resultar decisivo para resolver un asunto en esa gestión pendiente para admitir el requerimiento a trámite¹⁸². Repite el mismo criterio, al expresar que “la declaración de inaplicabilidad se solicita respecto de *dos procesos judiciales que se individualizan, lo cual, según ya ha declarado esta Sala del Tribunal, en los Roles N°s. 803-07 y 832-07, ‘resulta contrario al requisito de admisibilidad según el cual el requerimiento debe estar referido, en concreto o en forma singular, a la ‘existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial’ en la que los preceptos impugnados puedan resultar derecho aplicable*”¹⁸³.

Sin embargo, es interesante ilustrar la prevención realizada por el Ministro don Mario Fernández Baeza, para quien “que el artículo ‘una’ usado en la oración ‘existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial’, del inciso decimoprimer del artículo 93 de la Constitución Política de la República, no se refiere a la cantidad de recursos o acciones de inaplicabilidad que se deduzcan, ni tampoco al número excluyente de gestiones que en cada uno de los recursos se invoque, sino a que para su admisibilidad, *al menos, exista ‘una’ gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial*”¹⁸⁴.

Vemos así que en el Tribunal Constitucional existe unanimidad respecto a los alcances de la expresión “gestión pendiente”, en el sentido que debe tratarse de una única y específica gestión, habiendo sólo una posición disidente, la del voto recién transcrito, para quien la exigencia constitucional se completa bastando sólo una gestión pendiente, sin perjuicio de que existan más de una invocadas para solicitar la inaplicabilidad.

5. FALTA GESTIÓN PENDIENTE CUANDO SI BIEN ÉSTA EXISTE AL MOMENTO DE EFECTUAR EL EXAMEN DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN, AL SER FALLADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EL JUEZ DE FONDO YA DICTÓ SENTENCIA DEFINITIVA

En este sentido, expresa el tribunal que “como se ha señalado en la parte expositiva, en el presente requerimiento se solicitó la inaplicabilidad del artículo 199 del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, en el recurso de protección que se encontraba en conocimiento de la Corte de Apelaciones de Concepción a la fecha

¹⁸¹ Sentencia Rol 985 de 26 de noviembre de 2007, considerando 5°.

¹⁸² Sentencia Rol 1215 de 30 de abril de 2009, considerando 40°.

¹⁸³ Sentencia Rol 1067 de 15 de mayo de 2008, considerando 7°.

¹⁸⁴ Sentencia Rol 803 de 09 de julio de 2007, prevención del Ministro don Mario Fernández Baeza, N° 1.

en que fue presentado ante esta Magistratura Constitucional; la Corte de Apelaciones tomó conocimiento del allanamiento de la parte recurrida respecto de la pretensión hecha valer por la recurrente, en cuyo mérito dictó sentencia con fecha 5 de diciembre de 2008, y que, como consta en autos, *a la fecha de esta sentencia, se encuentra ejecutoriado el fallo que dictó la Corte de Apelaciones de Concepción resolviendo la causa sublite y al que se hizo referencia en el considerando precedente. Como consecuencia de lo expresado, no existe actualmente gestión pendiente en la que pueda hacerse efectiva la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que se solicitó, lo que hace improcedente que esta Magistratura se pronuncie sobre la acción deducida*¹⁸⁵.

También, respecto de una alegación efectuada por la parte requerida referida a este criterio, nos dice el tribunal que “revisará esta defensa, con el objeto de verificar que, entre la fecha de la declaración de admisibilidad y la del fallo no haya decaído la gestión pendiente, lo que, *si bien no permitiría revisar la decisión de admisibilidad ya dictada por la Sala, efectivamente haría ineficaz la declaración de inaplicabilidad*”¹⁸⁶.

Podemos concluir, que “el tribunal exige para el cumplimiento de este requisito, que la *gestión exista no sólo al presentarse la acción, sino que perdure también hasta el momento de estudiar su admisibilidad y, todavía más, hasta la fecha en que se dicte resolución de fondo en el asunto requerido*”¹⁸⁷.

6. HAY GESTIÓN PENDIENTE AÚN CUANDO LA DEMANDA PRESENTADA EN LA CAUSA QUE MOTIVA LA INAPLICABILIDAD NO HA SIDO NOTIFICADA

Así lo indica el tribunal en uno de sus pronunciamientos, donde “conforme la certificación oficial emitida por el tribunal *a quo*, se inició una gestión ante el Octavo Juzgado Laboral de Santiago; dicha gestión consiste en el reclamo de multa administrativa deducido por la requirente, y en ella la requirente reviste la calidad de *‘parte reclamante’*. Esta gestión se encuentra actualmente pendiente ante ese tribunal pues, habiéndose presentado la demanda²acto de impulso procesal que contiene generalmente el ejercicio de la acción y siempre la pretensión del actor (Juan Colombo, Los Actos Procesales, Ed. Jurídica, 1997, Tomo I, pág. 69), mediante la presentación del reclamo ante el tribunal competente, éste no le ha puesto término por resolución con efecto de cosa juzgada, resultando indiferente para los efectos de la admisibilidad de la acción constitucional que la gestión se encuentre momentáneamente estática”¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Sentencia Rol 1222 de 12 de marzo de 2009, considerandos 3°, 4°, 5° y 6°.

¹⁸⁶ Sentencia Rol 1262 de 02 de abril de 2009, considerando 8°.

¹⁸⁷ MASSMANN BOZZOLO, NICOLÁS. Cit., p 271. En este sentido, autores como Buchheiser y Candia señalan que la Constitución sólo exige como requisito la gestión pendiente, sin señalar hasta cuando ella debe existir. Por esta razón, es necesario que los requisitos constitucionales de admisibilidad sean interpretados de forma amplia, potenciando su carácter garantista. De lo contrario, podrían seguir dándose casos en que la sola demora del Tribunal Constitucional en proveer un recurso presentado determinara la admisibilidad o inadmisibilidad del mismo. Ver más en BUCHHEISER, AXEL Y CANDIA, GONZALO. “Sociedad libre y debido proceso: una relación necesaria. Comentario del fallo de inadmisibilidad ‘Tocornal’”. En *Sentencias Destacadas 2007*, Libertad y Desarrollo, Santiago, págs. 193-224.

¹⁸⁸ Sentencia Rol 946 de 01 de julio de 2008, considerando 11°.

7. EL TRIBUNAL ABOGA POR UNA INTERPRETACIÓN AMPLIA DE ESTE REQUISITO

Pues “se enfatizará que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es uno de los mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico con la finalidad de velar por la supremacía de la Constitución, consagrada como una de las bases de la institucionalidad en el artículo 6° de la Ley Suprema. Su conocimiento y decisión se encomiendan a esta Magistratura Constitucional, precisamente para velar por su supremacía efectiva por sobre todo el ordenamiento jurídico. Por ello, *acoger una interpretación tan restrictiva de los requisitos de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad, como la que pretende el Director Regional del Trabajo, significaría impedir que este Tribunal ejerza su deber de decidir el conflicto constitucional que, dentro de la esfera de su competencia, se le somete, el cual quedaría sin resolverse con el riesgo de que pueda darse una aplicación contraria a la Constitución a un precepto legal vigente*, con el consiguiente quebranto del principio de supremacía constitucional”¹⁸⁹.

8. FALTA GESTIÓN PENDIENTE CUANDO SE SOLICITA LA REVOCACIÓN O CORRECCIÓN DE ACTOS QUE SE ESTIMAN ILEGALES O ABUSIVOS

En este sentido, ha señalado el tribunal “que, según se ha transcrito anteriormente, el requerimiento se dirige en contra de ‘actos reiterados’ del Instituto de Normalización Previsional, manifestando que esa institución “ha rechazado todas mis presentaciones” y reiterando que “este acto y los otros tantos cometidos por el I.N.P”. le causan agravio, a lo que se añade que la acción intentada sería la oportunidad “para corregir tamaños actos lesivos cometidos por el I.N.P”., para finalmente solicitar que “sean dejados sus efectos de los actos cometidos”, todo lo cual *deja claramente establecido que el escrito no cumple con la exigencia constitucional de existir “una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial”*¹⁹⁰.

El tribunal también relaciona con este requisito el del N° 6, esto es, encontrarse el requerimiento debidamente fundado, declarando entonces que “tampoco se cumple la obligación de que la ‘aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo’, ya que se realiza un cuestionamiento genérico a la aplicación de diversa normativa previsional”¹⁹¹, para señalar, en el mismo pronunciamiento que “finalmente, el requerimiento, además, no se encuentra razonablemente fundado”.

9. LA GESTIÓN PENDIENTE DEBE SER PROBADA POR EL REQUIRENTE

“La prueba de la gestión pendiente se transforma en una *verdadera carga procesal para la admisibilidad del recurso*”¹⁹². En el mismo sentido, ha sentenciado el tribunal, al rechazar un requerimiento de inaplicabilidad “que, no se ha acompañado por el requirente ningún antecedente que dé cuenta de la existencia de la gestión judicial aludida en su presentación” de ello se deriva que “*la falta de precisión respecto*

¹⁸⁹ Sentencia Rol 968 de 22 de julio de 2008, considerando 15°. En dicho pronunciamiento, se acoge la inaplicabilidad respecto del inciso tercero del art. 474 del Código del Trabajo.

¹⁹⁰ Sentencia Rol 966 de 30 de noviembre de 2007, considerando 5°.

¹⁹¹ Sentencia Rol 966 de 30 de noviembre de 2007, considerando 6°.

¹⁹² MASSMANN BOZZOLO, NICOLÁS. Cit., pág. 281.

de la gestión judicial en la que se pide la declaración de inaplicabilidad, hace imposible que este Tribunal aprecie si la aplicación del precepto impugnado en la especie puede o no ser decisiva para su resolución, aun en el evento de que aquélla exista y se encontrare pendiente”¹⁹³. Vemos entonces cómo el tribunal relaciona el requisito de la gestión pendiente con el carácter decisivo que debe tener la norma impugnada para resolver el asunto, siendo la gestión pendiente la condición necesaria para analizar dicho carácter. Repite entonces el tribunal este criterio jurisprudencial, señalando que “previo a resolver sobre la admisibilidad de la acción deducida, el requirente debía acompañar copia autorizada del recurso de casación en la forma constitutivo de la gestión pendiente que se invoca”¹⁹⁴.

En el mismo pronunciamiento, el tribunal dispone que la *gestión pendiente debe ser acreditada de acuerdo a los medios probatorios que establece la ley, esto es, cumpliendo todas las formalidades legales*. Así, manifiesta el tribunal que “en el primer otrosí de la misma presentación, se acompaña fotocopia simple (sin cargo del tribunal), según indica el actor, del recurso de casación en la forma constitutivo de la gestión pendiente que se invoca en estos autos, y en el segundo otrosí, pide ampliación por otros diez días del plazo otorgado para acompañar la copia autorizada de dicho recurso, en subsidio de lo anterior, que se amplíe dicho término según lo que determine prudencialmente esta sala del Tribunal” “que, conforme a los preceptos fundamentales citados en los considerandos precedentes, a objeto de resolver sobre la admisibilidad del requerimiento, el Tribunal debe verificar que la norma legal impugnada pueda tener incidencia decisiva en la resolución de la gestión judicial pendiente de que se trata, para lo cual resulta imprescindible examinar los antecedentes que permitan acreditar la materia sobre la que versa aquella gestión; y “con los antecedentes acompañados en autos por el actor no se logra verificar el cumplimiento de la exigencia constitucional anotada, por lo que el requerimiento será declarado inadmisibile”¹⁹⁵.

10. LA INAPLICABILIDAD DEBE SOLICITARSE RESPECTO DE LA GESTIÓN QUE ACTUALMENTE MOTIVA LA ACCIÓN, ES DECIR, NO PUEDE SOLICITARSE RESPECTO DE UN PRECEPTO LEGAL YA APLICADO EN UNA GESTIÓN ANTERIOR. EL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO DEBE TENER APLICACIÓN ACTUAL EN LA GESTIÓN PENDIENTE

En este sentido, el tribunal ha declarado que “debe descartarse la inaplicabilidad cuando los preceptos impugnados o *ya recibieron la aplicación* que se pretende eliminar, consolidando situaciones preexistentes discutidas, o *no la recibirán en la decisión de la gestión*, controversia o conflicto pendiente que la genera”¹⁹⁶. Ello se explica porque “lo que resulta relevante al precepto constitucional es el *lugar donde se verifica la gestión pendiente y no dónde se verificó la instancia que la antecedió*, pues

¹⁹³ Sentencia Rol 746 de 10 de abril de 2007, considerando 8° y 9°.

¹⁹⁴ Sentencia Rol 769 de 02 de mayo de 2007, considerando 3°.

¹⁹⁵ Sentencia Rol 769 de 02 de mayo de 2007, considerando 7° y 8°.

¹⁹⁶ Sentencia Rol 481 de 04 de julio de 2006, prevención del Ministro don Marcos Libedinsky Schorne, N° 1. Mismo criterio sostuvo la Corte Suprema al conocer de la Acción de Inaplicabilidad.

sólo en la que está pendiente puede aún recibir aplicación el precepto legal que se impugna como contrario a la Constitución”¹⁹⁷.

11. SI BIEN ESTE REQUISITO ES PARTE DEL EXAMEN DE ADMISIBILIDAD, EL TRIBUNAL PUEDE PRONUNCIARSE SOBRE ÉL AL RESOLVER EL FONDO DEL ASUNTO

Esto porque *el Tribunal Constitucional se hace cargo de los reparos presentados por el requerido, que, necesariamente, son posteriores al examen de admisibilidad, declarando así que “la alegación referida en el considerando precedente incide en un requisito de admisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y no obstante haber sido decidida por resolución de la Segunda Sala de este Tribunal, no puede ser desatendida, pues la falta de gestión pendiente vaciaría de sentido al pronunciamiento de esta Magistratura que, como se ha recordado, consiste en decidir si la aplicación de los preceptos legales reprochados, en la gestión que se substancia ante un tribunal ordinario o especial, ‘puede resultar contraria a la Constitución’, lo que supone lógicamente que esa aplicación aún no haya tenido lugar*”¹⁹⁸.

Ya nos referidos al carácter provisorio de la declaración de admisibilidad.

Respecto al *tribunal ordinario o especial*, bien sabemos que son tribunales ordinarios aquellos que figuran en el art. 5 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales, como la Corte Suprema o los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal; los tribunales especiales, en cambio, son aquellos que figuran en otros códigos o leyes especiales, además de aquellos mencionados en la misma disposición citada, como los Tribunales de Familia o de los Juzgados Laborales de Cobranza Previsional. No debemos olvidar que se incluyen también los tribunales especiales que no forman parte del poder judicial, como los Juzgados de Policía Local o Tribunales de Defensa de la Libre Competencia¹⁹⁹.

También se entiende como “tribunal especial” aquellos órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales.

Así, y continuando con los criterios jurisprudenciales, sobre este punto mencionaremos:

12. ESTE REQUISITO NO COMPRENDE TRIBUNALES U ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS QUE NO EJERZAN FUNCIONES JURISDICCIONALES

Puesto que ha declarado el tribunal que “resulta evidente que el requerimiento deducido en autos no cumple con la exigencia según la cual éste debe incidir en *‘una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial’*. En efecto, *la Tesorería General de la República en este caso no actúa como órgano jurisdiccional, sino como órgano administrativo*”²⁰⁰, no actúa, por tanto “en calidad de tribunal”²⁰¹ desechando por ende los requerimientos interpuestos al respecto. A nuestro juicio, y *a contrario*

¹⁹⁷ Sentencia Rol 505 de 06 de marzo de 2007, considerando 7°. En el mismo sentido, sentencia Rol 596 de 12 de julio de 2007.

¹⁹⁸ Sentencia Rol 1145 de 17 de marzo de 2009, considerando 9°.

¹⁹⁹ SAENGER, FERNANDO. Cit., pág. 318.

²⁰⁰ Sentencia Rol 1381 de 20 de mayo de 2009, considerando 5°.

sensu, si fuese el caso en que este órgano administrativo, la Tesorería General de la República, actuara ejerciendo funciones jurisdiccionales, adquiriría la calidad de tribunal especial.

De la misma forma, “que, en relación al primer requisito, en el requerimiento de autos se solicita la inaplicabilidad de diversos preceptos legales, en la gestión judicial constituida por el reclamo de avalúo Rol N° 10.214-06, deducido ante el Tribunal Tributario Santiago Oriente de acuerdo a los artículos 149 y 150 del Código Tributario. Actualmente, se sustancia ante el Tribunal Especial de Alzada, en virtud de haberse apelado la resolución del Tribunal Tributario, por lo que existe gestión pendiente que se sigue ante un *tribunal especial*”²⁰².

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca de requerimientos de inaplicabilidad cuya gestión pendiente se sigue, por ejemplo, ante Tribunales Electorales Regionales²⁰³.

CAPÍTULO IV

TERCER REQUISITO DE ADMISIBILIDAD: “QUE LA APLICACIÓN DEL PRECEPTO RESULTE DECISIVO EN LA RESOLUCIÓN DEL ASUNTO”

Nos dice la doctrina que “un precepto es decisivo cuando su aplicación determina la forma cómo se resolverá un asunto. No es decisivo porque resuelve el asunto –el requisito no está formulado en esos términos–, es decisivo porque el asunto se resuelve de una determinada manera: *contraria a la Constitución*”²⁰⁴, el precepto legal entonces “debe ser decisivo en la resolución de un asunto, sea contencioso o no e independiente de la naturaleza jurídica de la norma, esto es, procedimental o de fondo. Lo relevante es que el juez de la instancia pueda aplicar el precepto para resolver alguno de los asuntos o materias que le han sido sometidos a su conocimiento”²⁰⁵. En síntesis, debe ser una norma fundamental para resolver el asunto, sea ésta de carácter procedimental o de fondo, el precepto legal impugnado puede ser tanto *ordenatoria* o *decisoria litis*²⁰⁶, basta con que el Tribunal estime

²⁰¹ Sentencia Rol 1392 de 01 de julio de 2009, considerando 5°. Sin embargo, el voto en contra del Ministro don Mario Fernández Baeza establece que “los art. 22 del Estatuto Orgánico del Servicio de Tesorerías y 170 del Código Tributario, que le entregan al Tesorero Comunal la calidad de *juez sustanciador para la ejecución y embargo en contra de deudores morosos*”.

²⁰² Sentencia Rol 1234 de 07 de julio de 2009, considerando 4°.

²⁰³ Sentencia Rol 660 de 22 de mayo de 2007, sobre requerimiento de inaplicabilidad del art. 61 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, interpuesto por el alcalde de Iquique de aquel entonces, don Jorge Alejandro Soria Quiroga.

²⁰⁴ MASSMANN BOZZOLO, NICOLÁS. “La admisibilidad del recurso de inaplicabilidad: a tres años de la reforma”. *Revista Ius et Praxis*, 15(1), 2009, págs. 263-293.

²⁰⁵ NAVARRO, ENRIQUE. “Criterios del Tribunal Constitucional en materia de admisibilidad”. En *XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Volumen I, Valparaíso, Chile, 2007, p. 193.

²⁰⁶ Lo veremos más adelante en la sentencia Rol 467 de 29 de junio de 2006, considerando 7°. Al respecto, la Corte Suprema al conocer de la acción de inaplicabilidad sostenía igual criterio, para ello véase sentencia Rol 1589-2003 de 18 de marzo de 2005.

que son decisivas para que el conflicto se resuelva de modo contrario a la Constitución. Al respecto, decisivo se define como aquello “que decide o resuelve”²⁰⁷.

Sin embargo, podemos advertir que la aplicación del precepto legal impugnado sólo “potencialmente” puede resultar decisivo, ello porque, atendido que el tribunal no ha dictado sentencia de término, no sabemos con exactitud si el precepto se aplicará finalmente para la resolución del asunto. Por ello, este requisito supone un “análisis muy exhaustivo por parte del Tribunal para determinar si de los antecedentes allegados al requerimiento puede concluirse que el juez habrá necesariamente de acudir a la aplicación de la norma legal para decidir la gestión”²⁰⁸.

En cuanto a los criterios jurisprudenciales que podemos extraer, estos son:

1. EL TRIBUNAL DEBE EFECTUAR UN ANÁLISIS ACERCA DE SI ESE PRECEPTO LEGAL SERÁ DECISIVO

Lo que supone, como menciona el tribunal “una *suficiente y meridiana motivación*, de modo que pueda comprenderse en términos intelectuales la pretensión que se solicita al tribunal”, precisando que “del razonamiento citado es posible colegir que la fundamentación razonable es un requisito que se traduce en la circunstancia de que *el requerimiento sea suficientemente inteligible para el Tribunal Constitucional*, en orden a que le permita comprender lo pretendido por el requirente y el asunto sometido a su conocimiento. Es decir *‘no tiene por objeto calificar la excelencia analítica en la exposición de los argumentos acerca de los vicios de constitucionalidad, sino verificar que los fundamentos de la acción sean suficientemente sólidos o convincentes para dar plausibilidad al asunto planteado y que sean de tal modo articulados que permitan a este Tribunal reconocer su competencia específica, aquello que es sometido a su conocimiento y resolución, y a la contraparte poder conocer la pretensión, en términos suficientes para trabar una litis sobre un objeto determinado y reconocible’* (Rol N° 1046, de 22 de julio de 2008; Rol 1138, de 8 de septiembre de 2008)”²⁰⁹.

En el mismo pronunciamiento, podemos advertir que *el tribunal es más cuidadoso con el análisis de este requisito cuando el requerimiento es interpuesto por el juez que conoce del asunto*, pues “obviamente, tratándose de una solicitud de inaplicabilidad formulada por un juez y no por una de las partes del conflicto, *las exigencias constitucionales de admisibilidad deben calificarse en atención a la naturaleza del incidente y al rol que le corresponde a los propios sentenciadores*, desde que una presentación formulada en términos categóricos y absolutos, especialmente en relación a la aplicación al caso concreto, podría llevar incluso a inhabilitar al propio juez petionario. De este modo, *el auto motivado judicial debe explicitar en términos tales el conflicto de consti-*

²⁰⁷ Diccionario de la lengua española. Vigésima segunda edición [en línea] http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=decisivo [consulta: 25 enero 2010].

²⁰⁸ SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO Y SILVA GALLINATO, MARÍA PÍA. “Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional”. En XXXVI *Jornadas Chilenas de Derecho Público*, 2006, pág. 22.

²⁰⁹ Sentencia Rol 1203 de 08 de enero de 2009, considerando 9°. En el mismo sentido, sentencia Rol 1221 de 08 de enero de 2009, sentencia Rol 1229 de 08 de enero de 2009, sentencia Rol 1183 de 08 de enero de 2009, sentencia Rol 1184 de 08 de enero de 2009. Sentencia Rol 1205 de 08 de enero de 2009.

tucionalidad que permita a esta Magistratura determinar cuál es el precepto legal y de qué forma podría contravenir la Carta Fundamental”²¹⁰.

El tribunal otorga a este requisito una importancia fundamental, señalado así “que de la norma constitucional citada en el considerando segundo que antecede, fluye con claridad que uno de los requisitos indispensables para admitir a tramitación y en definitiva acoger una Acción de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad es que la norma legal impugnada pueda tener aplicación decisiva en la resolución del asunto que constituye la gestión pendiente”²¹¹.

El tribunal rechaza requerimientos que no cumplen con este requisito, declarando “que, además, de los antecedentes acompañados se concluye que en única gestión pendiente en que se funda el requerimiento, las disposiciones impugnadas, esto es, el artículo 49 en relación con el artículo 48, ambos del Código Penal, no puede resultar decisivas, ya que lo que se solicita al Juzgado de Garantía y lo que éste debe resolver es una rebaja de la multa impuesta, materia en la cual los preceptos impugnados no tiene incidencia y, por ende, tampoco tienen aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución Política en los términos que lo exige su artículo 93 N° 6 e inciso undécimo”, pues la actora “se limita a solicitar, sin ulterior fundamento, una declaración de inconstitucionalidad y además, tales disposiciones no son decisivas en la gestión pendiente invocada”²¹².

2. BASTA QUE EL PRECEPTO LEGAL SÓLO TENGA LA POSIBILIDAD DE SER DECISIVO PARA LA RESOLUCIÓN DEL ASUNTO. EL PRECEPTO IMPUGNADO PUEDE NO SER CONSIDERADO POR EL JUEZ DE FONDO PARA RESOLVER EL ASUNTO, EN ESTE SENTIDO, PARA QUE “DECIDA” EL ASUNTO, BASTA CON QUE SÓLO EXISTA LA POSIBILIDAD DE QUE LO APLIQUE PARA ACOGER LA ACCIÓN

Así lo ha declarado, señalando que “el precepto legal puede resultar decisivo en la resolución del asunto, sin que ello signifique un pronunciamiento acerca de si el precepto legal debe o no ser aplicado por los jueces del fondo, en conformidad con las reglas legales vigentes”²¹³. Entonces, “para realizar el referido juicio de constitucionalidad basta que el juez que conoce de la gestión pendiente tenga la posibilidad de aplicar dicho precepto en la decisión que ha de adoptar y que, al hacerlo, pueda vulnerarse la Constitución, independientemente de que existan otros preceptos legales que también pueda considerar, los que deben estar asimismo indiscutiblemente subordinados a la Ley Fundamental”²¹⁴.

También nos dice el tribunal que *no le compete analizar si efectivamente ese precepto legal será decisivo o no, ya que ello es competencia de los jueces de fondo*. Así nos dice que “a diferencia de lo que argumenta la Secretaría Regional Ministerial de Salud de

²¹⁰ Sentencia Rol 1203 de 08 de enero de 2009, considerando 10°. En el mismo sentido, sentencia Rol 1221 de 08 de enero de 2009, sentencia Rol 1205 de 08 de enero de 2009, sentencia Rol 1184 Y 1183 de 08 de enero de 2009, sentencia Rol 1229 de 08 de enero de 2009.

²¹¹ Sentencia Rol 1033 de 17 de junio de 2008, considerando 5°.

²¹² Sentencia Rol 1004 de 17 de enero de 2008, considerando 8° y 10°.

²¹³ Sentencia Rol 505 de 06 de marzo de 2007, considerando 11° y 12°.

²¹⁴ Sentencia Rol 634 de 09 de agosto de 2007, considerando 8°. Sentencia Rol 943 de 10 de junio de 2008.

Valparaíso, la *Carta Fundamental*, en el precepto invocado, no establece que la norma impugnada deba resultar decisiva en la resolución del asunto, en el pronunciamiento final que haya de dictarse, lo que sí podría dar pie para que este Tribunal analizara cuál sea el fondo del asunto único o principal que los tribunales deben resolver en la gestión pendiente. Por el contrario, la norma constitucional transcrita establece, como requisito de admisibilidad, que la norma impugnada pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto. En consecuencia, para resolver la admisibilidad de la cuestión planteada, resulta inoficioso examinar si el precepto impugnado resulta o no decisivo en la resolución del fondo del asunto o si sólo constituye un requisito de procesabilidad del reclamo judicial de la sanción pendiente, pues esta última cuestión es también un asunto que los tribunales del fondo deben resolver y en el que un precepto legal –el impugnado en la especie– puede resultar decisivo”²¹⁵.

En el mismo sentido, el tribunal ha declarado “que la aplicación decisiva del precepto, para los fines que interesan a este proceso constitucional, tiene que ver con la causalidad directa y necesaria entre dicha aplicación y la decisión del litigio, en términos que la estimación –o rechazo– de la pretensión sea el efecto de la incidencia de la norma legal en la resolución del conflicto. Si éste puede producirse por la aplicación de otro precepto, dejará de ser decisiva la aplicación del que se impugna” para continuar señalando que “el requerimiento, como se ha expuesto, cuestiona la aplicación del artículo 390 del Código Procesal Penal, que fija los supuestos para la aplicación del procedimiento simplificado; pero no se extiende a las disposiciones de los artículos 388, 393 y siguientes del Código Procesal Penal”. “En la especie, en el juicio *sublite* (...) aunque se prescindiera del artículo 390 del Código Procesal Penal, de todas formas el asunto debe juzgarse –por aplicación del citado artículo 388, inciso segundo, del mencionado texto– según el mismo procedimiento simplificado, el que se encuentra reglado en los artículos 393 y siguientes del propio Código, disposiciones que tampoco han sido cuestionadas en la constitucionalidad de su aplicación; en consecuencia, es dable concluir que el precepto impugnado carece de aplicación decisiva en la resolución del asunto, lo que basta para desestimar la acción ejercitada”²¹⁶.

Así, rechaza el tribunal requerimientos donde el precepto impugnado no tiene posibilidad alguna de aplicarse y ser decisivo en la resolución del asunto, manifestando que “el precepto legal que se impugna en el caso de autos dice relación más bien con una norma que contiene el establecimiento de un requisito previo o presupuesto de admisibilidad para poder ejercer la acción impetrada de reclamo o poner en movimiento la jurisdicción; por lo que no puede ser calificada como una disposición que sea decisiva para la resolución de asunto alguno. En efecto, una eventual declaración de inaplicabilidad como la que se formula en estos autos, exclusivamente respecto de

²¹⁵ Sentencia Rol 1253 de 27 de enero de 2009, considerando 8°. En el mismo sentido, sentencia Rol 1262 de 02 de abril de 2009. En el mismo sentido, sentencia Rol 1046 de 22 de julio de 2008, Sentencia Rol 1279 de 02 de abril de 2009, considerando 10°.

²¹⁶ Sentencia Rol 1312 de 28 de enero de 2010, considerandos 4°, 5° y 6°. Es interesante destacar la prevención de los Ministros don Marcelo Venegas Palacios, Hernán Vodanovic Shnake y Enrique Navarro Beltrán, para quienes el requerimiento se rechaza porque “resulta hipotética la aplicación del precepto objetado, circunstancia que conduce a declarar la improcedencia de la acción”.

la consignación a que alude el artículo 30 del DL N° 3.538 sería irrelevante para la resolución del asunto sometido a conocimiento del tribunal y, en general, para cualquier decisión que adoptare al efecto el órgano jurisdiccional que conoce del asunto”²¹⁷.

3. LAS NORMAS DECISIVAS PARA LA RESOLUCIÓN DEL ASUNTO PUEDEN SER TANTO ORDENATORIAS DE LA LITIS COMO DECISORIAS

Declara el tribunal que “la Carta Fundamental *no ha establecido diferencias en relación con el tipo o naturaleza del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita*, sino que ha aludido genéricamente a las normas con rango o valor de ley exigiendo solamente que pueda resultar decisiva en la resolución del asunto”²¹⁸, reconociendo que “*la reforma constitucional ha dejado atrás la relevancia del debate entre las normas decisoria y ordenatoria litis, que, como ha señalado este tribunal, resulta una errada extrapolación de figuras propias del recurso de casación en el fondo*”²¹⁹.

Así lo señala el tribunal, al determinar que es “uno de los supuestos fundamentales para la procedencia de la acción de inaplicabilidad es la circunstancia que la *aplicación del precepto legal tanto de carácter sustantivo como adjetivo sea decisivo para la resolución de un asunto*, en los términos que establece el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República”²²⁰. En síntesis, “el precepto legal debe ser considerado por el juez al momento de resolver el asunto, ya sea que diga relación con aspectos de carácter procedimental o de fondo”²²¹.

El tribunal ha especificado este requisito, y así, por ejemplo, en un requerimiento de inaplicabilidad donde el requerido argumentó que el precepto legal no era decisivo, porque la norma impugnada, el art. 171 inciso primero parte final, del Código Sanitario, se refería a un requisito de admisibilidad de la acción de reclamación de multa en juicio sumario seguida ante el Tercer Juzgado Civil de Valparaíso, y que por ende no tendría incidencia en la resolución del asunto, el tribunal desecha esta alegación precisando que “*al actual texto de la Carta Fundamental le basta, para efectos de admitir a tramitación una acción de inaplicabilidad, que el precepto impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto cualquiera, que naturalmente deba resolverse en esa gestión pendiente y que, para efectos del fondo, produzca en esa gestión en que puede aplicarse, un resultado contrario a la Constitución. La razón de ello es*

²¹⁷ Sentencia Rol 546 de 17 de noviembre de 2006, considerando 6° de lo señalado por el Ministro don Enrique Navarro Beltrán.

²¹⁸ Sentencia Rol 472 de 30 de agosto de 2006, considerando 10°, la cual trata de la Acción de Inaplicabilidad interpuesta en contra del art. 116 del Código Tributario, declarándose finalmente, inaplicable, ya que se consideró por el tribunal que la delegación de funciones que hacía el Director Regional del Servicio de Impuesto internos en un funcionario subalterno, para que conociese de los reclamos tributarios, era contraria a la Constitución, al tratarse éstas de funciones jurisdiccionales. Sin embargo, el voto en contra establece que dichas funciones son más bien de carácter administrativo, y siendo así, no vulnerarían la Constitución. En el mismo sentido, sentencia Rol 616 de 06 de septiembre de 2007.

²¹⁹ Sentencia Rol 1253 de 27 de enero de 2009, considerando 9°.

²²⁰ Sentencia Rol 467 de 29 de junio de 2006, considerando 7°. En el mismo sentencia Rol 499 de 05 de septiembre de 2006.

²²¹ Sentencia Rol 546 de 17 de noviembre de 2006, considerando 3°.

que ‘tan decisivo en la resolución de un asunto –desde el punto de vista de la preeminencia de los derechos constitucionales resulta el precepto cuya aplicación puede resolver el fondo del asunto–, como el que permite, impide o dificulta ostensiblemente el conocimiento y decisión de la controversia’”, para terminar declarando que “el precepto legal sí puede resultar decisivo en la resolución de la admisibilidad del reclamo deducido por el requirente, en los tribunales del fondo, pues su aplicación hace improcedente que éstos conozcan del mismo”²²².

4. EL PRECEPTO LEGAL DEBE SER DECISIVO EN LA RESOLUCIÓN DE UN “ASUNTO”, ENTENDIENDO ÉSTE COMO “UN ASUNTO CUALQUIERA”, DONDE NATURALMENTE TENGA EFECTO EL PRECEPTO IMPUGNADO, Y NO QUE DEBA SER DECISIVO EN LA RESOLUCIÓN “DEL ASUNTO” EN LA GESTIÓN PENDIENTE EN QUE INCIDE LA ACCIÓN INTERPUESTA

Así lo evidencia la sentencia Rol 1288 de 25 de agosto de 2009, que controló la constitucionalidad del entonces proyecto de la ley 20.381, y que define los alcances de la expresión “asunto” de este requisito, señalando al respecto “esta Magistratura ha declarado que ‘tan decisivo en la resolución de un asunto –desde el punto de vista de la preeminencia de los derechos constitucionales– resulta el precepto cuya aplicación puede resolver el fondo del asunto, como el que permite, impide o dificulta ostensiblemente el conocimiento y decisión de la controversia’” (Sentencia de 3 de enero de 2008, dictada en los autos Rol N° 792, considerando quinto). Y recientemente ha señalado: “Al actual texto de la Carta Fundamental le basta, para efectos de admitir a tramitación una acción de inaplicabilidad, que el precepto impugnado pueda resultar *decisivo en la resolución de un asunto cualquiera, que naturalmente deba resolverse en esa gestión pendiente y que, para efectos del fondo, produzca en esa gestión en que puede aplicarse un resultado contrario a la Constitución*” (Sentencia de 2 de abril de 2009, dictada en los autos Rol N° 1.279, considerando décimo), así, “de acuerdo con lo que se ha expresado en los considerandos anteriores, la disposición contenida en el N° 5 del inciso primero del artículo 47 G, es constitucional en el entendido que la norma legal objetada a que alude ‘no ha de tener aplicación’ o ‘no resultará decisiva’ en la *resolución de ‘un asunto’ y no necesariamente ‘del asunto’ en la gestión pendiente en que incide la acción interpuesta*”²²³.

Más aún, “la *jurisprudencia del Tribunal Constitucional circunscribe la gestión pendiente al específico asunto que puede ser resuelto mediante la aplicación del precepto que se impugna y no a la totalidad del conflicto jurídico de fondo*”²²⁴. El tribunal, en uno de sus pronunciamientos hace sinónimos los términos “gestión pendiente” y “asunto”, indicando que “respecto del requisito de admisibilidad referido a *‘que la aplicación*

²²² Sentencia Rol 1253 de 27 de enero de 2009, considerando 9° y 10°. Sin embargo, y respecto de este razonamiento del tribunal, el Ministro don Francisco Fernández Fredes, señaló en el voto en contra que “no es la acción de inaplicabilidad una vía constitucionalmente idónea para cautelar la vigencia de todo tipo de garantías consagradas en la Carta Fundamental, sino sólo de aquellas cuya vulneración se configure por la *aplicación de normas legales que el respectivo sentenciador pueda tener en cuenta al momento de decidir el asunto sobre que recae el ejercicio de la potestad jurisdiccional*”. En el mismo sentido, sentencia Rol 1279 de 02 de abril de 2009, sentencia Rol 1046 de 22 de julio de 2008.

²²³ Sentencia Rol 1288 de 25 de agosto de 2009, considerandos 100° y 101°.

²²⁴ MASSMANN BOZZOLO, NICOLÁS. Cit., pág. 280.

del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto', este Tribunal ha expresado (...) que la exigencia constitucional se completa si dicho precepto legal puede resultar decisivo en la resolución del asunto o gestión pendiente, lo que implica que la inaplicabilidad declarada deba ser considerada por el juez llamado a resolverla, tanto en lo que se refiere a los fundamentos de ésta cuanto a todo otro razonamiento que implique que la decisión del asunto no resultará contraria a la Constitución", así "del examen de los antecedentes que obran en autos resulta claro que las normas impugnadas no pueden tener incidencia decisiva para la resolución de la gestión pendiente invocada en el requerimiento"²²⁵.

5. SI BIEN ESTE REQUISITO ES EXAMINADO AL MOMENTO DE REALIZAR EL ESTUDIO DE ADMISIBILIDAD Y AUNQUE SEA APROBADO, PUEDE SER VISTO NUEVAMENTE AL RESOLVER EL FONDO DEL ASUNTO

Así lo ha declarado el tribunal, al mencionar que "aún cuando la primera sala de este tribunal dio por cumplido tal requisito en su resolución de treinta y uno de enero del presente año, igualmente *esta sentencia se hará cargo del planteamiento formulado durante el desarrollo de la litis, pues de ser éste aceptado, no procedería entrar a examinar el fondo del requerimiento deducido*"²²⁶. En el mismo sentido, ha señalado "que no obstante haberse pronunciado la Segunda Sala de esta Magistratura a favor de la admisibilidad del requerimiento, un examen del mismo, a la luz de todos los antecedentes presentados y, particularmente, de los vertidos en la vista de la causa, permite colegir que la acción deducida no satisface uno de los requisitos de admisibilidad, cual es, que la aplicación de la norma impugnada pueda resultar decisiva en la resolución del asunto pendiente"²²⁷, estimando el tribunal no ser necesario pronunciarse sobre el fondo del asunto. Es interesante exponer lo razonado por el tribunal, respecto a este requisito, donde "el precepto recién transcrito, en el que se funda la requerida para pedir la declaración de improcedencia de la acción impetrada, establece que el examen del requisito que se pretende incumplido en la especie y la respectiva declaración de admisibilidad corresponde hacerlos a cualquiera de las salas del Tribunal, sin ulterior recurso. Este examen fue hecho en la presente causa por una de las salas de este Tribunal y la causa fue declarada admisible. Sin perjuicio de ello y atendido que la Sala consideró que este requisito se encontraba suficientemente cumplido *'para el solo efecto de pronunciarse sobre su admisibilidad'* (considerando 7° de la declaración de admisibilidad de 19 de noviembre de 2008), y que *la petición de la requerida se hizo con posterioridad a ello, esta Magistratura entrará al examen de la misma*"²²⁸.

²²⁵ Sentencia Rol 831 de 10 de octubre de 2007, considerandos 7° y 8°.

²²⁶ Sentencia Rol 634 de 09 de agosto de 2007, considerando 6°.

²²⁷ Sentencia Rol 670 de 12 de abril de 2007, considerando 5°.

²²⁸ Sentencia Rol 1253 de 27 de enero de 2009, considerando 7°. En el mismo sentido sentencia Rol 1262 de 02 de abril de 2009. Sin embargo, sobre este punto hay una prevención del Ministro don Marcelo Venegas Palacios, quien señala que "corresponde exclusivamente a una de las salas del Tribunal verificar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de las cuestiones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y pronunciarse sobre su admisibilidad, sin ulterior recurso. En consecuencia, una vez declarada la admisibilidad por la Sala respectiva, no es procedente que vuelvan a debatirse en el proceso los requisitos de admisibilidad de la cuestión".

Conviene señalar que el Tribunal Constitucional, en uno de sus pronunciamientos pasados, correspondiente al año 2008, sostuvo un criterio distinto, manifestando que no le correspondía pronunciarse sobre lo ya resuelto por la sala que examina la admisibilidad del requerimiento, expresando “que la Primera Sala de esta Magistratura Constitucional declaró admisible el recurso de inaplicabilidad presentado y que no es competencia del Pleno revisar una declaración que es de exclusiva incumbencia de la Sala que la pronunció. Además, para la procedencia de un recurso de inaplicabilidad es suficiente la posibilidad y no la certeza plena de que el precepto legal impugnado sea aplicable en la gestión judicial con ocasión de la cual se ha presentado”²²⁹. No obstante, como vimos en el párrafo anterior, el criterio ha variado, revisando nuevamente este requisito de admisibilidad al resolver el fondo del asunto.

6. INVOCAR EN LA PARTE PETITORIA DE LA DEMANDA UN DETERMINADO PRECEPTO LEGAL, CONFIGURA UNA PRESUNCIÓN A FAVOR DEL CARÁCTER DECISIVO DE ÉSTE PARA LA RESOLUCIÓN DEL ASUNTO

Así lo señala el tribunal, al declarar que “se desprende que el inciso 2o del artículo 23 de la Ley 19.542 puede resultar decisivo para la resolución de un asunto, en este caso el asunto de fondo controvertido, *desde el momento que constituye una de las normas que invoca la requirente ni más ni menos que para fundar la parte petitoria de su propia demanda (...)*. Si bien el sentenciador de primera instancia no aplicó el precepto legal en cuestión desde el momento que acogió una de las excepciones opuestas por la demandada (...), no puede haber duda alguna que se trata de un precepto fundamental que sí puede ser considerado por la Corte de Apelaciones al momento de decidir la *litis*”, para decir después que “aún cuando el sentenciador de primera instancia rechazó la demanda de nulidad de derecho público, el artículo 23 inciso 2o de la Ley 19.542 *sí tiene el carácter de norma decisiva para la resolución de un asunto*”²³⁰.

CAPÍTULO V

CUARTO REQUISITO DE ADMISIBILIDAD: “QUE LA LEY CONTRARÍE LA CONSTITUCIÓN EN SU APLICACIÓN”

Debemos prestar especial importancia a este requisito, ya que gracias a él se configura este control concreto de constitucionalidad, donde “el Tribunal Constitucional deberá prestar especial atención al mérito del proceso al interior del cual dicha norma legal objetada podrá ser eventualmente impugnada. Se trata de un control de constitucionalidad concreto y no abstracto”²³¹. La actual situación

²²⁹ Sentencia Rol 808 de 12 de agosto de 2008, considerando 7°.

²³⁰ Sentencia Rol 467 de 29 de junio de 2007, considerandos 8° y 9°.

²³¹ VEGA, FRANCISCO Y ZÚÑIGA, FRANCISCO. Cit., pág. 148.

es muy distinta de lo ocurrido antes de la reforma del 2005, pues la Acción de Inaplicabilidad cuya competencia para su conocimiento correspondía a la Corte Suprema, era de naturaleza abstracta, sin aplicarse a caso concreto alguno. Ello se explica porque, para la mayor parte de la doctrina, las cuestiones de inconstitucionalidad son “asuntos de derecho”, posibles de resolver, por tanto, de manera abstracta.

También debemos destacar que al analizar la procedencia de la Acción de Inaplicabilidad, “el tribunal está llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución. Lo contrario, a juicio del tribunal, no es el precepto, sino su *aplicación contraria a la Constitución*”²³².

Al respecto, hay numerosas sentencias del tribunal que, al declarar admisible el requerimiento de inaplicabilidad, entendiéndose que cumple con los requisitos que venimos analizando, realizan un somero análisis de cómo el precepto impugnado vulneraría o no la Constitución.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional señala como criterios:

1. DEBE TRATARSE DE UNA CONTRADICCIÓN CON LA CONSTITUCIÓN

Expresando al respecto que “*este Tribunal tampoco se involucrará en asuntos que impliquen definir la eventual contradicción entre dos preceptos legales*. Ese es un asunto de legalidad porque implica definir cuál es la norma que debe ser aplicada preferentemente en la solución de un conflicto sometido a la jurisdicción. Para ello, es necesario convocar a criterios de interpretación legales, que resuelvan la antinomia entre normas de igual rango. Para las controversias legales, existen otras instancias jurisdiccionales y otros procedimientos”²³³.

El tribunal ha rechazado requerimientos que se interponen por estimarse infringidas normas de rango legal, señalando “que, como ya se expresó en esta sentencia, las normas constitucionales que se estiman infringidas por el requiren- te son el artículo 19 N° 3, el artículo 61 y el artículo 5°, todas de la Constitución Política de la República, artículos de tratados internacionales que se citan y los artículos 4° y 5° del Código Procesal Penal, que por tratarse de *normas de rango legal no son susceptibles de ser consideradas como parámetro de este control*”²³⁴. Mismo criterio sostenía la jurisprudencia de la Corte Suprema, cuando conocía el recurso de inaplicabilidad, pues como lo declara el Tribunal Constitucional “la contradicción que pueda existir entre el Decreto Ley N° 2.695 con normas del Código Civil, no hace procedente la inaplicabilidad, puesto que ésta exige una contradicción entre la ley y la Constitución, no entre dos preceptos legales”²³⁵. Repite nuevamente el tribunal que “la forma en que se produce la contradicción entre una *norma de naturaleza legislativa y el ordenamiento constitucional*, expuesta circunstanciada y ló-

²³² MASSMANN BOZZOLO, NICOLÁS. Cit., pág. 281.

²³³ Sentencia Rol 1284 de 24 de septiembre de 2009, considerando 4°.

²³⁴ Sentencia Rol 661 de 12 de enero de 2007, considerando 5°.

²³⁵ Sentencia Rol 1298 de 03 de marzo de 2010, considerando 30°, que cita a su vez la sentencia dictada por la Corte Suprema Rol 23551 de 26 de enero de 1996.

gicamente, constituye la base esencial de la acción deducida. No lo es la eventual contraposición que pueda darse entre dos normas de rango legal”²³⁶.

De la misma forma, *para analizar la contradicción que se produce con la Constitución, el tribunal la interpreta de manera armónica, como un todo*, manifestando así que “declarado admisible el requerimiento se abre un proceso constitucional, que, como todos, debe ser debido y oportuno. Lo primero implica que esta Magistratura, en uso del poder de la jurisdicción, tiene el deber de realizar una *interpretación de la Carta Fundamental que asegure su sentido profundo*, en tanto está destinada a dar estricto cumplimiento al principio de prelación del sistema jurídico, en cuya cúspide está la Constitución”²³⁷.

Sin embargo, *se trata de analizar únicamente la contradicción con la Constitución, y no con otras normas anexas que extiendan las garantías señaladas en ella*, expresando el tribunal en uno de sus pronunciamientos “que la segunda cuestión de previo y especial pronunciamiento sobre la que cabe pronunciarse, consiste en puntualizar el parámetro de referencia que utiliza esta Magistratura para el respectivo análisis de constitucionalidad. El punto es relevante, porque en el requerimiento se afirma que este Tribunal debe enjuiciar las normas cuestionadas teniendo como punto de referencia no sólo la Constitución, sino el bloque de constitucionalidad. Este estaría integrado, según se afirma, por la Constitución y por ciertas leyes que refuerzan los derechos y garantías que la Carta Fundamental consagra. De este modo, la inconstitucionalidad se produciría no sólo cuando se vulnera un precepto constitucional sino también cuando se pasan a llevar dichos preceptos legales. Al respecto, cabe señalar que *el parámetro de referencia que tiene en cuenta esta Magistratura al resolver una inaplicabilidad, es sólo la Constitución*. La norma contra la cual debe examinarse el precepto legal objetado es únicamente la Constitución, no la ley”. Ello porque “en primer lugar, el recurso de inaplicabilidad es un mecanismo destinado a garantizar la supremacía constitucional. Su propósito es lograr lo dispuesto en el artículo 6° de la Carta, según el cual ‘los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución’. La inaplicabilidad busca que las normas legales no puedan aplicarse en una gestión judicial pendiente por el juez llamado a resolverla, si éstas no se ajustan a la Carta Fundamental. El parámetro de referencia que tiene el Tribunal Constitucional al emprender esta tarea es única y exclusivamente la Constitución. El análisis que hace esta Magistratura es verificar la conformidad o disconformidad del precepto legal con la Carta Magna. Se trata, por tanto, de un examen incisivo de compatibilidad entre dos normas, una de las cuales es la Constitución y la otra una norma con rango o fuerza de ley. La comparación, el contraste, se efectúa entre las normas de la Constitución y el o los preceptos legales. Si el Tribunal concluye estableciendo la incompatibilidad, dictamina un vicio de inconstitucionalidad, y no de ilegalidad o de derogación. Dicho dictamen es constitutivo, pues, antes de ello, el precepto goza de una presunción de constitucionalidad. Pero cuando el precepto examinado se contrapone con la Constitución, se establece una inconstitucionalidad. El Tribunal no resuelve una inaplicabilidad en base a una norma legal; el precepto legal es el objeto del examen, pero no su referente”.

²³⁶ Sentencia Rol 1325 de 11 de febrero de 2009, considerando 8°.

²³⁷ Sentencia Rol 1535 de 28 de enero de 2010, considerando 15°.

“En segundo lugar, la norma constitucional que otorga la competencia para conocer de la inaplicabilidad (artículo 93 N° 6) es, por una parte, para enjuiciar ‘un precepto legal’. Es decir, una norma con rango o fuerza de ley, íntegramente o en parte. Las leyes, en consecuencia, no pueden ser, a la vez, norma examinada y norma examinante. Por la otra, la inaplicabilidad procede porque la aplicación del precepto legal objetado ‘resulta contraria a la Constitución’. La norma contra la cual se contrasta o coteja el precepto examinado, entonces, es la Carta Fundamental. Se enjuicia una norma legal con la Constitución, no con una ley. El precepto legal examinado puede resultar objetado por contradecir, por transgredir, por infringir, cualquier norma constitucional; pero no por violentar una ley”.

“En tercer lugar, el Tribunal Constitucional es un órgano del Estado. En tal sentido, ha sido creado por la Constitución, la que le atribuye una función pública y le asigna las potestades para ello. Como todo órgano del Estado, debe respetar la Constitución. Esta se encuentra preexistente a su tarea. El Tribunal interpreta la Constitución, pero no la crea. Por lo mismo, sus preceptos le son indisponibles. De ahí que no pueda ‘constitucionalizar’ preceptos legales. Esto es, darle rango constitucional a normas dictadas por el poder legislativo, no por el poder constituyente. La Constitución establece su propio mecanismo de incorporación de normas a su texto, mediante la reforma constitucional, establecida en los artículos 127, 128 y 129 de la Carta Fundamental. Dicho mecanismo debe ser respetado por todos los órganos del Estado, incluido el Tribunal Constitucional, quien también debe “someter su acción a la Constitución”²³⁸.

2. LO QUE SE DECLARA INCONSTITUCIONAL ES LA APLICACIÓN DEL PRECEPTO AL CASO CONCRETO

Así, ha manifestado el tribunal que si bien la decisión de esta Magistratura “no está constreñida a la simple constatación abstracta de si existe o no en el texto del precepto impugnado una infracción constitucional, es forzoso que siempre el conflicto sometido a su decisión consista en la existencia de una *contradicción concreta y determinada entre la ley y la Constitución*, la cual en algunas ocasiones podrá brotar con claridad del solo texto del precepto legal cuestionado y en otras emergerá de las peculiaridades de su aplicación al caso concreto *sublite*”²³⁹.

*El tribunal en este sentido ha rechazado acciones interpuestas que no expongan esta contradicción, declarando por ejemplo que “(...) lo que se alega contrario a la Carta Fundamental no es entonces el contenido de un precepto legal que, aplicado a un caso, lo vulnera, sino una decisión de un tribunal” para luego sentenciar que “la inaplicabilidad no es vía idónea para declarar que un Tribunal ha actuado ilegalmente, aunque se alegue que, con ese actuar ilegal, se haya excedido la competencia y con ello afectado la Carta Fundamental; pues la acción constitucional referida sólo está llamada a pronunciarse en caso que la afectación de la Constitución Política se produzca en razón de la aplicación de lo dispuesto en un precepto legal”*²⁴⁰.

²³⁸ Sentencia Rol 1314 de 24 de septiembre de 2009, considerandos 5° y 6°.

²³⁹ Sentencia Rol 810 de 24 de enero de 2008, considerando 10°.

²⁴⁰ Sentencia Rol 1008 de diciembre de 2007, considerandos 7° y 8°. En el mismo sentido, sentencia Rol 1018 de 27 de diciembre de 2007, sentencia Rol 1516 de 22 de diciembre de 2009.

3. SE DECLARA LA INCONSTITUCIONALIDAD, ENTONCES, RESPECTO AL CASO CONCRETO, Y NO SOBRE EL PRECEPTO LEGAL ANALIZADO ABSTRACTAMENTE

El “carácter genérico o abstracto, [es] ajeno a la naturaleza de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”²⁴¹.

Por tanto, “un precepto legal que se ajusta a la Constitución puede, no obstante, en su aplicación a una situación determinada, resultar contrario a los fines previstos por ella. Es posible que la norma jurídica, estimada en su generalidad, no se contradiga con la carta fundamental, pero que una circunstancia diversa y peculiar del caso provoque, al aplicársele el precepto legal, un resultado inconstitucional”²⁴². En consecuencia, “*lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, son los efectos generales por la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto*”²⁴³. A este respecto, ha precisado el tribunal que “*la practica invariable de este órgano constitucional ha sido que si en el requerimiento se plantean cuestionamientos de forma y de fondo, deben analizarse primeramente los presuntos vicios formales, por ser la fórmula que más se aviene con la razón, pues de estar viciado en su formación, el precepto legal impugnado no será tal y deberá acogerse el requerimiento careciendo de toda utilidad analizar, además, las inconstitucionalidades de fondo de que pudo adolecer*”²⁴⁴. El tribunal “relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior. Lo dicho deja de manifiesto que *las características y las circunstancias del caso concreto de que se trate, han adquirido en la actualidad una relevancia mayor de la que debía atribuírseles antes de 2005*, pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer sobre la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto *sublite*”²⁴⁵.

Declara el tribunal que “*la magistratura constitucional no está compelida a la mera comparación abstracta de dos normas de diverso rango, sino que en el instituto de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad ‘comparecen tres elementos de cotejo necesarios para su decisión; a saber: la norma constitucional, el precepto legal cuya inaplicación se solicita y lo más específicamente decisivo el examen particular acerca de si en ese caso, la aplicación del precepto cuestionado pudiera generar efectos opuestos a la finalidad implícita de aquella...*”²⁴⁶. De la misma forma, ha sentenciado que “lo que el tribunal debe

²⁴¹ Sentencia Rol 1369 de 22 de abril de 2009, considerando 5°.

²⁴² Sentencia Rol 549 de 30 de marzo de 2007, considerando 17°.

²⁴³ Sentencia Rol 767 de 30 de octubre de 2007, considerando 5°. En el mismo sentido, sentencia Rol 1140 de 14 de enero de 2009.

²⁴⁴ Sentencia Rol 1145 de 17 de marzo de 2009, considerando 16°.

²⁴⁵ Sentencia Rol 517 de 08 de mayo de 2007, considerando 10°. En el mismo sentido, sentencia Rol 535 de 08 de mayo de 2007, sentencia Rol 588 de 26 de julio de 2007, sentencia Rol 596 de 12 de julio de 2007, sentencia Rol 608 de 02 de octubre de 2007, sentencia Rol 718 de 26 de noviembre de 2007, sentencia Rol 759 de 26 de noviembre de 2007, sentencia Rol 773 de 23 de noviembre de 2007, sentencia Rol 781 de 27 de septiembre de 2007, sentencia Rol 1130 de 07 de octubre de 2008, sentencia Rol 1038 de 14 de agosto de 2008, sentencia Rol 968 de 22 de julio de 2008, sentencia Rol 1445 de 29 de enero de 2010, sentencia Rol 1006 de 22 de enero de 2009, sentencia Rol 991 de 29 de enero de 2009.

²⁴⁶ Sentencia Rol 478 de 08 de agosto de 2006, considerando 15°. En el mismo sentido, sentencia Rol 529 de 09 de noviembre de 2006, sentencia Rol 1006 de 22 de enero de 2009.

practicar es *un examen concreto* de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución”²⁴⁷.

Como vemos, se realiza una comparación entre la Acción de Inaplicabilidad antes de la reforma del año 2005, y la actual acción, declarando que “antes de 2005, la Corte Suprema apreciaba la conformidad constitucional de un precepto legal al confrontarlo con el caso concreto. En ése momento, como lo describe Alejandro Silva: *llevado lo abstracto de la norma a lo concreto de su aplicación, ella puede ser constitucional o inconstitucional según las características de los problemas específicos que se presenten (...)*. Según el nuevo texto, el Tribunal Constitucional apreciará la conformidad constitucional del precepto después de confrontarlo con el caso concreto, cuando se manifiesten los resultados de su aplicación. Esta normativa, además, se hace más compleja si se considera que las acciones de inaplicabilidad se pueden presentar respecto de preceptos legales por aplicar”²⁴⁸. Finalmente, “el que en un caso determinado se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso proceda igual declaración”²⁴⁹.

En este sentido, “*no debe confundirse la inaplicabilidad, por tanto, con el control abstracto de constitucionalidad, como el que se efectúa respecto de preceptos orgánicos constitucionales o tratándose de la acción de inconstitucionalidad*”²⁵⁰ pues el tribunal nos dice que en “sentencias recaídas en procesos sobre inaplicabilidad pronunciadas por esta Magistratura, no será siempre posible extraer conclusiones jurisprudenciales o doctrinas de carácter general acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de determinados preceptos legales. Por lo tanto, ello no impediría que un precepto legal declarado inaplicable en sucesivos casos concretos, pueda permanecer dentro del ordenamiento jurídico, y otros sean tan ostensiblemente inconstitucionales per se, que justifiquen su inmediata expulsión del orden jurídico nacional”²⁵¹. En una sentencia de inconstitucionalidad, el tribunal repite el mismo criterio, señalando al respecto que “el juicio de inconstitucionalidad expresa una comparación abstracta de dos normas de distinto rango, para constatar su manifiesta incompatibilidad. La ilegitimidad constitucional del precepto legal emana de su propio enunciado, sin referencia a una situación singular. La sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, que expulsa el precepto del ordenamiento jurídico, produce efectos generales y derogatorios. En la inaplicabilidad, por el contrario, la decisión jurisdiccional ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación de la norma impugnada puede tener en el caso concreto y no, necesariamente, en su contradicción abstracta y universal

²⁴⁷ Sentencia Rol 479 de 08 de agosto de 2006, considerando 3°. En el mismo sentido, sentencia Rol 541 de 26 de diciembre de 2006, en la prevención redactada por el Ministro don Enrique Navarro Beltrán, sentencia Rol 568 de 12 de enero de 2007, sentencia Rol 616 de 06 de septiembre de 2007.

²⁴⁸ Sentencia Rol 480 de 27 de julio de 2006, prevención del Ministro don Mario Fernández Baeza, N° 4.

²⁴⁹ Sentencia Rol 473 de 08 de mayo de 2007, considerando 9°. En el mismo sentido, sentencia Rol 741 de 30 de octubre de 2007.

²⁵⁰ NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE. Cit., pág. 17.

²⁵¹ Sentencia Rol 546 de 16 de noviembre de 2006, considerando 3° por el rechazo de la acción.

con la preceptiva constitucional, por lo que los efectos de la resolución son relativos y conciernen a las partes del juicio o gestión en que inciden; de ello “se sigue que no existe una relación causal entre ambos juicios –de inaplicabilidad e inconstitucionalidad–, en términos que la inaplicación de un precepto provoque y convoque necesaria y obligatoriamente a una declaración de inconstitucionalidad. Perfectamente una disposición declarada inaplicable puede ser constitucional en abstracto y resultar aplicable en otros casos. Sólo será inconstitucional si ninguna interpretación o posible hipótesis de aplicación de la disposición admite su sujeción a la Carta Fundamental”²⁵².

En otro de sus pronunciamientos, *el tribunal precisa las características de la declaración de inconstitucionalidad derivada de la aplicación del precepto al caso concreto*, manifestando que “la inconstitucionalidad en la aplicación de un precepto puede derivar esencialmente de dos circunstancias. La primera es la *inconstitucionalidad intrínseca de la norma*, que, compulsada con el texto constitucional, no admite conciliación y, por tanto, generalmente se traducirá en su aplicación contraria al mismo. *La otra se expresa a través de una disposición que, en abstracto, es compatible con la Constitución, pero que, aplicada a una relación jurídica singular y concreta, provoca efectos contradictorios con ella*. Esta nota, proveniente de la generalidad de la norma –que no subsume necesariamente todas las situaciones que se dan en la realidad–, es la que genera la contrariedad específica en la aplicación”, por tanto “que para que la aplicación del precepto legal sea contraria a la Constitución, *es menester que ella sea el antecedente directo del efecto o consecuencia inconstitucional*. Es decir, que la mera regulación de la situación jurídica concreta provoque ese efecto”²⁵³.

Finalmente, *la sentencia de inaplicabilidad*, como lo mencionamos en la primera parte de esta investigación, *sólo produce efectos relativos*, expresando el tribunal que con la nueva Acción de Inaplicabilidad se “relativiza, por una parte, el examen meramente abstracto de constitucionalidad y, por la otra, impide extraer conclusiones, reglas y principios generales a partir de una sentencia de inaplicabilidad, por lo que resulta necesario reiterar lo señalado por esta Magistratura en cuanto a que lo decidido en un proceso determinado ha de entenderse referido sólo y exclusivamente al mismo”²⁵⁴.

4. LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD NO TIENE NATURALEZA PREVENTIVA

Pues “resulta claro que el actor, obrando de la forma que permite el artículo 20 de la Ley Fundamental, interpuso ante la jurisdicción competente una acción cautelar de naturaleza preventiva en su favor y, también, que la gestión en la que ésta incide se encuentra pendiente de resolución. Sin embargo, debe observarse que *ello no lo habilita para solicitar a esta Magistratura una declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del mismo carácter preventivo*, según se desprende del numeral 6° y del inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución, antes transcritos; por otra parte, *en cuanto concierne a la exposición de la forma en que los preceptos legales impugnados violentarían la Carta Fundamental en su aplicación al caso concreto que se*

²⁵² Sentencia de inconstitucionalidad de la frase “gratuitamente” del art. 595 del Código Orgánico de Tribunales, Rol 1345 de 25 de mayo de 2009, considerandos 27° y 28°.

²⁵³ Sentencia Rol 1038 de 14 de agosto de 2008, considerando 4° y 20°.

²⁵⁴ Sentencia Rol 616 de 06 de septiembre de 2007, considerando 47°.

*ventila hoy ante la Corte Suprema, el requirente entrega argumentaciones que no se avienen con el objeto y la naturaleza concreta de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad regulada, como se ha expuesto, en el N° 6° del artículo 93 de la Constitución. Las referidas argumentaciones se acercan, más bien, a una declaración de inconstitucionalidad de índole abstracta*²⁵⁵.

5. NO PROCEDE LA ACCIÓN CUANDO ÉSTA SE FUNDA EN UNA EVENTUAL O HIPOTÉTICA APLICACIÓN DEL PRECEPTO IMPUGNADO. DEBE EXISTIR AL MENOS LA POSIBILIDAD REAL DE QUE ÉSTE SEA APLICADO

En este sentido, ha declarado el tribunal que “este sentenciador ya se ha pronunciado en otras ocasiones sobre requerimientos fundados *en supuestos hipotéticos*, expresando al respecto que tales cuestionamientos no configuran un asunto de aquellos que le corresponde conocer y resolver a esta Magistratura, en ejercicio de la atribución que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo, de la Constitución le confiere”²⁵⁶. Lo anterior, habida consideración de que como también se precisara, “*la Constitución ha contemplado la acción de inaplicabilidad como un medio de impugnar la aplicación de normas legales determinadas invocadas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable en la misma; por consiguiente, no resulta ser razonablemente fundada la acción que, como la interpuesta a fojas uno, efectúa una mera conjetura hipotética acerca del efecto que provocaría la aplicación*”²⁵⁷.

El Tribunal Constitucional nos dice que “teniendo en consideración las motivaciones precedentes, no es posible que pueda prosperar la acción impetrada en autos, atendido que, al ser de ocurrencia incierta las circunstancias expuestas por el requirente, *también resulta incierta y por tanto hipotética la aplicación de los preceptos legales impugnados, cuestión que, en definitiva, impide que éstos tengan la cualidad de ser decisorios en la resolución de este asunto concreto*”; “en el caso concreto en que se ha solicitado pronunciamiento de inaplicabilidad, *los preceptos impugnados no tienen una posibilidad real de ser aplicados y ser decisivos, sino tan sólo una posibilidad hipotética y teórica, y es menester diferenciar estas situaciones, por cuanto la segunda de ellas no amerita un pronunciamiento de este sentenciador, desde el momento en que no ha sido llamado a emitir pronunciamientos de inaplicabilidad de eficacia hipotética*”²⁵⁸.

²⁵⁵ Sentencia Rol 733 de 21 de marzo de 2007, considerando 8° y 9°. Dicha sentencia fue pronunciada con el voto en contra del Ministro don Mario Fernández Baeza, quien consideró “Que no se desprende del numeral 6° ni del inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución que el actor no esté habilitado para solicitar de este Tribunal una declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del mismo carácter preventivo que la gestión pendiente de autos”. En efecto, la fórmula “...que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto...”, utilizada en el citado inciso undécimo, justamente franquea la posibilidad para formular una pretensión de carácter hipotético, futuro y, por ende, preventivo. Es más, la institución de la inaplicabilidad misma alcanza su sentido más intrínseco ante la inminencia de que un tribunal aplique un precepto con resultados o efectos atentatorios o contrarios a la Constitución” (número 2°), determinando así que dicho requerimiento de inaplicabilidad debió ser acogido.

²⁵⁶ Sentencia Rol 1445 de 29 de enero de 2010, considerando 32°. En el mismo sentido, sentencia Rol 1267 de 13 de noviembre de 2008.

²⁵⁷ Sentencia Rol 1049 de 13 de marzo de 2008, en el mismo sentido, sentencia Rol 1445 de 29 de enero de 2010.

En tanto, vemos cómo *el tribunal relaciona la aplicación del precepto con su carácter decisivo*. En razón de lo anterior es que se ha “afirmado que el requerimiento de inaplicabilidad procede contra un precepto legal, de cualquier naturaleza, que se estima contrario a la Carta Fundamental; la exigencia constitucional se completa si dicho precepto legal puede resultar decisivo en la resolución del asunto o gestión pendiente, lo que implica que la inaplicabilidad declarada deba ser considerada por el juez llamado a resolverla, tanto en lo que se refiere a los fundamentos de ésta cuanto a todo otro razonamiento que implique que la decisión del asunto no resultará contraria a la Constitución”²⁵⁹.

Es más “en cuanto a la *aptitud de un precepto legal para ser decisivo* en una gestión pendiente, este órgano jurisdiccional ha explicado que no le corresponde determinar en sus pronunciamientos de inaplicabilidad si las normas legales impugnadas, en definitiva, *serán las que sirvan para resolverlo*, atendido que esta cuestión es materia de competencia de los jueces del fondo. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional no se encuentra convocado a establecer con absoluta certeza si los preceptos impugnados serán considerados por el juez del fondo para decidir el caso concreto, sino que basta que tenga la convicción de que puedan ser derecho aplicable”²⁶⁰.

El tribunal entonces, se refiere al carácter decisivo que debe tener el precepto impugnado, el que sí puede ser eventual, según lo vimos en el capítulo IV. *Es decir, mientras el precepto legal debe tener una posibilidad cierta de aplicarse, el carácter decisivo del precepto impugnado puede ser hipotético. No quiere decir que el precepto legal haya sido efectivamente aplicado, sino que la posibilidad de que éste se aplique sea real.*

Finalmente, declara el tribunal que “*debe precisarse que el requerimiento de autos tampoco podría ser objeto de una sentencia estimatoria, desde el momento en que, al apoyarse en elucubraciones sobre el curso futuro del proceso penal pendiente prescindiendo de circunstancias concretas y reales, envuelve más bien una pretensión de inconstitucionalidad en abstracto* respecto de institutos procesales como lo son la formalización de la investigación y las salidas alternativas, cuestión que, sin perjuicio de ser desestimada por las motivaciones contenidas en el capítulo III de esta sentencia, no puede ser objeto de una declaración de inaplicabilidad”²⁶¹.

En esta interesante sentencia²⁶², es importante destacar las prevenciones de los Ministros don Raúl Bertelssen Repetto y doña Marisol Peña Torres, para quienes, “no tiene asidero que el tribunal haya considerado que lo planteado por el requirente era un reclamo abstracto de constitucionalidad, y que, pese a ello, haya decidido igualmente, entrar a resolver el fondo del asunto, pues sostener que estamos frente al reclamo indicado priva a este Tribunal de la competencia específica para resolverlo en virtud de lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 6 de la Constitución” (N° 4). En el mismo sentido, el tribunal reitera este criterio, señalando que “antes de entrar a la cuestión de fondo, el presente fallo

²⁵⁸ Sentencia Rol 1445 de 29 de enero de 2010.

²⁵⁹ Sentencia Rol 1445 de 29 de enero de 2010, considerando 36°.

²⁶⁰ Sentencia Rol 1445 de 29 de enero de 2010, considerandos 33° y 34°.

²⁶¹ Sentencia Rol 1445 de 29 de enero de 2010, considerando 37°.

²⁶² La sentencia Rol 1445 de 29 de enero de 2010.

habrá de resolver la petición de que la acción sea desestimada en virtud de que el precepto legal no puede resultar decisivo para resolver la gestión pendiente, formulada por la requerida. Conforme al proceder invariable de este tribunal, si tal cuestión de admisibilidad fuese acogida, no procederá entrar al fondo del asunto, pues la acción declarada improcedente por motivos de admisibilidad, no puede prosperar. En consecuencia, este examen es preliminar²⁶³. Así, hay numerosos casos donde el tribunal no se pronuncia sobre el fondo del asunto al declarar inadmisibile un requerimiento²⁶⁴.

Debemos recordar que en páginas anteriores mencionamos el carácter provisorio del examen de admisibilidad. Pues bien, a nuestro juicio, es ese carácter el que permite precisamente al tribunal emitir un juicio sobre algún requisito de admisibilidad, y luego en el análisis de fondo, dictaminar algo distinto.

Más interesante aún resulta lo declarado en el número siguiente de la prelación, *pues dichos ministros no están de acuerdo con que la aplicación del precepto en la gestión pendiente deba ser concreta*, así señalan que “subordinar la procedencia de la acción de inaplicabilidad a que exista una certeza absoluta respecto de la aplicación de los preceptos legales que se impugnan, por parte del juez que conoce de la gestión pendiente, podría impedir el cumplimiento cabal de la finalidad que persigue la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley que es la defensa integral del principio de supremacía constitucional” para culminar diciendo que “a esta Magistratura deba bastarle la sola posibilidad de que el o los preceptos legales impugnados puedan ser aplicados en la resolución de la gestión pendiente para decidir si deben ser declarados inaplicables por contrariar la Carta Fundamental. Tal inteligencia se desprende del propio texto del artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución, según el cual la inaplicabilidad debe referirse a un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, ‘resulte’ contraria a aquélla. La expresión ‘resulte’ supone un juicio intelectual que abarca un abanico de posibilidades de aplicación, algunas de las cuales podrán ser omitidas por el juez de fondo. Pero como éste es libre de aplicar o no los preceptos impugnados, mientras no exista una decisión del Tribunal Constitucional que se lo impida, no puede, de antemano, afirmarse que alguno de ellos no resultará aplicable contrariando, en ese evento, la Constitución. La excepción está constituida solamente por aquellos preceptos que están absolutamente fuera de la órbita de la decisión que involucra la gestión pendiente, como si se planteara que un asunto penal se va a decidir con arreglo a las normas que rigen el procedimiento civil, lo que, ciertamente, no ocurre en el caso de autos”.

Repite el mismo razonamiento otro pronunciamiento, el que precisa que “para declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal, la Carta Fundamental no exige que el mismo haya efectivamente recibido ya concreta aplicación en la gestión pendiente. Por el contrario, el numeral 6° del artículo 93 de la Constitución dispone que para resolver la inaplicabilidad de un precepto legal resulta suficien-

²⁶³ Sentencia Rol 1253 de 27 de enero de 2009, considerando 4°.

²⁶⁴ Véase sentencia Rol 1285 de 13 de enero de 2009. En el mismo sentido, sentencia Rol 1296 de 29 de enero de 2009, sentencia Rol 1325 de 11 de febrero de 2009, sentencia Rol 1338 de 12 de marzo de 2009, sentencia Rol 1334 de 19 de marzo de 2009.

te que su aplicación en una gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial “resulte contraria a la Constitución”, sin que establezca exigencia alguna en el sentido de que esa aplicación se haya ya verificado en la gestión respectiva. Por su parte, el inciso decimoprimerero del mismo precepto constitucional resulta aun más claro, pues sólo exige, la verificación de la existencia de una gestión pendiente y que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto en esa misma gestión. Las expresiones “pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto” manifiestan inequívocamente, como ya lo ha declarado en reiteradas oportunidades este Tribunal, que basta con la *sola posibilidad de que el precepto pueda resultar aplicado para decidir un asunto, para que proceda entrar al fondo de la cuestión*”. Así, “que a idéntica conclusión debe arribarse si se tiene presente que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad tiene por objeto velar por la supremacía constitucional. *El carácter preventivo que reprocha a la pretensión el requerido, no obsta a entrar al fondo del asunto, pues resulta evidente, al tenor de las propias solicitudes de la parte requerida en la gestión pendiente, que el precepto legal podría recibir aplicación para resolver un asunto en dicha gestión, aunque ello no se haya verificado aún*. El propósito de la Carta Fundamental, a través del mecanismo de la inaplicabilidad, es precisamente evitar que se aplique una norma en una gestión pendiente con resultados contrarios a la Constitución, por lo que no resulta lógico ni razonable exigir, como pretende el requirente, que el precepto legal que se ha de examinar haya ya recibido aplicación en esa gestión”²⁶⁵.

Otra sentencia es más osada y señala que “la inaplicabilidad es una acción constitucional que, impulsada y declarada admisible, otorga al Tribunal Constitucional la potestad de resolver que la *aplicación futura y eventual* de un precepto legal en un caso concreto en *litis* resulta contraria a la Constitución”²⁶⁶.

CAPÍTULO VI

QUINTO REQUISITO DE ADMISIBILIDAD: “QUE LO SOLICITE LA PARTE O EL JUEZ QUE CONOCE DEL ASUNTO”

En este sentido, la legitimación activa la tienen: i) el *juez* que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, en cuyo caso el requerimiento deberá formularse a través de un oficio y acompañando una copia de las piezas principales del expediente en cuestión, además de dejar la debida constancia del requerimiento en el expediente original y notificando a las partes del litigio; ii) quienes son *partes* de la gestión pendiente, y en ese caso la parte requirente deberá acompañar un certificado expedido por el tribunal que conoce de la gestión judicial, donde conste la existencia de la misma, el estado en que se encuentra, la calidad de parte del requirente, su nombre, domicilio y el de sus apoderados (art. 47 A LOCTC).

²⁶⁵ Sentencia Rol 1006 de 22 de enero de 2009, considerandos 4° y 5°.

²⁶⁶ Sentencia Rol 1204 de 28 de mayo de 2009, considerando 1°.

La “legitimación activa del juez se justifica si se tiene en cuenta que con el recurso, no sólo se está protegiendo un derecho subjetivo de alguna de las partes, sino la vigencia de la Constitución”²⁶⁷.

La jurisprudencia del tribunal ha señalado que:

1. SI EL JUEZ PRESENTA EL REQUERIMIENTO, NO ES NECESARIO QUE PARA ELLO CONFIERA PATROCINIO Y PODER A UN ABOGADO PARA QUE LO REPRESENTE

Se han presentado casos curiosos donde el juez que conoce de la causa ha sido patrocinado por un abogado, a lo que el tribunal ha resuelto: “*el juez aludido otorgó patrocinio y poder a un letrado para que lo representara ante estos estrados, lo que ciertamente no constituye en modo alguno exigencia constitucional o legal*. Por el contrario, la Carta Fundamental, en su artículo 93, inciso decimoprimer, indica que ‘*la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto*’, lo que da cuenta de la situación diversa en que se encuentran las partes en la gestión respecto del juez que debe aplicar la norma, en su caso. En concordancia con lo anterior, el artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales, expresa que los abogados ‘*son personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los tribunales de justicia los derechos de las partes litigantes*’. Ciertamente, el juez de la causa no tiene el carácter de parte litigante en la acción de inaplicabilidad. En efecto, *el juez de la causa lo que formula es un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto, en términos tales de comunicar a través de una resolución fundada la controversia, tal como ha ocurrido en el caso de autos, cumpliendo así la exigencia constitucional establecida en el artículo 93 aludido*”²⁶⁸.

2. SE HAN PRESENTADO REQUERIMIENTOS INTERPUESTOS POR JUECES DE TRIBUNALES CON DIFERENTES COMPETENCIAS

Así, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, como medida para mejor resolver e invocando la facultad asignada al Tribunal Constitucional en el inciso primero, N° 6, del artículo 93 de la Constitución, ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley N° 18.575²⁶⁹. En el mismo sentido, ha sido también la Corte Suprema la que, conociendo de un recurso de casación, ha interpuesto el requerimiento²⁷⁰. De la misma forma, no sólo las Cortes interponen requerimientos de inaplicabilidad, sino también los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal²⁷¹.

²⁶⁷ HORMAZÁBAL, HERNÁN. Cit. pág. 48.

²⁶⁸ Sentencia Rol 1065 de 18 de diciembre de 2008, considerando 11°.

²⁶⁹ Véase sentencia Rol 634 de 09 de agosto de 2007. Otro requerimiento presentado por una Corte de Apelaciones, de Iquique en este caso, es el de la sentencia Rol 711 de 06 de septiembre de 2007.

²⁷⁰ En la sentencia Rol 1245 de 08 de enero de 2009, donde se cuestiona la constitucionalidad del art. 161 del Código Tributario. En el mismo sentido la sentencia Rol 1221 de 08 de enero, sentencia Rol 1233 de 13 de enero de 2009.

²⁷¹ Sentencia Rol 787 de 18 de diciembre de 2007, requerimiento que fue interpuesto por la Tercera Sala de dicho tribunal.

La interposición del requerimiento se realiza mediante un *oficio* enviado al Tribunal Constitucional, donde se señala el precepto legal que supuestamente contraría la Constitución y las normas de ésta que se estarían vulnerando. Cabe destacar que, tratándose de requerimientos interpuestos por Tribunales de Justicia, en los alegatos ante el Tribunal Constitucional sólo participarían el requerido, si es que ejerce esa facultad y los demás quienes se hagan parte, pero no participan los requirentes, es decir los tribunales, pues para reemplazar el alegato es que la ley LOCTC contempla que el tribunal que conoce del fondo del asunto remita copias de las principales piezas del expediente al Tribunal Constitucional.

Ello se ve por ejemplo en un pronunciamiento, donde si bien los Tribunales de Justicia, tales como el Juez Suplente del Décimo Cuarto Juzgado del Crimen de Santiago, la Jueza Suplente del Vigésimo Segundo Juzgado del Crimen de Santiago, la Relatora del Pleno de la Corte de Apelaciones, y el Ministro don Haroldo Brito Cruz, Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago, realizan observaciones al requerimiento interpuesto por la abogada requirente, en relación a la constitucionalidad de la institución de los abogados de turno consagrada en el art. 595, específicamente el inciso primero, del Código Orgánico de Tribunales, sólo alega ésta última²⁷².

3. LOS REQUIRENTES DEBEN SER PARTES DEL LITIGIO

En este sentido “la inaplicabilidad es formulada por una de las partes del juicio antedichos, desde el momento que lo han impetrado los propios demandados, a través de su representante legal”²⁷³.

4. AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO LE CORRESPONDE ANALIZAR LA LEGITIMIDAD DE LAS PARTES EN LA GESTIÓN PENDIENTE

Señalando que “la entidad y cuantía del interés comprometido por la actora [del requerimiento] en la gestión pendiente es una cuestión que debe discutirse en ella. Mientras los requirentes permanezcan como parte en una gestión, no le compete a este Tribunal juzgar la legitimidad de ser parte en ella”²⁷⁴.

5. LA FORMA DE INTERPONER EL REQUERIMIENTO, TANTO POR EL JUEZ COMO POR LAS PARTES DEL LITIGIO, DEBE AJUSTARSE EXPRESAMENTE A LO CONSAGRADO EN EL ART. 93 N° 6 DE LA CONSTITUCIÓN, NO PROCEDIENDO OTROS MEDIOS PARA INCOAR LA ACCIÓN

Precisando este requisito, y respecto de un curioso requerimiento de inaplicabilidad realizado por la Corte de Apelaciones de Iquique, la cual remite copia de un escrito de Recurso de Protección donde en uno de sus otrosíes la actora solicitó la declaración de inaplicabilidad, ha manifestado el tribunal que “tratándose

²⁷² Sentencia Rol 1140 de 14 de enero de 2009.

²⁷³ Sentencia Rol 519 de 05 de junio de 2007, considerando 5°. En el mismo sentido, sentencia Rol 526 de 24 de abril de 2007, sentencia Rol 616 de 06 de septiembre de 2007, sentencia Rol 1203 de 08 de enero de 2009, donde la Corte Suprema conocía de un recurso de casación en la forma y en el fondo.

²⁷⁴ Sentencia Rol 1215 de 30 de abril de 2009, considerando 5°.

del ejercicio de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, la Constitución considera como sujetos legitimados a las partes de una gestión judicial pendiente y al juez que está conociendo de la misma, los que podrán requerir directamente y de propia iniciativa a esta Magistratura, previo a la resolución de la respectiva gestión pendiente. Ahora bien, si son las partes del proceso las que deciden requerir la inaplicabilidad de una determinada norma de jerarquía legal que pueda ser derecho aplicable para la resolución de un asunto, deberán hacerlo directamente ante esta Magistratura, especificando la gestión pendiente en la que incide, individualizando el tribunal ante el cual se sustancia y cumpliendo con todos los presupuestos procesales establecidos por la Carta Fundamental y en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional. *Si es el juez el que se encuentra enfrentado a una duda de constitucionalidad acerca de un precepto legal que pueda aplicar como norma decisoria litis en el proceso que sustancia, es él quien debe directamente requerir ante este Tribunal Constitucional manifestando en forma expresa su voluntad de obtener una sentencia que se pronuncie sobre la materia, constituyéndose, de esta forma, en sujeto activo de la acción de inaplicabilidad. Asimismo, tal decisión debe traducirse en un requerimiento formal de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que cumpla con los requisitos exigidos por las normas constitucionales y legales aludidas precedentemente, lo cual constituye una materia del todo ajena a los pronunciamientos relativos a peticiones que le formule la parte en otrosíes del escrito del recurso de protección deducido*, expresando finalmente que “conforme a lo razonado, la vía empleada por los recurrentes de protección para requerir a esta Magistratura en el caso *sublite*, no se ajusta a la Constitución Política, por lo que la remisión de antecedentes efectuada por la Corte de Apelaciones de Iquique que ampara tal proceder, no resulta procesalmente idónea para aperturar un proceso y obtener una sentencia de inaplicabilidad, y así será declarado”²⁷⁵.

CAPÍTULO VII

SEXTO REQUISITO DE ADMISIBILIDAD:

“QUE LA IMPUGNACIÓN ESTÉ FUNDADA RAZONABLEMENTE”

Se refiere a la exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y cómo ellos producirían la infracción constitucional, señalando expresamente los vicios inconstitucionales que se aducen y las normas constitucionales transgredidas (art. 47B LOCTC).

Se “exige, pues, fundamentos o bases establecidas sobre la razón, esto es en base a lo ‘arreglado, justo, conforme a razón’, o sea sobre ‘argumento o demostración que se aduce en apoyo de algo’ y con ‘motivo o causa’”²⁷⁶.

²⁷⁵ Sentencia Rol 1324 de 12 de febrero de 2009, considerando 2° y 10°.

²⁷⁶ BRUNET, MARCELO. “Admisibilidad en materias constitucionales: Principio in dubio pro admitere”. *Revista de Derecho Público*, Tomo I, N° 69, año 2007, pág. 423.

En este sentido, el principal problema que podría presentar este requisito consiste en “deslindar lo que es estrictamente necesario para que se admita el requerimiento de aquello que será materia del pronunciamiento de fondo”²⁷⁷.

De la jurisprudencia del tribunal, los criterios que podemos extraer son los siguientes:

1. EL REQUERIMIENTO DEBE INDICAR LA FORMA PRECISA CÓMO LA APLICACIÓN DEL PRECEPTO LEGAL CONTRAVIENE LA CONSTITUCIÓN

El Tribunal ha explicitado que la exigencia constitucional de fundamentar razonablemente un requerimiento de inaplicabilidad “supone una *suficiente y meridiana motivación*, de modo que *pueda comprenderse en términos intelectuales* la pretensión que se solicita al tribunal”²⁷⁸.

No basta con exponer un juicio abstracto de la supuesta contradicción entre el precepto legal impugnado y la Carta Fundamental, al contrario, debe exponerse la manera específica y concreta de cómo la norma legal contraría la Constitución. Ya lo habíamos mencionado al estudiar los capítulos anteriores pero es pertinente reiterarlo al estudiar este requisito de admisibilidad, dado que en muchos casos, el tribunal rechaza requerimientos aduciendo precisamente la falta de este requisito de admisibilidad. Así, nos dice el tribunal “*que la fundamentación razonable es un requisito que consiste en que el requerimiento sea inteligible para el Tribunal Constitucional, en orden a que le permita comprender lo pretendido por el actor y el asunto sometido a su conocimiento*. Se trata de que el requerimiento contenga una *exposición, sustentada de manera adecuada y lógica, acerca de la forma en que se produciría la contradicción entre la norma impugnada y los preceptos fundamentales invocados*”²⁷⁹. Así, por demás, lo ha resuelto esta Magistratura en sus pronunciamientos de inaplicabilidad, precisando que la aludida exigencia “no tiene por objeto calificar la excelencia analítica en la exposición de los argumentos acerca de los vicios de constitucionalidad, sino verificar que los fundamentos de la acción sean suficientemente sólidos o convincentes para dar plausibilidad al asunto planteado y que sean de tal modo articulados que permitan a este Tribunal reconocer su competencia específica, aquello que es sometido a su conocimiento y resolución, y a la contraparte poder conocer la pretensión, en términos suficientes para trabar una *litis* sobre un objeto determinado y reconocible”²⁸⁰. En síntesis, nos indica el tribunal que las argumentaciones abstractas, que intentan explicar a través de un juicio lógico dicha contradicción provocan la inadmisibilidad de la acción interpuesta.

Ahora, bien precisa el tribunal que “el hecho de que la petición debe ser fundada, *no significa que lo tenga que hacer de forma minuciosa*. La Constitución ordena verificar en toda acción de inaplicabilidad, para efectos de declararla admisible, entre otras cuestiones, que el requerimiento se encuentre razonablemente funda-

²⁷⁷ MASSMANN BOZZOLO, NICOLÁS. Cit., pág. 285.

²⁷⁸ Sentencia Rol 1260 de 07 de mayo de 2009, considerando 7°, por el rechazo del requerimiento. En el mismo sentido, sentencia Rol 1046 de 22 de julio de 2008.

²⁷⁹ Sentencia Rol 1263 de 13 de noviembre de 2008, considerando 7°.

²⁸⁰ Sentencia Rol 1138 de 08 de septiembre de 2008, considerando 12°. En el mismo sentido, sentencia Rol 1046 de 22 de julio de 2008.

do, exigencia que ciertamente incluye una explicación circunstanciada del modo en que la aplicación de los preceptos legales habrá de resultar contraria a uno o más específicos preceptos de la Carta Fundamental, tal como consta en múltiples resoluciones de esta magistratura que cita el requerido. Tal exigencia, sin embargo, *no tiene por objeto calificar la excelencia analítica en la exposición de los argumentos acerca de los vicios de constitucionalidad, sino verificar que los fundamentos de la acción sean suficientemente sólidos o convincentes* para dar plausibilidad al asunto planteado y que sean de tal modo articulados que permitan a este Tribunal reconocer su competencia específica, aquello que es sometido a su conocimiento y resolución, y a la contraparte poder conocer la pretensión, en términos suficientes para trabar una *litis* sobre un objeto determinado y reconocible. *El sentido de la exigencia de una fundamentación razonable es entonces doble*; por una parte, evitar que esta Magistratura se avoque a resolver cuestiones que, en su presentación inicial, no demuestran siquiera un fundamento plausible; y, por otra, que no se traben juicios de inaplicabilidad cuyo objeto resulte tan difuso o confuso que el Tribunal no pueda determinar su competencia específica o la contraparte saber lo que se pretende y cuáles son los fundamentos de la acción a la que tiene derecho a oponerse. En ambos casos, se trata de objetivos prácticos que no consisten en la medición de la excelencia de la argumentación, lo que es más propio del quehacer teórico o académico. En la especie, si bien el requerimiento es escueto en exponer de qué forma el precepto legal impugnado contraría la Constitución en su aplicación al caso concreto, las explicaciones que contiene han de considerarse suficientes para cumplir los objetivos prácticos que se han expuesto”²⁸¹.

Pero es claro en su exigencia, *pues si bien no requiere una fundamentación extremadamente detallada, sí destaca que debe exponerse la manera en que el precepto legal contraría la Constitución*. En este sentido, el tribunal ha declarado inadmisibles un requerimiento por considerar que “la acción deducida no puede considerarse como razonablemente fundada, ya que no entrega argumentaciones sobre los efectos inconstitucionales que, eventualmente, provocaría la aplicación de la norma legal que se impugna en la gestión judicial que se ha invocado”²⁸².

De la misma forma, ha rechazado requerimientos con falta de fundamentación razonable, por considerar que “resulta ajena a la naturaleza de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad que (...) no tiene por objeto indicarle al juez de la causa pendiente qué norma debe utilizar para resolver un asunto de su competencia, sino que sólo puede generar como consecuencia que ese mismo juez quede inhibido de poder aplicar en la gestión de que conoce una determinada disposición de jerarquía legal, atendido que, de lo contrario, se podría generar un efecto inconstitucional”²⁸³, o porque “no puede considerarse como razonablemente fundado el requerimiento si para explicar el eventual conflicto de constitucionalidad que provocaría la aplicación de las normas legales que impugna, el actor se limita a expresar su disconformidad con lo decidido por el 15° Juzgado Civil de Santiago”²⁸⁴.

²⁸¹ Sentencia Rol 1046 de 22 de julio de 2008, considerando 15° y 16°.

²⁸² Sentencia Rol 1286 de 03 de febrero de 2009, considerando 5°.

²⁸³ Sentencias Rol 1375 de 13 de mayo de 2009, considerando 5°.

²⁸⁴ Sentencia Rol 947 de 11 de octubre de 2007, considerando 5°.

Por otro lado, *la no exposición de manera concreta de cómo el precepto impugnado contraria la Constitución, puede llegar a que el tribunal entienda que se trata de una acción de inconstitucionalidad y rechace el requerimiento*, así ha manifestado también, que tan importante es la comprensión de este criterio “que, en síntesis, la argumentación que se desarrolla por la actora al formular el requerimiento dice relación básicamente con la contradicción genérica de las normas que impugna con la Constitución, lo que es propio de la declaración de inconstitucionalidad pero no de la acción de inaplicabilidad como actualmente se configura en la Carta Fundamental”²⁸⁵, razón por la cual, dice el tribunal, “debe concluirse que la acción deducida en estos autos no cumple con la exigencia de estar razonablemente fundada, por lo cual debe ser declarada inadmisibles”.

Finalmente repite lo mismo, expresando que “la Constitución ha contemplado la acción de inaplicabilidad como un medio de impugnar la aplicación de normas legales determinadas invocadas en una gestión judicial y que puedan resultar derecho aplicable en la misma; por consiguiente, no resulta ser razonablemente fundada la acción que (...) efectúa una mera conjetura hipotética acerca del efecto que provocaría la aplicación del inciso segundo del artículo 387 del Código Procesal Penal. Tampoco cumple tal exigencia el requerimiento que se alza en contra de un precepto legal, como lo es el artículo 386 del mismo cuerpo legal antes mencionado, que resulta evidente que no se aplica a la gestión judicial pendiente invocada”²⁸⁶.

2. EL TRIBUNAL HACE SINÓNIMOS LOS TÉRMINOS “FUNDAMENTO PLAUSIBLE”, ESTABLECIDO EN LA LOCTC TRAS LA MODIFICACIÓN INTRODUCIDA POR LA LEY 20.381, Y “FUNDAMENTO RAZONABLE”, ESTABLECIDO EN EL ART. 93 INCISO UNDÉCIMO DE LA CONSTITUCIÓN

Bien sabemos que la Constitución señala como uno de los requisitos de admisibilidad que la impugnación esté “fundada razonablemente”. Sin embargo, la jurisprudencia del tribunal anterior a la modificación introducida por la ley 20.381 asimilaba este requisito al “fundamento plausible”. Consciente de ello, entonces, el legislador, al dictar la ley mencionada (en octubre de 2009), establece expresamente el “fundamento plausible” como requisito de admisibilidad, en el art. 47F de la LOCTC, frase que fue aprobada por el Tribunal Constitucional en el control previo de constitucionalidad efectuado a dicha ley. Al respecto conviene insertar parte de la sentencia Rol 1288 de 25 de agosto de 2009, la cual recae sobre el control de constitucionalidad previo que el Tribunal Constitucional realizó al entonces proyecto de ley 20.381. En dicho pronunciamiento, se establece que “*el concepto de ‘fundamento plausible’ contenido en la norma en análisis, por su propio significado, se identifica con el de ‘fundada razonablemente’ que, aludiendo a la cuestión planteada, comprende el precepto de la Carta Fundamental*”; así “este Tribunal considera que la disposición comprendida en el N° 6° del inciso primero del artículo 47 G, contenido en el artículo único, N° 57, del proyecto, es constitucional en el entendido que se refiere a la exigencia contemplada en el artículo 93, inciso

²⁸⁵ Sentencia Rol 967 de 19 de diciembre de 2007, considerando 17°.

²⁸⁶ Sentencia Rol 1409 de 30 de junio de 2009, considerando 5°.

decimoprimeros, de la Constitución Política, de que la acción sometida a conocimiento de esta Magistratura esté “fundada razonablemente”²⁸⁷.

En tanto, señala el tribunal en un pronunciamiento de inaplicabilidad del 10 de noviembre de 2008 “que, a efectos de examinar si una acción de inaplicabilidad se encuentra razonablemente fundada, esta Magistratura ha establecido, ya en varios fallos que se debe ‘... verificar que los fundamentos de la acción sean suficientemente sólidos o convincentes para dar plausibilidad al asunto planteado...’ (Considerando 15° de la sentencia dictada el 22 de Julio de 2008 en el requerimiento de Sociedad Sergio Andrés Concha San Martín y Otro, causa rol 1046), para así ‘... evitar que esta Magistratura se avoque a resolver cuestiones que, en su presentación inicial, no demuestran siquiera un *fundamento plausible*’”; entonces “por las razones expuestas, este Tribunal decidirá que no concurre en la especie el presupuesto constitucional consistente en que ‘la impugnación esté fundada razonablemente’, por lo que el requerimiento de fojas uno debe ser declarado inadmisibles”²⁸⁸.

En otra sentencia más reciente, de 24 de marzo de 2010, establece de forma expresa el tribunal “que respecto de la causal de inadmisibilidad contemplada en el N° 6° del inciso primero del artículo 47 F de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, esta Magistratura resolvió en la sentencia Rol N° 1.288-2008 –sobre control de constitucionalidad del proyecto de ley que modificaba la antedicha ley orgánica constitucional, que luego se promulgó como Ley N° 20.381 (D.O. 28.10.2009)– que ‘el N° 6° del inciso primero del artículo 47 G [actual 47 F de la Ley N° 17.997] que el artículo único, N° 57, del proyecto remitido incorpora a la Ley N° 17.997 es constitucional en el entendido que *la expresión fundamento plausible que en él se contiene corresponde a la exigencia contemplada en el artículo 93, inciso decimoprimeros, de la Constitución Política, de que la acción interpuesta esté fundada razonablemente*’” (Punto resolutivo N° 11)²⁸⁹.

Para terminar, “examinado el requerimiento, a efectos de pronunciarse sobre su admisibilidad, y atendido el mérito de los antecedentes tenidos a la vista, esta Sala concluye que la acción constitucional deducida no cumple con la exigencia constitucional de contener *una impugnación razonablemente fundada o, en los términos utilizados por la mencionada legislación orgánica constitucional, deberá ser declarada inadmisibles por carecer de fundamento plausible*”²⁹⁰.

3. DEBE EXISTIR CONCORDANCIA ENTRE LA PARTE EXPOSITIVA DEL REQUERIMIENTO Y LA PARTE PETITORIA

Pues “el tribunal declara inadmisibles aquellos requerimientos donde la parte expositiva no coincide o es contradictoria con su petitorio”²⁹¹, o bien “no puede considerarse como razonablemente fundado el requerimiento, porque su parte

²⁸⁷ Sentencia Rol 1288 de 25 de agosto de 2009, considerando 104° y 105°.

²⁸⁸ Sentencia Rol 1249 de 10 de noviembre de 2008, considerandos 3° y 10°.

²⁸⁹ Sentencia Rol 1624 de 24 de marzo de 2010, considerando 4°.

²⁹⁰ Sentencia Rol 1590 de 10 de marzo de 2010, considerando 5°. En el mismo sentido, sentencia Rol 1565 de 09 de marzo de 2010, sentencia Rol 1581 de 09 de marzo de 210.

²⁹¹ MASSMANN BOZZOLO, NICOLÁS. Cit., pág. 287.

petitoria no es concordante con su parte expositiva”²⁹². Así lo sostiene el Tribunal Constitucional, al indicar “que, por otra parte, hay una evidente contradicción entre la parte petitoria del requerimiento y el cuerpo del mismo. En la primera, se solicita la declaración de inaplicabilidad de los artículos 3° y 4°, N° 2, de la Ley 17.235. No obstante, en el segundo, se indica que las disposiciones que se estiman inconstitucionales son los artículos 3°, 4°, N° 2, y 1° de dicho cuerpo legal. Que, por las razones expuestas, este tribunal considera que no concurre el presupuesto de encontrarse la impugnación fundada razonablemente y, en consecuencia, la presentación de fojas 1 debe ser declarada inadmisibles”²⁹³. También lo ha señalado así en otro de sus pronunciamientos, donde nos dice que “la presentación de fojas uno no cumple con la exigencia anotada anteriormente [estar debidamente fundada], pues no existe debida congruencia entre la petición que se somete a la decisión de esta magistratura y la fundamentación de la misma en el cuerpo del requerimiento”²⁹⁴.

En su jurisprudencia más reciente el tribunal repite el criterio, diciendo que “el hecho de que la parte expositiva del requerimiento no coincida con su petitorio, en cuanto a las normas legales que se pide a este Tribunal inaplicar en la gestión judicial pendiente que se invoca, tampoco permite calificar como razonablemente fundada la acción deducida en este caso”²⁹⁵.

También rechaza el tribunal un requerimiento por faltar ese criterio, al expresar “que, se observa que en la parte petitoria del requerimiento se invoca como posiblemente infringido el N° 26° del artículo 19 de la Constitución Política, sin que en su parte expositiva exista referencia alguna a él ni a la forma en que la aplicación de las normas impugnadas pudiera generar una contravención al mismo”²⁹⁶.

4. PARA QUE EL REQUERIMIENTO ESTÉ FUNDADO RAZONABLEMENTE, DEBEN EXPONERSE LOS HECHOS DE MANERA CIRCUNSTANCIADA

Así lo expone el Tribunal Constitucional, al precisar que “para los efectos de declarar la admisibilidad, esta Magistratura debe calificar que la cuestión de constitucionalidad esté fundada razonablemente, condición que implica –como exigencia básica– *la aptitud de él o los preceptos legales objetados para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución, lo que debe ser expuesto circunstanciadamente*. La explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada”²⁹⁷. Se deben exponer de manera circunstanciada los efectos

²⁹² Sentencia Rol 1021 de 11 de enero de 2008, considerando 5°.

²⁹³ Sentencia Rol 483 de 17 de mayo de 2006, considerandos 8° y 9°. En el mismo sentido, sentencia Rol 482 de 17 de mayo de 2006.

²⁹⁴ Sentencia Rol 768 de 02 de mayo de 2007, considerando 7°.

²⁹⁵ Sentencia Rol 1360 de 22 de abril de 2009, considerando 5°.

²⁹⁶ Sentencia Rol 1409 de 30 de junio de 2009, considerando 6°.

²⁹⁷ Sentencia Rol 483 de 17 de mayo de 2006, considerando 4°. En el mismo sentido, sentencia Rol 779 de 16 de mayo de 2007, sentencia Rol 482 de 17 de mayo de 2006, sentencia Rol 777 de 16 de mayo de 2007.

y el contexto en que se aplica la norma legal impugnada. Ello, “tras la reforma de 2005 se torna indispensable dado el marcado carácter concreto que adquiere la inaplicabilidad”²⁹⁸.

Ha manifestado el tribunal que “no puede considerarse como razonablemente fundado un requerimiento de inaplicabilidad si, como ocurre en la especie, el actor se limita a citar las disposiciones constitucionales que eventualmente se vulneran por la aplicación del ya mencionado precepto legal en las gestiones judiciales pendientes ante la Junta General de Aduanas que indica, sin explicar de manera circunstanciada la forma en que se produciría la respectiva contradicción normativa en el caso *sublite*”²⁹⁹. De la misma forma, rechaza requerimientos donde “la actora aparecería formulando un cuestionamiento genérico y abstracto de constitucionalidad, (...), cuestión que no corresponde plantear a esta Magistratura a través de la acción de inaplicabilidad”³⁰⁰.

En otro pronunciamiento expone el tribunal “que, como ha señalado esta Magistratura, la infracción a la Constitución Política debe ser expuesta de manera circunstanciada, puesto que “la explicación de la forma en que se produce la contradicción entre las normas, sustentada adecuada y lógicamente, constituye la base indispensable de la acción ejercitada” (Roles N° 518, 543, 544 y 545, todos de 2006)”³⁰¹.

Finalmente, repetiremos lo dicho en capítulos anteriores, referido a lo manifestado por el tribunal, pues “en efecto, ya hemos dicho muchas veces que mientras antes se trataba de una confrontación directa, en un proceso analítico de carácter abstracto, entre la norma legal impugnada y la disposición constitucional invocada, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, relativizándose así el examen abstracto de constitucionalidad, que antes consistió en la médula del proceso de inaplicabilidad, y cobrando importancia el análisis del caso concreto”³⁰².

5. NO SE CUMPLE CON ESTE REQUISITO SI CON LA INTERPOSICIÓN DE LA ACCIÓN SE BUSCA AMPLIAR LAS NORMAS LEGALES QUE SE INVOCARON EN UN PRIMER JUICIO DE INAPLICABILIDAD, AUNQUE SE EFECTÚE DENTRO DE LA MISMA CAUSA PRINCIPAL

“Que la circunstancia referida precedentemente [que el requerimiento no esté fundado razonablemente] no se altera por el hecho de que ahora se intente por el actor ampliar y complementar el cuestionamiento de fondo ya resuelto por este Tribunal Constitucional, añadiendo al artículo 299, N° 3, antes cuestionado, referencias a los artículos 431 y 433 del Código de Justicia Militar y aludiendo a lo sentenciado por esta Magistratura en el Rol 781, que recayó en un caso concreto diverso; en consecuencia, no reuniéndose en la especie todos los requisitos esta-

²⁹⁸ MASSMANN BOZZOLO, NICOLÁS. Cit., pág. 288.

²⁹⁹ Sentencia Rol 832 de 14 de agosto de 2007.

³⁰⁰ Sentencia Rol 1003 de 06 de Diciembre de 2007, considerando 4°.

³⁰¹ Sentencia Rol 1198 de 14 de agosto de 2008, considerando 9°.

³⁰² Sentencia Rol 1144 de 23 de diciembre de 2008, considerando 11°.

blecidos por el ordenamiento constitucional para dar curso a la acción deducida, ésta será declarada inadmisibles”³⁰³.

También en el mismo sentido, realiza el tribunal un estudio más detallado en algunos de sus pronunciamientos, precisando que “en forma previa a esta presentación, con fecha treinta de enero de dos mil ocho, el mismo abogado, en tanto demandado en el mismo juicio, dedujo un requerimiento similar ante este Tribunal Constitucional solicitando que se declarara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los mismos preceptos. El referido requerimiento, fue declarado inadmisibles” que en la especie “se está en presencia de dos peticiones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad formuladas por la misma parte, en idéntica gestión judicial y con iguales fundamentos constitucionales” argumentando el tribunal que “para decidir la procedencia de esta segunda inaplicabilidad, esta Magistratura debe resolver si es *constitucionalmente lícito plantear en una gestión pendiente más de un requerimiento respecto de la misma materia*” que “de lo anterior se desprende que el requirente tiene la carga procesal que le exige plantear todas las infracciones constitucionales en una misma y sola oportunidad, como única forma de producir certeza en los derechos que invoca y de obtener de una vez el pronunciamiento del Tribunal sobre los mismos. El requirente tiene la facultad de hacer uso de este derecho, pero debe hacerlo en el contexto de lo que exige un proceso racional y justo. En consecuencia, la carga es un imperativo del propio interés. Quien tiene sobre sí la carga procesal se halla compelido implícitamente a realizar el acto previsto en la única oportunidad en que puede hacerlo” en consecuencia, “debe concluirse que en el proceso que constituye la gestión pendiente este es el segundo requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por la misma materia y fundamento, por lo cual debe ser desestimado, toda vez que al haber consumado en el requerimiento anterior su derecho, éste precluyó. Lo expresado anteriormente se ve reforzado por lo establecido en los artículos 39 y 41 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, pues la inadmisión a trámite y el plazo de tres días para subsanar defectos dispuestos en ellos, tienen sentido y eficacia sólo en base a la institución de la preclusión. Al haber norma expresa que tiene por no presentado el requerimiento, sólo en ese caso puede volver a ser interpuesto. Existiendo una sentencia interlocutoria de inadmisibilidad, la preclusión opera de pleno derecho. Como si no bastare con lo ya expuesto, cabe agregar que el artículo 32 de la misma ley orgánica constitucional dispone que en contra de las resoluciones del Tribunal no procede recurso alguno, lo que es establecido, también, por el artículo 94 de la Constitución Política, confirmando, así, el efecto de cosa juzgada de las resoluciones que rechazan y que declaran inadmisibles requerimientos de inaplicabilidad, instituto ligado estrechamente a la preceptiva constitucional” a mayor abundamiento, “concurren en la especie los presupuestos que indica el sistema nacional para que se produzca el efecto de cosa juzgada, como quedó demostrado en los considerandos anteriores, que impide, a través de la fase de excepción, que un mismo asunto pueda ser sentenciado más de una vez”³⁰⁴. Como dicho pronunciamiento fue dictado con

³⁰³ Sentencia Rol 979 de 29 de noviembre de 2007, considerandos 6° y 7°.

³⁰⁴ Sentencia Rol 1311 de 02 de abril de 2009, considerandos 2°, 4°, 6°, 9°, 15° y 16°.

fecha 02 de abril de 2009, en la actualidad el tribunal no requiere de tan detallada argumentación para rechazar un requerimiento que adolece de este vicio, pues la Ley 20.381 introdujo el art. 47F que menciona los casos en que el requerimiento es declarado inadmisibile, manifestando expresamente que procederá declarar la inadmisibilidad, *N° 2 cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarad conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva*. Como se trata del séptimo y último requisito de admisibilidad, lo veremos de manera detallada en el capítulo siguiente.

6. PREVIO A LA LEY 20.381, LAS CAUSALES DEL ART. 39 DE LA LEY 17.779, EN ORDEN A QUE EL REQUERIMIENTO DEBE CONTENER UNA EXPOSICIÓN CLARA DE LOS HECHOS Y FUNDAMENTOS DE DERECHO Y LA DESCRIPCIÓN PRECISA DE LA CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD, SEÑALANDO EL VICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LAS NORMAS QUE SE ESTIMAN TRANSGREDIDAS, SE SUBSUMÍAN EN EL REQUISITO QUE ESTAMOS ANALIZANDO

Así, expresa el tribunal “que examinada dicha presentación, se constata que ella no aporta fundamento o argumentación alguna adicional a los planteados en el requerimiento, en relación a las cuestiones de constitucionalidad referidas a la igualdad ante la justicia y a la prohibición de afectar los derechos en su esencia, de suerte tal que se mantiene inalterable la omisión de señalar en forma precisa la cuestión de constitucionalidad y los vicios que se aducen, ni el modo en que se habrían producido” por tanto “en las circunstancias descritas, el requerimiento y su ampliación no se encuentran razonablemente fundadas y, por ende, será declarada inadmisibile”³⁰⁵. En el mismo sentido, dice el tribunal “que por resolución de 23 de diciembre de 2008, que rola de fojas 43 a 49 de estos autos, no se admitió a tramitación el requerimiento deducido por el señor Washington Malagueño Cortés, por estimar que *éste no cumplía los requisitos contemplados en el inciso primero del artículo 39 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 41 de la misma normativa legal*” para continuar diciendo que “la acción de inaplicabilidad deducida no contiene una exposición precisa y clara acerca del conflicto constitucional que podría producir la aplicación de la norma legal que se impugna en el caso concreto de que se trata, *lo cual constituye una exigencia básica para considerar cumplido el requisito de admisibilidad según el cual el requerimiento debe contener una impugnación razonablemente fundada*”³⁰⁶.

7. EN ALGUNOS CASOS EL TRIBUNAL HA SEÑALADO, RESPECTO DE ESTE REQUISITO, QUE NO PROCEDE ANALIZARLO NUEVAMENTE AL RESOLVER EL FONDO DEL ASUNTO

Indicando así que “que la disposición constitucional que sirve de fundamento para alegar la inadmisibilidad a la requerida es el inciso decimoprimer del artí-

³⁰⁵ Sentencia Rol 824 de 14 de agosto de 2007, considerando 7° y 13°.

³⁰⁶ Sentencia Rol 1285 de 13 de enero de 2009, considerandos 1° y 4°. En el mismo sentido, sentencia Rol 1376 de 19 de mayo de 2009, cuyo requerimiento fue rechazado por no cumplir con los requisitos anotados.

culo 93 de la Carta Fundamental. En él se dispone que “*corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión, siempre que verifique... que la impugnación esté fundada razonablemente...*”. En la especie, una de las salas del Tribunal ya resolvió declarar admisible el requerimiento, estimando, en consecuencia, en una resolución que, conforme a la Constitución, no admite recurso, que la acción impetrada cumplía con los requisitos para declarar-la admisible, entre los que se encuentra el de estar razonablemente fundada, que la requerida echa en falta. Ello resulta suficiente para rechazar esta alegación³⁰⁷. Llama la atención que, contrariamente a lo sostenido en otros requisitos de admisibilidad, donde si las partes realizan alegaciones en torno a ellos el tribunal sí los analiza al resolver el fondo del asunto, en este caso en particular ello no ocurra. Sin embargo, volvemos a reiterar que las circunstancias del caso concreto de que se trate son tan determinantes, que es perfectamente posible que el tribunal analice nuevamente este requisito al decidir el fondo del asunto, y varíe así la jurisprudencia del tribunal en torno a este criterio jurisprudencial.

8. ESTE REQUISITO SUPONE UNA DOBLE EXIGENCIA

Pues “el sentido de la exigencia de una fundamentación razonable es (...) doble; por una parte, evitar que esta Magistratura se avoque a resolver cuestiones que, en su presentación inicial, no demuestran siquiera un fundamento plausible; y, por otra, que no se traben juicios de inaplicabilidad cuyo objeto resulte tan difuso o confuso que el Tribunal no pueda determinar su competencia específica o la contraparte saber lo que se pretende y cuáles son los fundamentos de la acción a la que tiene derecho a oponerse. En ambos casos, se trata de objetivos prácticos que no consisten en la medición de la excelencia de la argumentación, lo que es más propio del quehacer teórico o académico”³⁰⁸.

CAPITULO VIII

SÉPTIMO REQUISITO DE ADMISIBILIDAD:

“QUE EL REQUERIMIENTO SE PROMUEVA RESPECTO DE UN PRECEPTO LEGAL QUE NO HAYA SIDO DECLARADO CONFORME A LA CONSTITUCIÓN POR EL TRIBUNAL, SEA EJERCIENDO EL CONTROL PREVENTIVO O CONOCIENDO DE UN REQUERIMIENTO, Y QUE NO SE INVOQUE EL MISMO VICIO QUE FUE MATERIA DE LA SENTENCIA RESPECTIVA”

Se trata del requisito establecido en el N° 2 del art. 47F de la Ley 17.997 Orgánica del Tribunal Constitucional.

³⁰⁷ Sentencia Rol 1260 de 07 de mayo de 2009, considerando 6°.

³⁰⁸ Sentencia Rol 1260 de 07 de mayo de 2009, considerando 7°. En el mismo sentido, sentencia Rol 1046 de 22 de julio de 2008.

Dicho requisito se encuentra formulado, con el fin de evitar la interposición de requerimientos respecto de los cuales el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado, y así evitar a la larga pronunciamientos que podrían ser contradictorios. El tribunal se encuentra consciente de las críticas realizadas a la jurisprudencia de la Corte Suprema cuando ésta conocía de la Acción de Inaplicabilidad, derivadas principalmente de su jurisprudencia oscilante, y busca, a través de este requisito, la uniformidad en sus pronunciamientos.

Así, ha manifestado el tribunal:

1. LA MODIFICACIÓN INTRODUCIDA BUSCA CONSAGRAR PRINCIPIOS QUE ARMONIZAN ADECUADAMENTE EL CONTROL PREVENTIVO CON EL CONTROL REPRESIVO DE PRECEPTOS LEGALES

Así lo expresa una indicación presentada por el Ministro don Carlos Carmona Santander, para quien “tal como lo indicaron los requirentes, por sentencia de 30 de abril de 2002, recaída en el Rol N° 349, esta Magistratura controló la constitucionalidad del artículo 161, N° 10, del Código Tributario, en los términos interpretativos que se recuerdan a continuación (...)” de esta forma, y a juicio del Ministro autor de la indicación, nos encontraríamos ante la situación prevista en los artículos 37, inciso segundo, y 47, inciso segundo, N° 2, de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, *que impide que esta Magistratura pueda resolver de manera distinta en sede de inaplicabilidad, lo resuelto en el control preventivo de constitucionalidad, si estamos frente a la invocación del mismo vicio*. Si bien estos preceptos, en la época en que se tomó el presente acuerdo, que sirve de base a esta sentencia, no estaban vigentes, pues no se había publicado la ley que los incorporó al ordenamiento jurídico –cosa que sucedió con la Ley N° 20.381, publicada en el Diario Oficial el 28 de octubre de 2009–, no hacen más que *consagrar principios que armonizan adecuadamente el control preventivo con el control represivo de preceptos legales*; lo que permite su plena aplicación. Más todavía, si se realizó en la sentencia invocada una única interpretación posible, lo que obliga a esta Magistratura a su respeto y consideración”. Sin embargo, bien dicha indicación fue rechazada por el tribunal, “sobre la base de entender que dicha norma es aplicable sólo a los casos en que se ejerce el control abstracto y preventivo de constitucionalidad y no, como en este caso, el control concreto de preceptos legales que ya se han incorporado al ordenamiento jurídico”³⁰⁹, nos parece interesante ilustrar lo señalado en este pronunciamiento, y la disidencia que se originó respecto a los alcances del N° 2 del art. 47F de la LOCTC, ya que por tratarse de un nuevo e incipiente requisito de admisibilidad, es evidente que sus alcances y límites se irán delineando conforme surja más jurisprudencia del tribunal al respecto.

Así, y respecto del mismo artículo, el 161 N° 10 del Código Tributario, se solicitó su inaplicabilidad en otro requerimiento, pronunciándose el tribunal al respecto y señalando “que, previo a la decisión sobre la inaplicabilidad de los preceptos legales que se impugnan en esta oportunidad, este Tribunal debe decidir si se configura la situación prevista en el artículo 37, inciso segundo, de la Ley 17.997,

³⁰⁹ Sentencia Rol 1246 de 01 de diciembre de 2009, considerandos 6°, 7° y 8°.

Orgánica Constitucional de esta Magistratura, según la cual *‘resuelto por el Tribunal que un precepto legal es constitucional, no podrá declararse inaplicable por el mismo vicio materia del proceso y de la sentencia respectiva’*”. En estrecha relación con la aludida preceptiva, el artículo 47 F, N° 2°, del mismo cuerpo legal dispone: *“Procederá declarar la inadmisibilidad (de un requerimiento de inaplicabilidad) en los siguientes casos: 2° Cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva”*. Lo anterior, debido a que tanto el requirente cuanto el Ministerio Público y el Servicio de Impuestos Internos han aludido en estos autos a la sentencia dictada por este Tribunal, el 30 de abril de 2002, en el Rol N° 349, al ejercer el control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley sobre normas adecuadoras del sistema legal chileno a la reforma procesal penal, dentro del cual se contemplaba una modificación al artículo 161, N° 10, del Código Tributario, que es uno de los preceptos legales reprochados en esta oportunidad. Así, *si al ejercer dicho examen, esta Magistratura hubiese declarado constitucional el precepto sometido a control –en este caso, el artículo 161 N° 10 del Código Tributario–, le estaría vedado declararlo inaplicable por el “mismo vicio” que fue materia del proceso y de la sentencia respectiva; así para “arribar a una conclusión sobre el punto planteado, resulta necesario transcribir el considerando 34° de la aludida sentencia de 30 de abril de 2002: “Que, siguiendo el principio tantas veces aplicado por este Tribunal ‘de interpretación de conformidad a la Constitución’, y a fin de precaver una eventual contradicción entre el nuevo numeral 10 del transcrito artículo 161 y el artículo 80 A de la Carta Fundamental, esta Magistratura aprueba la modificación a aquel precepto, en el entendido de que la ‘recopilación de antecedentes’ a que él se refiere no importa ni puede constituir una investigación de aquellas que se mencionan en el citado artículo 80 A y, por ende, que si en el transcurso de esa recopilación el Servicio (de Impuestos Internos) verifica que existen motivos suficientes para iniciar una investigación por la posible comisión de un hecho que revista caracteres de delito que corresponda sancionar con multa y pena corporal, deberá abstenerse de continuar en dicha actuación”*, como puede apreciarse, el “Tribunal declaró la constitucionalidad del artículo 161 N° 10 del Código Tributario, en su actual redacción, considerando un posible vicio de constitucionalidad que pudiese afectar a dicha norma y que consistía en la eventual contradicción entre ella y el artículo 80 A (hoy 83) de la Carta Fundamental. Para desechar una posible inconstitucionalidad en razón del vicio detectado, esta Magistratura acudió al principio de interpretación “conforme a la Constitución” para atribuir al enunciado normativo examinado una interpretación que se ajustara a la Ley Suprema y que consistió, precisamente, en entender que la recopilación de antecedentes que puede practicar el Servicio de Impuestos Internos en virtud de la norma aludida del Código Tributario, *“no importa ni puede constituir una investigación de aquellas que se mencionan en el artículo 80 A”*. Fue en ese entendido que se declaró la constitucionalidad de la norma que hoy se impugna. A mayor abundamiento, en diversos pronunciamientos emitidos por este Tribunal se ha afirmado el carácter administrativo que tendrían las facultades contempladas en el artículo 161 del Código Tributario”. En virtud de ello *“este Tribunal está impedido de entrar a examinar la posible inaplicabilidad del artículo 161, N° 10, el Código Tributario, por su posible contradicción con el artículo 83 de la Carta Fundamental, pues tal contradicción fue, precisamente, el vicio considerado y desechado por la sentencia de 30*

de abril de 2002, a través del entendido que se ha recordado. No obstante lo señalado, no es menos cierto que el requirente atribuye al artículo 161, N° 10, del Código Tributario otros vicios de constitucionalidad sobre los que no existe pronunciamiento específico de esta Magistratura (vulneración de los artículos 1°, 19, N°s. 3°, incisos cuarto, quinto y sexto, 4° y 5°, y 76 de la Constitución), de los cuales habrá que hacerse cargo”³¹⁰.

ANEXO

CASOS DE INAPLICABILIDAD E INCONSTITUCIONALIDAD

I. CASOS DE INAPLICABILIDAD

Desde que la acción de inconstitucionalidad ha sido de competencia del Tribunal Constitucional, ello tras la reforma constitucional de 2005, han sido especiales los casos en que se ha declarado la inaplicabilidad de preceptos legales, pudiendo señalar, entre ellos:

1. ARTÍCULO 416, INCISO TERCERO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

La cual reza “Si se tratare de un delito de acción privada, el querellante deberá ocurrir ante la Corte de Apelaciones solicitando igual declaración, antes de que se admitiere a tramitación su querrela por el juez de garantía”, por estimarlo el tribunal contrario a los art. 19 N° 3, inciso quinto, y 61 inciso segundo, de la Constitución Política³¹¹.

2. ARTÍCULOS 299 N° 3, 431 Y 433 DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

Por contrariar el art. 19 N° 3, inciso octavo, de la Constitución Política, al establecer una ley penal abierta³¹². Rezan las disposiciones declaradas inaplicables en aquella causa específica³¹³:

“Art. 299. Será castigado con presidio militar menor en cualquiera de sus grados o con la pérdida del estado militar, el militar: 3° El que sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto en el artículo 294, deje de cumplir sus deberes militares”.

³¹⁰ Sentencia Rol 1406 de 31 de diciembre de 2009, considerandos 7°, 8°, 9° y 10°.

³¹¹ En la sentencia Rol 478 de 08 de agosto de 2006, sentencia Rol 529 de 09 de noviembre de 2006, sentencia Rol 533 de 09 de noviembre de 2006, sentencia Rol 806 de 11 de diciembre de 2007.

³¹² En la sentencia Rol 468 de 09 de noviembre de 2006, el tribunal señala que la ley penal en blanco es aquella que solamente contienen una conminación penal y que respecto del contenido prohibitivo se remiten a otras leyes, reglamentos, e incluso actos administrativos, que se han promulgado autónomamente en otro tiempo o lugar. Hay que distinguir entonces entre norma sancionatoria o norma complementaria, el tipo de la Ley Penal en Blanco, entonces, se forma con la norma complementaria. Estas leyes no cumplen, entonces con el principio de legalidad, pues no contienen en sí mismas la conducta punible y la pena que se aplica.

³¹³ Sentencia de inaplicabilidad Rol 781 de 27 de septiembre de 2007.

“*Art. 431.* El Presidente de la República dictará en cada Institución los reglamentos correspondientes sobre los deberes militares, las faltas de disciplina, las reglas del servicio y demás necesarios para el régimen militar. En ellos se señalarán las autoridades a quienes corresponde el derecho de sancionar las faltas de disciplina, atendidas a las categorías del hechor y a la mayor o menor gravedad de las infracciones. Las penas disciplinarias que podrán imponer serán: Amonestación, reprensión y arresto militar hasta por dos meses respecto de todo militar; suspensión del empleo, retiro, disponibilidad, calificación y separación del servicio, tratándose de oficiales; y rebaja en el grado, deposición del empleo y licenciamiento del servicio, tratándose de individuos de tropa o de tripulación.

Podrán también imponerse a los suboficiales, cabos y soldados otros castigos disciplinarios menores, como servicios extraordinarios o especiales, presentaciones y otros, en los cuales no se rebaje la dignidad de los suboficiales ni se comprometa la salud de los infractores”.

“*Art. 433.* Toda falta contra los deberes militares o la disciplina, aunque haya sido castigada en conformidad a los reglamentos a que se refiere el artículo 431, podrá ser sometida al ejercicio de una acción penal cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir un delito”.

3. LAS EXPRESIONES “Y ESTABLECIDOS EN VIRTUD DEL REGLAMENTO QUE PARA ESTOS EFECTOS FIJE EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y EL INSTITUTO NACIONAL DEL DEPORTE”, A QUE ALUDE EL ARTÍCULO 2° DE LA LEY N° 20.033, DE RENTAS MUNICIPALES II, MODIFICATORIA DEL CUADRO ANEXO N° 1 DE LA LEY DE IMPUESTO TERRITORIAL N° 17.235, PÁRRAFO I, EXENCIÓN DEL 100%, LETRA B), NÚMERO 3

Por estimarlo contrario al principio de legalidad tributaria establecido en el art. 19 N° 20 de la Constitución³¹⁴. Dicho precepto reza:

Art. 2°: “Reemplácense los Cuadros Anexos N° 1 y 2 de la Ley 17.235 sobre Impuesto Territorial, por el siguiente ‘Cuadro Anexo’, y deróganse las normas legales que hayan establecido exenciones al impuesto territorial y que, como consecuencia de la conformación de este nuevo Cuadro Anexo, han sido suprimidas:

CUADRO ANEXO

Nómina de Exenciones al Impuesto Territorial

I. EXENCIÓN DEL 100%

(...) *B)* Los siguientes Bienes Raíces mientras se cumpla la condición que en cada caso se indica:

(...) *3)* Bienes raíces que cumplan con las disposiciones del artículo 73° de la Ley N° 19.712, del Deporte. No obstante, los recintos deportivos de carácter particular sólo estarán exentos mientras mantengan convenios para el uso gratuito de sus instalaciones deportivas con colegios municipalizados o particulares subvencionados, convenios que para tal efecto deberán ser refrendados por la respectiva Dirección Provincial de Educación y *establecidos en virtud del Reglamento que para estos efectos fije el Ministerio de Educación y el Instituto Nacional del Deporte*”.

³¹⁴ Sentencia de inaplicabilidad Rol 773 de 26 de noviembre de 2007, sentencia Rol 759 de 26 de noviembre de 2007, sentencia Rol 718 de 26 de noviembre de 2007, sentencia Rol 1234 de 07 de julio de 2009.

4. ARTÍCULO 1° DE LA LEY N° 18.865, DE 13 DE DICIEMBRE DE 1989

El cual reza:

“Declárense ajustadas a derecho las contrataciones de personal por prestaciones de servicio que hayan efectuado los Centros de Atención Sanitaria Militar, con anterioridad a la fecha de publicación de esta ley”.

“Declárese, asimismo, que el personal a que se refiere el inciso anterior ha prestado sus servicios, cualquiera que haya sido la naturaleza de estos, sobre la base de honorarios. Para los efectos tributarios, declárese que la única tributación a que tales rentas han quedado afectas son las eventuales retenciones de impuestos que se hayan efectuado”.

Ello porque según el Tribunal Constitucional, en el caso *sublite*³¹⁵, se vulneraban las garantías constitucionales consagradas en los art. 19 N° 18 relativo al derecho a la seguridad social, N° 24 relativo al derecho de propiedad.

5. LAS SIGUIENTES DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES

a) *Artículo 539 del Código Orgánico de Tribunales, inciso segundo*, sólo en cuanto a su expresión “*procediendo de plano*”. En efecto, reza dicha disposición legal:

“La conducta ministerial de los relatores, secretarios, notarios, conservadores, archiveros, procuradores, receptores y empleados de secretaría se halla bajo la vigilancia de las Cortes de Apelaciones, quienes podrán imponer a dichos funcionarios, *procediendo de plano*, las penas correccionales que se especifican en los artículos 537 y 542, y a más la de suspensión hasta por sesenta días de sus respectivos empleos u oficios, siempre que la prudencia y la necesidad de mantener la disciplina así lo exigieren”.

b) *Artículo 551 del mismo Código, inciso tercero*, la frase “*en cuenta, salvo que estime conveniente*”.

“El tribunal superior resolverá la apelación de plano, sin otra formalidad que esperar la comparecencia del recurrente y si se trata de un tribunal colegiado, *en cuenta, salvo que estime conveniente* traer los autos en relación”.

c) Lo dispuesto en los artículos 536, 539, inciso segundo, y 544 N° 4 del Código Orgánico de Tribunales pueden aplicarse en la gestión pendiente para sancionar a la requirente por conductas específicas que le sean atribuibles y que consistan en el incumplimiento de deberes funcionarios establecidos en una ley o auto acordado o constituyan una trasgresión de prácticas administrativas generalmente conocidas y aceptadas como obligatorias.

En este caso³¹⁶, el tribunal determinó como vulnerado el art. 19 N° 3, inciso primero, referida a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

³¹⁵ Sentencia de inaplicabilidad Rol 767 de 30 de octubre de 2007.

³¹⁶ Sentencia de inaplicabilidad Rol 747 de 31 de agosto de 2007.

6. ARTÍCULO 231 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Sólo en cuanto el tribunal de fondo no podrá apereibir a la requirente con las medidas de apremio establecidas por el artículo 33 del Código Procesal Penal, al citarla para la audiencia de formalización de la investigación penal en su contra, solicitada por el Ministerio Público, sin que en previamente la Corte de Apelaciones de la jurisdicción respectiva, mediante resolución firme, haya declarado haber lugar a la formación de causa por alguno de los hechos punibles que se le imputan

Al efecto reza la disposición aludida:

Artículo 231: “Solicitud de audiencia para la formalización de la investigación. Si el fiscal desee formalizar la investigación respecto de un imputado que no se encontrare en el caso previsto en el artículo 132, solicitará al juez de garantía la realización de una audiencia en fecha próxima, mencionando la individualización del imputado, la indicación del delito que se le atribuyere, la fecha y lugar de su comisión y el grado de participación del imputado en el mismo.

A esta audiencia se citará al imputado, a su defensor y a los demás intervinientes en el procedimiento”.

En este caso³¹⁷, en tanto, el tribunal estimo como norma vulnerada el art. 61, inciso segundo, de la Constitución.

7. ARTÍCULO 163, LETRA F) DEL CÓDIGO TRIBUTARIO

Por vulnerar, en el caso *sublite*³¹⁸, los art. 19 N° 3 y art. 26 de la Constitución. Dice la norma legal:

“Cuando proceda la excarcelación, el Juez fijará el monto de la fianza. En los casos a que se refiere el inciso segundo del número 4° del artículo 97, la fijará en una suma no inferior al 30 por ciento de los impuestos evadidos, reajustados en la forma prevista en el artículo 53, y de acuerdo a la estimación que de ellos se haga por el Servicio de Impuestos Internos. La excarcelación se otorgará y la fianza se rendirá de acuerdo a los incisos segundo y tercero del artículo 361 del Código de Procedimiento Penal, cualquiera que sea la pena asignada al delito.

8. ARTÍCULOS 15 Y 16 DEL DECRETO LEY N° 2695 DE 1979

Por estimarlos contrarios a los art. 19 N° 2 y N° 24 de la Carta Fundamental. En dicho pronunciamiento³¹⁹, el tribunal destaca especialmente la importancia de las circunstancias del caso concreto para resolver la inaplicabilidad solicitada.

Por otro lado, las normas impugnadas establecen:

Artículo 15. La resolución del Servicio que acoja la solicitud se considerará como justo título. Una vez practicada su inscripción en el Registro del Conservador de

³¹⁷ Sentencia Rol 736 de 29 de noviembre de 2007.

³¹⁸ Sentencia de inaplicabilidad Rol 728 de 03 de julio de 2007.

³¹⁹ Sentencia Rol 707 de octubre de 2007.

Bienes Raíces, el interesado adquirirá la calidad de poseedor regular del inmueble para todos los efectos legales, aunque existieren a favor de otras personas inscripciones que no hubieran sido materialmente canceladas.

Transcurrido un año completo de posesión inscrita no interrumpida, contado desde la fecha de la inscripción, el interesado se hará dueño del inmueble por prescripción, la que no se suspenderá en caso alguno.

La resolución indicada en el inciso primero y la sentencia a que se refiere el artículo 25 de esta ley se subinscribirán al margen de la respectiva inscripción de dominio a la que afecte el saneamiento, si se tuviere conocimiento de ella”.

“*Artículo 16.* Como consecuencia de lo dispuesto en el artículo precedente, expirado el plazo de un año a que esa disposición se refiere, prescribirán las acciones emanadas de los derechos reales de dominio, usufructo, uso o habitación, servidumbres activas y el de hipoteca relativos al inmueble inscrito de acuerdo con la presente ley.

Las anteriores inscripciones de dominio sobre el inmueble, así como la de los otros derechos reales mencionados, las de los gravámenes y prohibiciones que lo afectaban, una vez transcurrido el citado plazo de un año, se entenderán canceladas por el solo ministerio de la ley, sin que por ello recobren su vigencia las inscripciones que antecedian a las que se cancelan.

Con todo, si las hipotecas y gravámenes hubiesen sido constituidas por el mismo solicitante o por alguno de los antecesores cuya posesión legal o material se hubiera agregado a la suya, dichas hipotecas y gravámenes continuarán vigentes sobre el inmueble. Subsistirán, igualmente, los embargos y prohibiciones decretados en contra del solicitante o de alguno de sus antecesores; pero ello no será obstáculo para practicar las inscripciones que correspondan”.

9. INCISO UNDÉCIMO DEL ARTÍCULO 13 DE LA LEY N° 18.575

Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, según texto refundido, coordinado y sistematizado fijado por Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653, del año 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, en cuanto que prevé que el jefe superior del órgano requerido puede, por resolución fundada, denegar el acceso a la información solicitada cuando afecte sensiblemente el interés de terceros, en su aplicación en el Recurso de Apelación de que conoce la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Al respecto, reza el inciso individualizado:

“*Art. 13°, inciso undécimo:* Las únicas causales en cuya virtud se podrá denegar la entrega de los documentos o antecedentes requeridos son la reserva o secreto establecidos en disposiciones legales o reglamentarias; el que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido; la oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos; el que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido, y el que la publicidad afecte la seguridad de la Nación o el interés nacional.

En el caso *sublite*³²⁰, el Tribunal Constitucional determinó como infringida el art. 8 de la Constitución Política, inciso segundo.

10. ARTÍCULO 32, INCISO SEGUNDO, DE LA LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE MUNICIPALIDADES Y ARTÍCULO 238 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Por estimarlo el tribunal contrario a los artículos 19, N° 1, inciso final, y art. 7, letra b), de la Constitución, en la caso concreto analizado³²¹.

Al efecto, mencionan las disposiciones declaradas inaplicables:

Art. 238: “Cuando se trate del cumplimiento de resoluciones no comprendidas en los artículos anteriores, corresponderá al juez de la causa dictar las medidas conducentes a dicho cumplimiento, pudiendo al efecto imponer multas que no excedan de una unidad tributaria mensual o arresto hasta de dos meses, determinados prudencialmente por el tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio”.

Artículo 32, inciso segundo, de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades: “(....). La ejecución de toda sentencia que condene a una municipalidad se efectuará mediante la dictación de un decreto alcaldicio. Con todo, tratándose de resoluciones recaídas en juicios que ordenen el pago de deudas por parte de una municipalidad o corporación municipal, y correspondiere aplicar la medida de arresto prevista en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, ésta sólo procederá respecto del alcalde en cuyo ejercicio se hubiere contraído la deuda que dio origen al juicio”.

11. ARTÍCULO 2.331 DEL CÓDIGO CIVIL

Por estimarlo contrario al art. 19 N°4 de la Carta Fundamental, que consagra el derecho a la honra³²². Reza la disposición impugnada:

Artículo 2.331: “Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación”.

12. ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N° 18.933

Introducido por la Ley N° 20.015, que actualmente corresponde al artículo 199 del D.F.L. (Ministerio de Salud) N° 1, de 2005, el cual señala:

Artículo 38 ter: “Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores.

³²⁰ Sentencia Rol 634 de 09 de agosto de 2007.

³²¹ Sentencia Rol 1145 de 07 de marzo de 2009.

³²² Sentencia Rol 1185 de 16 de abril de 2009.

La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.

Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:

1. El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;
2. Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;
3. La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan;
4. La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo;
5. En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.

En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. En todo caso, la tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá autorización previa de la Superintendencia; dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla.

Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional podrán establecer nuevas tablas cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia, manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado.

Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 38”.

El tribunal consideró como infringidas en el caso *sublite*³²³, la norma del art. 19 N° 18 de la Constitución, que consagra el derecho a la seguridad social.

13. ARTÍCULO 474 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, INCISO TERCERO

Por contrariar el art. 19 N°26 de la Constitución, aplicado al caso concreto³²⁴. Reza el art. mencionado:

³²³ Sentencia Rol 1218 de 07 de julio de 2009.

Art. 474: “Las sanciones por infracciones a las legislaciones laboral y de seguridad social como a sus reglamentos se aplicarán administrativamente por los respectivos inspectores o funcionarios que se determinen en el reglamento correspondiente. Dichos funcionarios actuarán como ministros de fe.

En todos los trámites a que dé lugar la aplicación de sanciones, regirá la norma del artículo 4°.

La resolución que aplique la multa administrativa será reclamable ante el Juez de Letras del Trabajo, dentro de quince días de notificada por un funcionario de la Dirección del Trabajo o de Carabineros de Chile, previa consignación de la tercera parte de la multa.

Una vez ejecutoriada la resolución que aplique la multa administrativa, tendrá mérito ejecutivo, persiguiéndose su cumplimiento de oficio por el Juzgado de Letras del Trabajo o el Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional, según corresponda.

Serán responsables del pago de la multa la persona natural o jurídica propietaria de la empresa, predio o establecimiento. Subsidiariamente responderán de ellas los directores, gerentes o jefes de la empresa, predio o establecimiento donde se haya cometido la falta”.

14. ARTÍCULO 206 DEL CÓDIGO CIVIL

Por vulnerar el art. 19 N° 2 de la Constitución³²⁵. Dice el artículo:

Art. 206: “Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad”.

15. ARTÍCULO 199 DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY (MINISTERIO DE SALUD) N° 1 DE 2005

Que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 2.763, de 1979, y de las leyes N°s. 18.933 y 18.46. La norma legal impugnada, dispone:

Artículo 199: “Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores. La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.

Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:

³²⁴ Sentencia Rol 1332 de 21 de julio de 2009, sentencia Rol 1356 de 27 de agosto de 2009, sentencia Rol 1382 de 28 de octubre de 2009, sentencia Rol 1418 de 27 de octubre de 2009, sentencia Rol 1391 de 27 de octubre de 2009, sentencia Rol 1470 de 27 de octubre de 2009, sentencia Rol 946 de 01 de julio de 2008, y sentencia Rol 968 de 10 de julio de 2008.

³²⁵ Sentencia Rol 1340 de 29 de septiembre de 2009.

1. El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;
2. Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;
3. La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan;
4. La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo;
5. En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.

En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. En todo caso, la tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá autorización previa de la Superintendencia; dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla.

Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional podrán establecer nuevas tablas cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia, manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado.

Las Instituciones de Salud Provisional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 197°.

En el caso concreto³²⁶, el tribunal estimó vulnerado el art. 19 N° 18, que consagra el derecho a la seguridad social, y el N° 9 que consagra el derecho a la protección de la salud.

16. LA ORACIÓN “CUANDO LO INTERPUSIERE EL MINISTERIO PÚBLICO”, DEL ARTÍCULO 277 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL, INCISO SEGUNDO

Dice la disposición:

Art. 277: “El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el Ministerio Público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será concedido en ambos efectos. Lo dispuesto

³²⁶ Sentencia Rol 1287 de 08 de septiembre de 2009.

en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales”.

El Tribunal Constitucional, en el caso particular³²⁷, señaló como vulneradas las normas del art. 19 N° 2 y N° 3 de la Carta Fundamental.

17. ARTÍCULO 230, INCISO PRIMERO, DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

En el sentido que haga equivalente el poder de los fiscales para formalizar la investigación a ejercer dicha facultad de manera discrecional en términos de no practicarla y, por otra parte, no ponerle término por alguno de los medios legales, hasta la fecha de prescripción del delito, existiendo ejercicio de la acción penal por parte del querellante. Al efecto, reza la disposición:

Artículo 230: “Oportunidad de la formalización de la investigación. El fiscal podrá formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial”.

En el caso *sublite*³²⁸, se vulneraron los art. 19 N° 3 y N° 16, el artículo 83, y artículos 1, 5, 6, 7 de la Constitución Política.

II. CASOS DE INCONSTITUCIONALIDAD DERIVADOS DE DECLARACIONES DE INAPLICABILIDAD

Antes de señalarlos, es pertinente transcribir las siguientes disposiciones:

Artículo 93. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

7° Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior;

Inciso duodécimo: “En el caso del número 7°, una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6° de este artículo, habrá *acción pública* para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para *declararla de oficio*. Corresponderá a la ley orgánica constitucional respectiva establecer los requisitos de admisibilidad, en el caso de que se ejerza la acción pública, como asimismo regular el procedimiento que deberá seguirse para actuar de oficio”.

De la misma forma, el párrafo 7 de la Ley 17.997 Orgánica del Tribunal Constitucional, artículos 47Ñ a 47Y, introducido por la ley 20.381³²⁹, denominado “Cues-

³²⁷ Sentencia Rol 1535 de 28 de enero de 2010.

³²⁸ Sentencia Rol 19 de agosto de 2008.

³²⁹ La sentencia Rol 1288 de 25 de agosto de 2009, que controló la constitucionalidad del entonces proyecto de ley 20.381, declaró inconstitucional los incisos del proyecto que establecían un plazo de 6 meses, luego de la publicación de la sentencia de inaplicabilidad, para solicitar la inconstitucionalidad de un precepto, pues consideró que “no es posible concluir que

ciones de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable”, trata de manera específica la acción de inconstitucionalidad. Así, el art. 47^Ñ señala:

Art. 47^Ñ: “En el caso del número 7° del artículo 93 de la Constitución Política de la República, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser promovida por el Tribunal Constitucional *actuando de oficio* y por las *personas legitimadas* a que se refiere el inciso duodécimo del mismo artículo. Esta cuestión no podrá promoverse respecto de un tratado ni de una o más de sus disposiciones”.

En lo pertinente a nuestra investigación, la ley señala a su vez:

Artículo 47V: “La declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de él o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento”.

Artículo 47W: “La sentencia que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de todo o parte de un precepto legal, publicada en la forma y plazo establecidos en el artículo 31 bis. El precepto declarado inconstitucional se entenderá derogado desde la fecha de la publicación en el Diario Oficial, sin efecto retroactivo”.

Al respecto, dice un autor que “el paso de la inaplicabilidad a la inconstitucionalidad es inédito en nuestro Derecho”³³⁰. Se trata de una nueva atribución “anteriormente inexistente en nuestro ordenamiento jurídico, consistente en la facultad para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, bastando como presupuesto procesal para ello la declaración previa de inaplicabilidad”³³¹.

Señalaremos los tres únicos casos, *desde marzo de 2006 a marzo de 2010*, en que se ha declarado la inconstitucionalidad de un precepto derivada de previas declaraciones de inaplicabilidad, y, junto con ellos, los criterios jurisprudenciales que ha expresado el tribunal en sus pronunciamientos. Los preceptos legales declarados inconstitucionales son:

1. ARTÍCULO 116 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO

El cual establece “*El Director Regional podrá autorizar a funcionarios del Servicio para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando por orden del Director Regional*”, por estimarlo contrario a los art. 19 N°3, inciso cuarto, 38, inciso segundo, 76 y 77 de la Constitución en lo referente al principio de legalidad, y los art. 6 y 7 del mismo cuerpo legal, en lo relativo al deber de sujeción de los órganos estatales al imperio del derecho³³².

haya sido la voluntad del constituyente subordinar el ejercicio de la función de velar por la supremacía constitucional que le ha encomendado a esta Magistratura, en una situación de tanta relevancia que puede determinar que uno más preceptos legales sean expurgados de nuestro ordenamiento jurídico, a que la cuestión se promueva dentro de un plazo, como lo disponen las normas del proyecto que se analizan” (considerando 79°).

³³⁰ CEA, JOSÉ LUIS. Cit., pág. 119.

³³¹ GARCÍA, ANA MARÍA. Cit., pág. 126.

³³² Sentencias de inaplicabilidad Rol 499 de 05 de septiembre, sentencia Rol 502 de 14 de noviembre de 2006, sentencia Rol 515 de 13 de octubre de 2006, sentencia Rol 555 de 19 de

En este caso, el tribunal, haciéndose cargo de las numerosas declaraciones de inaplicabilidad decretadas respecto al art. 116 del Código Tributario, y ejerciendo la facultad señalada en los artículos precedentes, abre un proceso de oficio con fecha 06 de diciembre de 2006, el cual culmina con la dictación de la sentencia Rol 681 de 26 de marzo de 2007, decretando en ésta la inconstitucionalidad de la norma legal. Bien sabemos que el precepto se entiende derogado desde la fecha de publicación de la sentencia de inconstitucionalidad en el Diario Oficial que, en la especie, ocurrió con fecha 29 de marzo de 2007.

En aquel pronunciamiento, el tribunal establece que:

a) *Sólo cuando no hay ninguna interpretación posible conforme a la Constitución se declarará la inconstitucionalidad del precepto*

“Que, tal y como lo han reconocido uniformemente la doctrina y la jurisprudencia comparadas, el respeto hacia la labor que desarrolla el legislador obliga al Tribunal Constitucional, en su función de contralor de la constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, *alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental y sólo en el evento de no ser ello posible, unido a la necesidad de cautelar integralmente la plena vigencia de los principios de supremacía constitucional, igualdad ante la ley y certeza jurídica, resultará procedente y necesaria la declaración de inconstitucionalidad*”³³³.

El tribunal precisa que en esta materia debe regir el “principio interpretativo de conformidad de las normas a la Carta Fundamental, por el cual una norma será contraria a la Constitución sólo cuando no exista posibilidad alguna de comprenderla o darle eficacia dentro del marco de la misma”³³⁴.

También nos indica, en un pronunciamiento de inaplicabilidad, que “finalmente, y a juicio de esta juez previniente, ha de tenerse presente que, conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Magistratura, *las leyes gozan de una “presunción de constitucionalidad”*, según la cual se presumen válidas y legítimas las normas aprobadas por los Poderes del Estado y *sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción que la pugna entre la disposición legal de que se trata y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella* (a modo de ejemplo, sentencia Rol N° 309, de 4 de agosto de

noviembre de 2006, sentencia Rol 605 de 20 de marzo de 2006, sentencia Rol 499 de 05 de septiembre de 2006, sentencia Rol 502 de 14 de noviembre de 2006, sentencia Rol 515 de 13 de octubre de 2006, sentencia Rol 520 de 23 de enero de 2007, sentencia Rol 547 de 02 de enero de 2007, sentencia Rol 554 de 30 de enero de 2007, sentencia Rol 555 de 19 de diciembre de 2006, sentencia Rol 566 de 06 de marzo de 2007, sentencia Rol 574 de 13 de marzo de 2007, sentencia Rol 595 de 20 de marzo de 2007, sentencia Rol 604 de 20 de marzo de 2007, sentencia Rol 605 de 20 de marzo de 2006, sentencia Rol 606 de 20 de marzo de 2007, sentencia Rol 613 de 09 de marzo de 2007, sentencia Rol 614 de 06 de marzo de 2007, sentencia Rol 627 de 08 de marzo de 2007, sentencia Rol 628 de 31 de enero de 2007, sentencia Rol 630 de 08 de marzo de 2007, sentencia Rol 635 de 06 de marzo de 2007, sentencia Rol 636 de 09 de enero de 2007, sentencia Rol 658 de 06 de marzo de 2007, Sentencia Rol 658 de 06 de marzo de 2007, sentencia Rol 642 de 08 de marzo de 2007.

³³³ Sentencia de inconstitucionalidad Rol 681 de 26 de marzo de 2007, considerando 8°.

³³⁴ Sentencia de inaplicabilidad Rol 815 de 19 de agosto de 2008, considerando 44°.

2000). Se trata, pues, de un juicio o de una valoración que sólo compete al Tribunal Constitucional”³³⁵.

2. FRASE DEL ARTÍCULO 171 DEL CÓDIGO SANITARIO, INCISO PRIMERO

La que dice “*para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa*”, declarado inaplicable en numerosos pronunciamientos del tribunal³³⁶, por estimarlo contrario a los incisos primero y quinto del numeral 3º del art. 19 de la Constitución, en lo relativo a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y al derecho a un justo y racional procedimiento. Al efecto, expresa el tribunal que “en el actual estado de desarrollo del derecho nacional e interpretando la garantía constitucional de acceso a la justicia con un criterio finalista, amplio y garantista, la limitación al derecho a la tutela judicial que impone el precepto legal impugnado aparece despojada de la razonabilidad y justificación que precisaría para ser aceptada como constitucionalmente admisible”³³⁷ refiriéndose el tribunal a la regla del *solve et repete*³³⁸.

Al igual que en el caso del art. 116 del Código Tributario, se abre un proceso de oficio para declarar la inconstitucionalidad, con fecha 10 de marzo de 2009, dictando en la sentencia Rol 1345 de 25 de mayo de 2009 la inconstitucionalidad de la norma.

El tribunal establece, a su vez que:

b) No es un deber, sino una facultad del tribunal declarar inconstitucional un precepto previamente declarado inaplicable

Indicando al respecto que “cabe recordar otros dos criterios atinentes que han sido más extensamente explicados en fallos anteriores: a) El primero es que *los exámenes propios de la acción de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad, tanto por su regulación constitucional como por los efectos de las respectivas sentencias, son de naturaleza diversa*. Así, el primero exige examinar si la concreta aplicación de un precepto legal a un caso determinado –que constituye la gestión pendiente– es capaz de producir en él un resultado contrario a la Constitución, mismo que la sentencia debe evitar, declarando inaplicable la norma para ese solo caso. En cambio, *el juicio que ha de emitirse en una acción de inconstitucionalidad exige, por los mismos efectos generales del fallo, un análisis abstracto, siendo procedente acoger la acción sólo si se concluye que el texto legal, en cualquier circunstancia y cualquiera sea la interpretación que de él se haga, infringe la Carta Fundamental*. Por lo mismo, este Tribunal ha sostenido

³³⁵ Sentencia de inaplicabilidad Rol 991 de 29 de enero de 2009, prevención de la Ministra señora Marisol Peña Torres, N° 5.

³³⁶ Sentencias de inaplicabilidad Rol 792 de 03 de enero, 1061 de 28 de agosto, 1046 de 22 de julio, todas de 2008, sentencia Rol 1253 de 27 de enero de 2009, y sentencia Rol 1262 y Rol 1279, ambas de 02 de abril de 2009.

³³⁷ Sentencia Rol 1382 de 28 de octubre de 2009, considerando 10°.

³³⁸ Explicado por el Tribunal Constitucional como el Principio de Derecho Administrativo que establece que debe pagarse primero la multa impuesta por la propia autoridad fiscalizadora para impugnar o reclamar la decisión ante los órganos jurisdiccionales establecidos al efecto. En sentencia Rol 546, considerando 7°.

que *no constituye un deber, sino una facultad declarar inconstitucional un precepto previamente declarado inaplicable* (Doctrina que puede encontrarse en sentencia de 26 de marzo de 2007, Rol N° 681, reiterada en la de 16 de abril de 2009, Rol 1173). En segundo lugar, cabe recordar que este Tribunal ha sostenido que la declaración de inconstitucionalidad de la ley es de tal modo delicada, por los efectos que acarrea, que exige examinar si una decisión de tal envergadura puede acarrear efectos aún más nocivos que los que produce la supervivencia de la norma cuestionada. (Doctrina desarrollada en sentencia de 5 de junio de 2007, roles acumulados 558 y 590, y también reiterada en la de 16 de abril de 2009, Rol 1173)³³⁹.

3. FRASE “GRATUITAMENTE” CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 595 DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES, INCISO PRIMERO

Referida a la institución de los abogados de turno, declarada inaplicable por el tribunal en sus pronunciamientos anteriores³⁴⁰, por estimarla contraria a los art. 19 N° 2 y 20, en lo relativo a la garantía de la igualdad ante la ley y ante las cargas públicas, y N°16 relativo a la libertad de trabajo, todos ellos de la Carta Fundamental.

En este caso, la declaración de inconstitucionalidad fue solicitada ejerciendo la acción pública que contemplan los art. 93 N°7, inciso duodécimo de la Constitución, y el art. 47Ñ de la Ley 17.997 Orgánica del Tribunal Constitucional, ya antes transcritos, siendo el abogado y presidente del colegio de abogados de Chile, don Enrique Barros Bourie, quien representando dicha entidad solicita la declaración de inconstitucionalidad, la que finalmente fue dictada en la sentencia Rol 1254, de 29 de julio de 2009. Si bien se solicitó en aquella oportunidad la declaración de inconstitucionalidad respecto de la totalidad del art. 595 del Código Orgánico de Tribunales, y sólo subsidiariamente de la frase “gratuitamente” de dicho cuerpo legal, el Tribunal Constitucional desechó tal petición, manifestando que:

c) La declaración de inconstitucionalidad se circunscribe a lo previamente declarado inaplicable

Al efecto, sostiene que “este Tribunal sólo puede declarar inconstitucional un precepto ya declarado inaplicable y, por lo tanto, *no puede extender su declaración de inconstitucionalidad más allá de lo resuelto previamente en las sentencias de inaplicabilidad*, en todas las cuales, como se ha señalado, sólo se ha decidido acerca de la contrariedad con la Constitución de la obligación de *gratuidad* contenida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales” pues, “según se desprende de lo preceptuado en el numeral 7° del inciso primero del artículo 93 de la Carta Fundamental, que fija la competencia específica de este Tribunal para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable con anterioridad, *tal resolución sólo puede considerar las causales en que se sustentó la referida declaración de inaplicabilidad*. Ello se desprende de las menciones *‘declarado inaplica-*

³³⁹ Sentencia de inconstitucionalidad Rol 1345 de 25 de mayo de 2009, considerando 2°.

³⁴⁰ Sentencias de inaplicabilidad Rol 755 de 31 de marzo, sentencia Rol 1138 de 08 de septiembre, ambas de 2008, y sentencia Rol 1140 de 14 de enero de 2009.

ble en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior’, las cuales ponen de relevancia que, en un proceso como el de la especie, han de considerarse los vicios de inconstitucionalidad que motivaron específicamente la declaración de inaplicabilidad”, en este caso, “en las tres sentencias en que esta Magistratura ha declarado inaplicable el artículo 595 lo ha efectuado sólo en relación a la gratuidad del turno de los abogados, mas no respecto de la totalidad de la disposición, como tampoco del inciso primero de la aludida norma; razón por la cual ‘este Tribunal debe limitarse a dicho punto, *careciendo de atribuciones para analizar la disposición completa o la totalidad del inciso primero, como se solicita*” por ello “deberá rechazarse la petición de inconstitucionalidad de la totalidad del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, como también la de todo su inciso primero, circunscribiéndose esta decisión a la gratuidad del turno de los abogados”³⁴¹.

d) Al tribunal “no le corresponde hacerse cargo de las interpretaciones de las disposiciones subsistentes, como consecuencia de la declaración previa de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un determinado precepto legal

Como se ha reconocido reiteradamente por esta Magistratura, *los jueces de la instancia o la Corte Suprema, en su caso, son soberanos para determinar la debida interpretación de las disposiciones legales* (roles N°s. 1018 y 1138)”³⁴², es decir, para pronunciarse sobre el fondo del asunto.

e) La declaración de inconstitucionalidad es el último recurso para asegurar la supremacía constitucional

Diciendo el tribunal al respecto que “resulta evidente que la declaración de inconstitucionalidad constituye el último recurso –la ‘última ratio’– para asegurar la supremacía constitucional, desde que implica el dejar sin efecto, con carácter derogatorio, un acto emanado del órgano legislativo –expresión de la soberanía popular–, lo que puede eventualmente conllevar un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de un determinado precepto legal que se expulsa del ordenamiento jurídico por ser manifiestamente contrario a la Carta Fundamental”; que “la labor de esta Magistratura en modo alguno es la de legislar, sino constatar la irremediable contradicción entre un precepto legal y la Carta Fundamental. Y es que, como afirma Bachof, el carácter político de un acto *‘no excluye un conocimiento jurídico del mismo, ni el resultado político de dicho conocimiento le despoja de su carácter jurídico’*” (Jueces y Constitución, Madrid, 1985, p. 61). Como nos lo recuerda el tratadista francés Louis Favoreu (Los Tribunales Constitucionales, 1994), el Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, particularmente de la sujeción a la Carta Fundamental de las leyes, *debiendo velar por el derecho fundamental a la integridad y primacía de la Constitución Política, lo que también forma parte sustancial de todo régimen democrático.*

³⁴¹ Sentencia de inconstitucionalidad Rol 1254 de 25 de mayo de 2009, considerandos 13°, 14°, 15°, 16° y 17°.

³⁴² Ídem, considerando 92°.

Cabe tener igualmente presente que las normas que articulan la jurisdicción constitucional deben interpretarse de manera que potencien al máximo su defensa y cumplimiento. Por lo mismo, *la jurisdicción constitucional tiene un significado esencial para el perfeccionamiento y la vigencia del Estado constitucional de Derecho, la división y adecuado equilibrio de los diversos órganos públicos y, por sobre todo, el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana*; por otra parte, “debe considerarse que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado previamente inaplicable en casos particulares, en nada vulnera sino que, por el contrario, refleja y garantiza el necesario respeto hacia la labor de los órganos colegisladores y la plena eficacia de la presunción de constitucionalidad de la ley generada por los órganos legitimados para ello dentro de un Estado Democrático de Derecho. Este principio, reiterado en la jurisprudencia de este Tribunal, constituye una expresión que concreta la separación de funciones del Estado y su asignación a los órganos competentes, que se encuentra expresamente establecida en el artículo 7°, inciso segundo, de la Carta Fundamental. Asimismo, el *control a posteriori de constitucionalidad de la ley, que puede derivar, como en este caso, en la expulsión de un precepto del ordenamiento jurídico positivo, es una competencia que procura regular el correcto funcionamiento y la eficacia del Estado de Derecho*, lográndose con ello el fortalecimiento constante de los sistemas de frenos y contrapesos en el actuar de los órganos del Estado en forma compatible con aquella división de funciones prevista en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, en el marco de un régimen democrático”³⁴³.

Finalmente, podemos ver como la declaración de inconstitucionalidad es sumamente restrictiva, ya que de un total de 10 sentencias de inconstitucionalidad dictadas en el período estudiado, sólo 3 de ellas fueron acogidas, las que precisamente se refieren a los artículos y frases señaladas anteriormente. El tribunal, entonces, ejerce con mucho cuidado la facultad de declarar la inconstitucionalidad de los preceptos legales, lo que en sus palabras, no atenta contra la certeza jurídica del ordenamiento, sino más bien, la refuerza.

III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: INAPLICABILIDAD VERSUS INCONSTITUCIONALIDAD.

Es importante exponer las diferencias que establece el Tribunal Constitucional entre la inaplicabilidad del precepto legal y la inconstitucionalidad del mismo, señalando al respecto que “la Constitución consagra la *inaplicabilidad* como un medio de control concreto, es decir, que opera en el marco de la aplicación de la norma controlada y de los efectos que podría generar su aplicación en el ámbito de un caso pendiente. En cambio, la *inconstitucionalidad* la establece como un control abstracto, en el que esta Magistratura contrasta la norma constitucional con el precepto legal, con prescindencia de los efectos que su aplicación pudiere generar en cualquier caso sometido a proceso. Este marco conceptual nos permite

³⁴³ Sentencia de inconstitucionalidad Rol 1254 de 25 de mayo de 2009, considerandos 21°, 22° y 25°.

concluir que *la competencia del Tribunal Constitucional es distinta en ambos casos*, pues en la inaplicabilidad está dirigida a obtener un pronunciamiento del que resulte la orden de no aplicar, por causa de inconstitucionalidad, a un caso concreto el precepto controlado, con efectos relativos y en cambio, la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal lo expulsa del sistema normativo, derogándolo con efectos sólo a futuro”; que “debe considerarse también, desde una perspectiva procesal, reiterando lo expuesto, que *el impulso necesario para aperturar el proceso constitucional es distinto en ambos casos*, pues en la inaplicabilidad corresponde a las partes de la gestión en que ha de aplicarse la norma y al juez que está conociendo del proceso. En el proceso de inconstitucionalidad la Carta Fundamental consagra la acción pública para iniciarlo y faculta, además, al Tribunal Constitucional para de actuar de oficio en su iniciación”; ahora, “en cuanto a los *efectos que producen ambas decisiones de inconstitucionalidad*, debe tenerse presente que en el caso de la inaplicabilidad la norma declarada inaplicable sigue vigente como ley de la República, pero no puede aplicarse al caso concreto en el cual incide el requerimiento. En cambio, la declaración de inconstitucionalidad deroga el precepto controlado, sin efecto retroactivo, según lo previsto por el artículo 94 de la Constitución Política, con lo cual deja de ser un precepto legal. Por lo tanto, para comprender cabalmente la terminología empleada por la Constitución, debe estarse directamente a lo dispuesto por el invocado artículo 94, inciso tercero, en la parte que expresa “el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”; por último “en concordancia con lo expuesto precedentemente, la derogación en el ámbito del derecho puede conceptualizarse como “la cesación de la eficacia de una ley en virtud de la disposición o disposiciones de otra ley posterior. Importa privar a la primera de su fuerza obligatoria, reemplazando o no sus disposiciones por otra”. En este sentido es necesario precisar que el artículo 94 consagra un efecto derogatorio sin reemplazo de las disposiciones derogadas por otras, en atención a que a esta Magistratura no le compete ejercer funciones legislativas”³⁴⁴.

IV. DOCTRINA

Al respecto, las Acciones de Inaplicabilidad y de Inconstitucionalidad presentan algunas semejanzas³⁴⁵:

- Son mecanismos de tutela de la supremacía constitucional, pues tienen como objetivo declarar la inadmisibilidad constitucional de un determinado precepto legal.
- Ambas son conocidas por el Tribunal Constitucional.
- Proceden respecto de preceptos legales.

³⁴⁴ Sentencia de inaplicabilidad Rol 964 de 31 de enero de 2008, considerandos 5°, 6°, 7° y 8°.

³⁴⁵ DIAZ G., IVÁN. “Las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad en la Constitución chilena”. *Revista de Derecho Público*, Tomo I, N° 69, 2007, págs. 391 y siguientes.

En cuanto a sus diferencias, podemos mencionar:

- La inconstitucionalidad debe ser declarada por cuatro quintas partes de los Ministros en ejercicio, y no por la mayoría como es el caso de la inaplicabilidad.
- La inconstitucionalidad es subsidiaria pues sólo procede respecto de un precepto legal declarado inaplicable en sentencia previa.
- Existe acción pública para declarar la inconstitucionalidad, la que también puede ser pronunciada de oficio.
- La inaplicabilidad procede en gestiones de actual tramitación judicial, lo que no parece exigido por la inconstitucionalidad.
- La Constitución expresamente señala que acogida la inconstitucionalidad el precepto legal es derogado, mientras que acogida la inaplicabilidad lo que se impide es aplicar el precepto en el caso.
- La Acción de Inaplicabilidad constituye un mecanismo de control abstracto, y la Acción de Inconstitucionalidad un mecanismo de control concreto.

CONCLUSIÓN

En la parte introductoria de nuestra memoria hicimos referencia a la evolución de la Acción de Inaplicabilidad desde la incipiente Constitución de 1833, advirtiendo que en aquella época sólo existía un control político de las leyes por parte del Congreso Nacional. Fue en la Constitución de 1925 donde se estableció la posibilidad de que la constitucionalidad de una ley fuera controlada por un órgano ajeno a éste, el cual fue la Corte Suprema de Justicia.

La reforma constitucional de 1970 crea el Tribunal Constitucional, cuya misión era ejercer el control preventivo de constitucionalidad de las leyes, entre otras materias, pero fue abolido en el año 1973. Es en la Constitución Política de 1980 donde éste es reinstaurado. Se conforma entonces, la llamada “judicatura dual”, mediante la cual, la Corte Suprema conserva bajo su imperio la facultad de conocer exclusivamente de la Acción de Inaplicabilidad, la que, así consagrada, configuraba un control *a posteriori* o represivo de la constitucionalidad de las leyes, mientras que el Tribunal Constitucional continuaba ejerciendo el control preventivo de éstas.

Es la reforma constitucional del año 2005 la que traslada la competencia para el conocimiento de la Acción de Inaplicabilidad al Tribunal Constitucional, por tanto, es esta reforma la que le otorga a esta magistratura la totalidad del control de la constitucionalidad de las leyes tanto *a priori*, que lo tenía desde 1980, como *a posteriori*.

Nuestro estudio analizó detalladamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, centrándonos en los requisitos de admisibilidad de la Acción de Inaplicabilidad y los criterios que establece el tribunal en torno a ellos. A modo de conclusión, entonces, podemos establecer:

- El primer requisito de admisibilidad, “*que se trate de un precepto legal*”, descarta de manera absoluta la posibilidad de que la Acción de Inaplicabilidad

resuelva contradicciones que podría tener la propia Constitución. En este sentido, la inaplicabilidad enfrenta normas de distinta jerarquía, procurando velar por la supremacía de la Carta Fundamental en nuestro ordenamiento jurídico.

Por otro lado, se entienden como preceptos legales: la ley, incluyendo por ejemplo las leyes interpretativas, orgánicas constitucionales, de quórum calificado, simples, y también decretos con fuerza de ley y decretos ley.

Para que la acción sea procedente debe señalarse de manera específica el precepto legal que se objeta, pues no cabe la inaplicabilidad respecto de impugnaciones genéricas y abstractas. No obstante, pueden impugnarse partes o incisos de un precepto legal, siempre y cuando se trate de una norma con autonomía propia y que se baste a sí misma.

El tribunal considera que los tratados internacionales, si bien no son preceptos legales, ello no impide que sean objeto de la Acción de Inaplicabilidad. Aunque es un tema discutido en doctrina, el Tribunal Constitucional ha sido enfático en señalar que el espíritu de la reforma constitucional del año 2005 fue fortalecer sus atribuciones para efectuar el control de constitucionalidad, y de ninguna forma disminuirlas.

La Acción de Inaplicabilidad, en tanto, no procede contra actos administrativos, decretos supremos, auto acordados ni resoluciones judiciales, porque no son “preceptos de rango legal”.

Sin embargo, respecto de los preceptos impugnados, que tengan rango legal, tampoco procede la acción cuando se busca que el Tribunal Constitucional aclare el sentido que tengan éstos, o que determine la interpretación que debe preferirse para resolver un conflicto. No es de competencia de este tribunal modificar la interpretación de un precepto legal, pronunciarse sobre cuestiones de mérito, o resolver conflictos de leyes en el tiempo. Ello porque todas estas materias son labores exclusivas de los jueces de fondo.

Por último, en sus pronunciamientos, el tribunal establece de manera expresa que no corresponde incoar una Acción de Inaplicabilidad para corregir actos que vulneran derechos fundamentales garantizados en la Constitución o para impugnar actos que se estiman ilegales, pues para ese objetivo es que nuestro sistema contempla una gama de recursos jurisdiccionales, como por ejemplo el Recurso de Protección. Los sentenciadores del Tribunal Constitucional diferencian su misión de aquella que corresponde a los jueces de los Tribunales de Justicia, puesto que el juicio de inaplicabilidad entraña un análisis de conformidad o disconformidad de los efectos constitucionales que produciría la aplicación de la norma legal al caso concreto, y no un enjuiciamiento de constitucionalidad sobre un acto u omisión determinada.

- El segundo requisito de admisibilidad, “*que exista gestión pendiente ante otro tribunal ordinario o especial*”, se refiere a una gestión en tramitación, en cualquier oportunidad procesal en que se encuentre. Para el Tribunal Constitucional, la gestión pendiente debe ser una gestión judicial no concluida, por ello la Acción de Inaplicabilidad debe ser promovida *in limine litis*, es decir, dentro de los límites de la *litis*.

La gestión pendiente debe ser de carácter particular, y debe ser probada por el requirente de la acción. Además, el precepto legal impugnado debe tener aplicación actual en la gestión pendiente, puesto que el tribunal ha declarado que debe descartarse la inaplicabilidad cuando los preceptos impugnados o ya recibieron aplicación que se pretende eliminar o no la recibirán en la decisión de la gestión.

El tribunal ha establecido que no hay gestión pendiente una vez que haya cosa juzgada, esto es, al encontrarse dictada la sentencia definitiva, o cuando ha operado la preclusión, es decir, que el Tribunal Constitucional ha conocido de la misma acción con anterioridad.

También, falta gestión pendiente cuando si bien ésta existe al momento de efectuar el examen de admisibilidad de la acción, al ser fallada por el Tribunal Constitucional el juez de fondo ya dictó sentencia definitiva.

El Tribunal Constitucional aboga por una interpretación amplia de este requisito, por ende, hay gestión pendiente cuando aún no se ha fallado un recurso interpuesto, o cuando la demanda presentada en la causa en que incide la gestión pendiente no ha sido notificada. Por otro lado, si bien este requisito es parte del examen de admisibilidad, el tribunal puede pronunciarse sobre él al resolver el fondo del asunto.

Respecto al tribunal ordinario o especial en que debe seguirse la gestión pendiente, procede la acción sólo cuando se trate de tribunales que ejerzan funciones jurisdiccionales.

- El tercer requisito de admisibilidad, “*que la aplicación del precepto resulte decisivo en la resolución del asunto*”, implica un análisis por parte del tribunal acerca de si ese precepto legal será decisivo, lo que supone una suficiente y meridiana motivación, de modo que pueda comprenderse en términos intelectuales la pretensión que se solicita.

Basta que el precepto legal sólo tenga la posibilidad de ser decisivo para la resolución del asunto, sin que ello signifique un pronunciamiento acerca de si debe o no ser aplicado por los jueces de fondo. Además, las normas decisivas para la resolución del asunto pueden ser tanto ordenatorias de la *litis* como decisorias. Declara el tribunal que la Carta Fundamental no ha establecido diferencias en relación con el tipo o naturaleza del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita, sino que ha aludido genéricamente a las normas con rango o valor de ley.

Si bien este requisito es examinado al realizar el estudio de admisibilidad y aunque sea aprobado, puede ser visto nuevamente al resolver el fondo del asunto, ello porque en la mayoría de los casos, el tribunal se hace cargo de las alegaciones presentadas por las partes en torno a la admisibilidad del requerimiento, como una cuestión previa antes de entrar a la resolución del caso. Ahora, cuando las partes invocan en la parte petitoria de su demanda un determinado precepto legal, se configura una presunción a favor del carácter decisivo de éste.

La sentencia Rol 1288 de 25 de agosto de 2009 interpreta el sentido de la palabra “asunto”, estableciendo al respecto que el precepto legal debe ser decisivo

en la resolución de “un asunto”, entendiendo éste como “un asunto cualquiera”, donde naturalmente tenga efecto el precepto impugnado, y no que deba ser decisivo en la resolución “del asunto” en la gestión pendiente en que incide la acción interpuesta.

- El cuarto requisito de admisibilidad “*que la ley contraríe la Constitución en su aplicación*” es de fundamental importancia, ya que éste configura el control concreto de constitucionalidad. Lo contrario, a juicio del Tribunal Constitucional no es el precepto, sino su aplicación contraria a la Carta Fundamental, no procediendo, por tanto, la inaplicabilidad respecto de la eventual contradicción entre dos o más preceptos de rango legal.

La inconstitucionalidad es declarada respecto del caso concreto, y no sobre el precepto legal analizado abstractamente. El carácter genérico o abstracto es ajeno a la naturaleza de la Acción de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad.

Es más, no procede la acción cuando ésta se funda en una eventual o hipotética aplicación del precepto impugnado, pues debe existir al menos la posibilidad de que éste sea aplicado. En este sentido, la inaplicabilidad, a juicio del tribunal, no tiene naturaleza preventiva.

- En el quinto requisito de admisibilidad “*que lo solicite la parte o el juez que conoce del asunto*”, establece el tribunal que la forma de interponer el requerimiento debe ajustarse expresamente a lo consagrado en el art. 93 N° 6 de la Constitución, no procediendo otros medios para incoar la acción.

Si la Acción de Inaplicabilidad es interpuesta por el juez que conoce del asunto, no es necesario que éste confiera patrocinio y poder a un abogado para que lo represente, pues no lo exige así la Carta Fundamental. A la fecha, se han presentado requerimientos interpuestos por jueces de tribunales de diferentes competencias, como Cortes de Apelaciones, Corte Suprema, Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, entre otros.

Ahora bien, si la acción es interpuesta por las partes del litigio, al tribunal no le corresponde analizar la legitimidad de éstas en la gestión pendiente, pues ello es materia de los jueces de fondo. Se entiende que son partes de litigio, y por ende, podrían requerir de inaplicabilidad, los demandantes o demandados, desde la interposición de la demanda.

- El sexto requisito de admisibilidad “*que la impugnación esté fundada razonablemente*”, se refiere a la exposición clara de los hechos y fundamentos en que se apoya y cómo ellos producirían la infracción constitucional, señalando expresamente los vicios inconstitucionales que se aducen y las normas constitucionales transgredidas.

Para que el requerimiento esté fundado razonablemente, deben exponerse los hechos de manera circunstanciada, señalando la aptitud de el o los preceptos legales objetados para contrariar, en su aplicación al caso concreto, la Constitución. Es fundamental exponer el contexto en el que se aplica la norma legal impugnada, indicando la forma precisa de cómo la aplicación del precepto legal contraviene la Carta Fundamental. Además, exige concordancia entre la parte expositiva del requerimiento y la parte petitoria. No se trata de calificar la excelencia analítica en la exposición de los argumentos acerca de los vicios

de constitucionalidad, sino verificar que los fundamentos de la acción sean suficientemente sólidos para dar plausibilidad al asunto planteado.

Relacionado con lo anterior, cabe destacar que el Tribunal Constitucional hace sinónimos el término “fundamento plausible” establecido en la LOCTC por la modificación introducida por la ley 20.381, y “fundamento razonable” establecido en el art. 93 inciso undécimo primero de la Constitución.

Para cumplir con este requisito la norma legal impugnada debe encontrarse vigente, criterio similar al establecido cuando hablamos del primero de los requisitos de admisibilidad. Por otro lado, no procede la acción si con la interposición de ésta se busca ampliar las normas legales que se invocaron en un primer juicio de inaplicabilidad, aunque se efectúe dentro de la misma causa principal.

La doble exigencia que para el tribunal implica este requisito se explica, por una parte, para evitar que los sentenciadores se avoquen a resolver cuestiones que, en su presentación inicial, no demuestren siquiera un fundamento plausible, y por otra, que no se traben juicios de inaplicabilidad cuyo objeto resulte tan difuso que el tribunal no pueda determinar su competencia específica. Se trata de objetivos prácticos que llevan a una mejor comprensión de las pretensiones de las partes.

- El séptimo requisito de admisibilidad “*que el requerimiento se promueva respecto de un precepto legal que no haya sido declarado conforme a la Constitución por el tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y que no se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva*”, se encuentra específicamente formulado en N° 2 del art. 47F de la Ley 17.997 Orgánica del Tribunal Constitucional.

Dicho requisito se encuentra formulado, con el fin de evitar la interposición de requerimientos respecto de los cuales el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado, y así evitar a la larga pronunciamientos que podrían ser contradictorios. Se busca, entonces, armonizar el control preventivo con el control represivo de preceptos legales.

Finalmente, en este trabajo pudimos apreciar que la *jurisprudencia del Tribunal Constitucional* es coherente y precisa, siendo las circunstancias del caso concreto las que determinarán, la admisibilidad o no de la acción. Al respecto, los requisitos de admisibilidad se encuentran específicamente formulados para que la inaplicabilidad rijan a un caso concreto, desechando la posibilidad de que se solicite de forma abstracta.

La declaración de admisibilidad y los criterios jurisprudenciales establecidos por el tribunal, sólo son un paso previo al verdadero y más importante análisis, cual es, el de la constitucionalidad de las normas que se aplican en nuestro Estado de Derecho. Para lograr este objetivo el tribunal interpreta de forma amplia la Acción de Inaplicabilidad, pues de aceptarse una interpretación restrictiva que la limitara, se estaría restringiendo el derecho de las personas a sentirse resguardadas por la Carta Magna.

BIBLIOGRAFÍA

- ARELLANO GÓMEZ, PILAR F. “Debido proceso material y el control difuso de constitucionalidad: una revisión desde la nueva Acción de Inaplicabilidad”. *Revista de Derecho Público*, N° 69:t.1, 2007, págs. 476-488.
- BERTELSEN REPETTO, RAÚL. “Análisis y revisión del recurso de inaplicabilidad (modelo y jurisprudencia)”. *Cuadernos de análisis jurídico (La Jurisdicción Constitucional chilena ante la reforma)*, N° 41, 1999, págs. 157-180.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la Ley N° 20.050. Modifica la composición y atribuciones del Congreso Nacional, la aprobación de los tratados internacionales, la integración y funciones del Tribunal Constitucional y otras materias que indica*. Versión web contenida en www.bcn.cl. Santiago de Chile, 2005, 2837 págs.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la Ley N° 20.381. Modifica la Ley N° 17.997, Órgánica Constitucional del Tribunal Constitucional*. Versión web contenida en www.bcn.cl. Santiago de Chile, 2009, 1042 págs.
- BRUNET BRUCE, MARCELO. “Admisibilidad en materias constitucionales: principio in dubio pro admittere”. *Revista de Derecho Público*, Tomo I, N° 69, 2007, págs. 417-430.
- BRUNET BRUCE, MARCELO. “Admisibilidad en materias constitucionales”. *Ponencia en XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público. Reformas Constitucionales de 2005, un año después*. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, págs. 1-23.
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. “El cambio constitucional más importante”. *Revista de Derecho Público*, Tomo I, N° 69, 2007, págs. 324-328.
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. “El Tribunal Constitucional y el control de las leyes”. En *Escritos de Justicia Constitucional, Cuadernos del Tribunal Constitucional*, N° 35, 1ª ed. Santiago de Chile, Tribunal Constitucional, 2007, págs. 102-144.
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. *Memorias del Tribunal Constitucional 2006*. Santiago de Chile, Tribunal Constitucional, 2007, 138 págs.
- COLOMBO CAMPBELL, JUAN. *Memorias del Tribunal Constitucional 2007-2008*. Santiago de Chile, Tribunal Constitucional, 2009, 100 págs.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Versión web contenida en www.bcn.cl. Santiago de Chile, 2009, 123 págs.
- DÍAZ GARCÍA, IVÁN. “Las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad en la Constitución chilena”. *Ponencia en XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público. Reformas Constitucionales de 2005, un año después*. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, págs. 1-17.
- DÍAZ GARCÍA, LUIS I. “Las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad en la Constitución chilena”. *Revista de Derecho Público*, N° 69:t.1, 2007, págs. 389-406.
- DUCCI ARCEU, MARÍA LAURA. *La admisibilidad del requerimiento de inaplicabilidad en el Tribunal Constitucional chileno*. Santiago de Chile, Tribunal Constitucional, 2008.
- FERMANDOIS, ARTURO. “Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley”. *Actualidad Jurídica*, N° 17, 2008, págs. 176-177.
- FIAMMA OLIVARES, GUSTAVO. “El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (Antecedentes contenidos en las Actas Oficiales)”. *Gaceta Jurídica*, N° 94, año XIII, 1988.
- GARCÍA BARZELATTO, ANA MARÍA. “Influencia de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como nueva atribución del Tribunal Constitucional”. *Revista de Derecho Público*, N° 70, 2008, págs. 117-128.
- GONZÁLEZ CASTILLO, JOEL. “El derecho de propiedad y la intangibilidad de los contratos en la jurisprudencia de los requerimientos de inaplicabilidad: comentario a sentencias ‘Autopista Central S.A. con Servicio de Mecánica Mantención Track S.A.’, de 26 de diciembre de 2006, y ‘HQI Transelec S.A. con empresa eléctrica Panguipulli S.A.’, de 6 de marzo de 2007”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, N° 2, 2007, págs. 345-360.

- GONZÁLEZ CASTILLO, JOEL. “Protección constitucional de la propiedad en la jurisprudencia de los requerimientos de inaplicabilidad”. *Gaceta Jurídica*, N° 326, 2007, págs. 24-37.
- HEISE BURGOS, GUSTAVO. “Mecanismos de control de constitucionalidad en el derecho chileno y su evolución”. *Revista de Derecho Público*, Tomo I, N° 69, 2007, págs. 379-388.
- HENRÍQUEZ, MIRIAM. “Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de Tratados Internacionales”. *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, año 5, 2007, págs. 119-126.
- HORMAZABAL MALAREÉ, HERNÁN. *El nuevo Tribunal Constitucional: los derechos fundamentales y el moderno recurso de inaplicabilidad*. 1^{ra} ed. LexisNexis, Santiago de Chile, 2006.
- LEY 17.997, CHILE. *Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional*. Versión web contenida en www.bcn.cl. Santiago de Chile, 2009, 33 págs.
- MARTÍNEZ, JOSÉ IGNACIO. “Recurso de inaplicabilidad, Tribunal Constitucional y juez ordinario en la reforma constitucional”. En *La Constitución reformada de 2005*. Santiago de Chile, Librotecnia, 2005, pág. 461.
- MATURANA, MIQUEL, CARLOS CRISTIAN. *Los Recursos*. Separata Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2008, págs. 361-362.
- NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE. “Criterios del Tribunal Constitucional en materia de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes”. En *XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Volumen I, Valparaíso, Chile, págs. 189-198.
- NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE. “El Tribunal Constitucional y las Reformas Constitucionales de 2005”. *Revista de Derecho Público*, N° 68, 2006, págs. 11 y siguientes.
- NAVARRO BELTRÁN, ENRIQUE. “El recurso de inaplicabilidad, revisión de 20 años de jurisprudencia 1981-2001”. *Gaceta Jurídica*, N° 267, 2002, págs. 7-26.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO (coordinador). *La Constitución Reformada de 2005*. Santiago, Librotecnia, 2005. 668 págs.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. “El control represivo concreto y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en las reformas en las reformas de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias”. *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, año 3, 2005.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. “La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante”. *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, año 4, 2006.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. “Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales”. *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, año 5, 2007, págs. 59-88.
- PEÑA TORRES, MARISOL. “Control de Constitucionalidad de los Tratados Internacionales: la experiencia chilena un año después de la reforma de 2005”. Ponencia en *XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público. Reformas Constitucionales de 2005, un año después*. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, págs. 1-7.
- PEÑA TORRES, MARISOL. “Doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la admisibilidad de requerimientos de inaplicabilidad”. En *Cuatro estudios de Justicia Constitucional*, N° 36, 2007, págs. 40-57.
- PEÑA, MARISOL. “La aplicación del Derecho Internacional de los derechos humanos por el Tribunal Constitucional chileno”. *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, año 6, 2008.
- RIBERA, TEODORO. “Los tratados internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional”. *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, año 5, 2007, págs. 89-118.
- RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. “El nuevo Tribunal Constitucional”. En ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO (coordinador). *Reforma Constitucional*. Santiago de Chile, Ed. Lexisnexis, 2005.
- RÍOS ÁLVAREZ, LAUTARO. “Trascendencia de la reforma constitucional en la fisonomía y las atribuciones del Tribunal Constitucional”. *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, año 3, 2005.
- RÍOS, LAUTARO. “La acción de inaplicabilidad de preceptos legales”. *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, N° 2, año 14, 2007, pág. 125.

- SAENGER G., FERNANDO. “Acción de inaplicabilidad e inconstitucionalidad. Facultades del nuevo Tribunal Constitucional. Algunos casos jurisprudenciales”. *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, año 5, 2007.
- SAENGER, FERNANDO. *Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad (jurisprudencia 1980-2005)*. 1^{ra} ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006.
- SILVA BASCUÑAN, ALEJANDRO Y SILVA GALLINATO, MARÍA PÍA. “Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional”. *Revista de Derecho Público*, Tomo I, N° 69, 2007, págs. 347-378.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Sentencias sobre la acción de inaplicabilidad dictadas en el período marzo de 2006 a marzo de 2010*. Extraídas de página web www.tribunalconstitucional.cl
- VARAS ALFONSO, PAULINO. “Elementos para determinar si el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de forma de todo precepto legal contrario a la Constitución también queda comprendida dentro de la órbita de aplicación del art. 80 de la Carta Fundamental”. *Revista de Derecho Público*, N° 59, año 1996.
- ZAPATA CATALÁN, MIGUEL. *De la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico nacional: reformas al diseño del control de supremacía constitucional introducidas por la Ley N° 20.050*. Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2006, 112 págs.
- ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO. “La sentencia de ‘inaplicabilidad - cuestión de inconstitucionalidad’ y legislación”. *Revista Estudios Constitucionales*, N° 1, año 3, 2005.
- ZÚÑIGA, F. Y VEGA, F. “El nuevo recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, Teoría y Práctica”. *Revista Estudios Constitucionales*, N° 2, año 4, 2006.

