



Premio “Tribunal Constitucional” 2021

ORÍGENES E HISTORIA
DEL RECURSO DE INAPLICABILIDAD
ANTE LA CORTE SUPREMA

Orlando Castillo Valencia

Premio “Tribunal Constitucional” 2021



Premio “Tribunal Constitucional” 2021

**ORÍGENES E HISTORIA
DEL RECURSO DE INAPLICABILIDAD
ANTE LA CORTE SUPREMA**

Orlando Castillo Valencia

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Teléfono [56] 2721 92 00 • Fax [56] 2721 93 03

Huérfanos N° 1234, Santiago de Chile

secretaria@tcchile.cl

www.tcchile.cl

Cuadernos del Tribunal Constitucional

ISBN 978-956-8186-63-0

Primera edición

50 ejemplares

Diseño editorial

INNOVAWEB

AGRADECIMIENTOS

Agradezco profundamente los lineamientos dados, así como la perspectiva de libertad con la cual en esta investigación me fuera permitido conducirme por el Profesor Guía.

Asimismo, entendió y aprobó desde un comienzo que dicho trabajo no cabía sólo en el ámbito del Derecho Constitucional propiamente tal -la disciplina de su especialidad-, sino que también aceptó la idea preliminar por mí propuesta, en cuanto tenía las intenciones de explayarme en todo cuanto la rama de la Historia del Derecho viniera en auxilio de mi labor, para contextualizar precisamente esta tarea.

La misma gratitud va dirigida a los funcionarios de la Biblioteca Nacional y de la Biblioteca del Congreso Nacional, por la paciencia y comprensión mostradas; y cuya entrega, a todos quienes acuden a sus escritorios en búsqueda del saber completo, hace posible que muchos proyectos vean la luz, la que se percibe difusa en un inicio.

El autor

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo esencial, mostrar a la ciudadanía en general y a los estudiosos del Derecho en particular, la evolución y la importancia fundamental que ha tenido y que sigue teniendo en nuestro país la Justicia Constitucional.

Se revisará en forma detallada qué es lo que se entiende por esta especial expresión y se estudiarán sus particularidades en el orden jurídico interno desde la vigencia de la Constitución de 1833; así como el mecanismo que se instituyó para resguardarla.

Cómo es que a través de la evolución de sus términos en las distintas Cartas Políticas que nos han regido, se ha intentado dar con la fórmula a una disyuntiva nunca fácil de resolver. Trata pues este trabajo, en definitiva, sobre quién resguarda los contenidos que asegura una Constitución Política a cada habitante de la Nación; en quién descansa la difícil tarea de hacerla efectiva.

Tras estas primeras interrogantes, hubo -y hay- muchos estudios realizados, innúmeras publicaciones, Jornadas de Derecho Público con variadas propuestas, visiones jurídicas y constitucionales contrarias, intereses políticos de los Gobiernos de turno y de las facciones políticas, auxilio de la doctrina realizado por los académicos, y por cierto también, intereses de poder.

Es uno de los temas jurídicos más relevantes y complicados, inalcanzable en su comprensión a veces para la ciudadanía no imbuida del conocimiento de las leyes.

Por ello, se ha elegido, en lo que es posible, un lenguaje claro y directo, buscando dar a conocer la perspectiva histórica de un tema muchas veces situado en segundo plano en la realidad jurídico-política, pero que hoy trasciende muchos ámbitos y variadas materias. Para situarlo entonces temporalmente es que se justifica la mirada a nuestro pasado institucional y constitucional.

SUMARIO

PRIMERA PARTE

Introducción al Derecho Político y a las Instituciones Políticas

SECCIÓN PRIMERA

- 1.- ¿Qué es el Estado? Breve reseña para comprender uno de sus atributos esenciales: el Poder.....19
- 2.- ¿Qué es la Constitución?.....21
- Clases de Constituciones a. *Según su forma*; b. *Según la mayor o menor dificultad de modificación*; c. *Según la forma de su establecimiento*.....22

SECCIÓN SEGUNDA

- 1.- Introducción al principio de supremacía constitucional.....24

SEGUNDA PARTE

La supremacía constitucional en la Constitución de 1833

SECCIÓN PRIMERA

- 1.-Antecedentes generales.....29
- 2.-Lo que opinaron los tratadistas.....29
- 3.- Actuación de los Tribunales.....31
 - a) Dictamen de la Corte Suprema de 1848.....31
 - b) Circular de la Corte Suprema del año 1867.....32
 - c) Reclamación de la Corte Suprema ante el Gobierno en 1866.....33
 - d) Nueva reclamación de la Corte Suprema en 1872.....36
 - e) Contienda de competencia entablada contra la Corte Suprema.....38
 - f) Desconocimiento de ley por parte del máximo tribunal de justicia...43
 - g) Nota del Gobierno a la Corte Suprema por observaciones de ésta...44
 - h) Informe del Fiscal de la Corte Suprema don Ambrosio Montt.....45
 - i) Otros pronunciamientos de los Tribunales.....46

TERCERA PARTE

El recurso de inaplicabilidad en la Constitución de 1925

SECCION PRIMERA

- 1.- Antecedentes. Necesidad de contar con un órgano que resguarde la Constitución.....51
- 2.- La reacción de la doctrina chilena.....55

SECCIÓN SEGUNDA

Constitucionalidad de la ley

- 1.- Naturaleza jurídica del recurso de inaplicabilidad. Concepto.....64
- 2.- El recurso de inaplicabilidad como único medio para objetar la constitucionalidad de una ley.....68
- 3.- Nulidad e Inaplicabilidad.....69
- 4.- Singularidad y efecto relativo de la declaración de inaplicabilidad.....70
- 5.- La inaplicabilidad de una ley supone la declaración respectiva previa.....70
- 6.- Requisitos de procedencia.....71
 - a) Requisito esencial es que exista un *juicio* sometido al conocimiento de otro tribunal.....71
 - b) No es necesario que exista un juicio en el sentido técnico de la expresión.....71
 - c) Corresponde a quien lo interpone indicar determinadamente la disposición legal que reclama de inconstitucional.....74
 - d) El error en la cita legal no basta para declararlo inadmisibile.....75
 - e) Pluralidad de juicios.....75
 - f) Basta para interponerlo que exista la posibilidad de que una ley que se denuncia inconstitucional pueda ser aplicada en la cuestión debatida.....76
 - g) Ley no invocada por las partes.....77
 - h) La Corte Suprema cuando resuelve el recurso debe hacerlo con prescindencia de los hechos del proceso; no cabe que resuelva el pleito.....78

7.- Pendiente recurso de casación. ¿Lo hace inadmisibile?.....	79
8.- No procede ante las gestiones que se ventilan ante el Tribunal Calificador de Elecciones.....	84
9.- Los Decretos Supremos y el recurso de inaplicabilidad.....	88
a) Textos únicos o definitivos de leyes refundidas.....	93
b) Textos refundidos.....	94
c) Petición de representación por inconstitucionalidad de decretos supremos.....	98
10.- Vicios de la ley. Vicios sustanciales y procesales. Inconstitucionalidad por <i>vicios de forma o fondo</i>	100
11.- Los Decretos con Fuerza de Ley.....	113
a) Primera aproximación.....	113
b) Fallo de casación reconoce validez de esta legislación.....	115
c) La delegación de facultades legislativas no puede ser juzgada por los tribunales de justicia.....	115
d) Decretos con Fuerza de Ley que exceden o contrarían las facultades legislativas delegadas. Ilegalidad y no inconstitucionalidad.....	124
<i>Oficio de la Contraloría General de la República al señor Ministro de Justicia. Ilegalidad del Decreto con Fuerza de Ley N° 424</i>	130
e) Decreto gubernamental dictado en virtud de la autorización que le otorga una ley, no tiene fuerza obligatoria en lo que modifica la ley, excediéndose de las facultades concedidas.....	140
f) Decretos con fuerza de ley que no se sujetan a requisitos o formalidades establecidos por la ley que los autoriza.....	141
g) Saneamiento de un precepto ilegal de un decreto con fuerza de ley.....	141
h) Decretos con Fuerza de Ley que contienen materias propias de ley y otras de la potestad reglamentaria.....	142
i) Decretos reglamentarios dictados por autorización de un decreto con fuerza de ley. Potestad Reglamentaria.....	142
Estudio realizado por don Luis A. Vergara. “ <i>La Ley N° 4.945, de 6 de febrero de 1931, es inconstitucional</i> ”.....	143
Estudio realizado por don Víctor V. Robles. “ <i>Observaciones sobre los Decretos con Fuerza de Ley dictados en virtud de la Ley 4945</i> ”.....	149
12.- Los Decretos-Leyes.....	155

a) Fuerza obligatoria.....	156
Estudio “ <i>Los decretos-leyes y el recurso de inaplicabilidad que establece el artículo 86 de la Constitución</i> ”	165
Acusación Constitucional a la Corte Suprema.....	179
13.- Otros fallos de importancia revisados.....	189
a) La justicia de un impuesto.....	189
b) Recurso acogido contra decreto con fuerza de ley que ordenó revisar pensiones.....	194
c) La promulgación y publicación de la ley.....	194
d) Inaplicabilidad contra artículo de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales.....	202
e) Sentencia que no consideró la resolución de inaplicabilidad. Recurso de casación en el fondo.....	203
f) Sentencias pronunciadas a propósito de la Ley N° 8987, sobre Defensa Permanente de la Democracia.....	205
f.1. Recurso de Amparo. Expulsión del país por haber violado la Ley N° 8987. Recurso de reclamación contra la medida impuesta por el Ejecutivo.....	210
f.2. Recurso de Reclamación contra expulsión del territorio nacional.....	211
g) Recursos de Inaplicabilidad que afectaron a los artículos 2° y 3° de la Ley 16.640 sobre Reforma Agraria.....	213
h) Pequeña propiedad rústica.....	228
i) Contienda de Competencia entre el Presidente de la República y el Juez del Juzgado de Letras de Melipilla.....	229
j) El recurso de inaplicabilidad no ha sido instituido para enjuiciar o censurar la política legislativa. Recurso contra ley retroactiva.....	233

SECCIÓN TERCERA

Algunos acontecimientos ya avanzado el imperio de la CPE de 1925

1.- Proyecto de Reforma Constitucional de 1950.....	242
2.- Declaración del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, don Pedro Silva Fernández, pronunciada el 1° de marzo de 1964.....	243
3.- Proyecto de Reforma Constitucional de julio del año 1964.....	243
4.- Indicación del Presidente Eduardo Frei Montalva, año 1965.....	247
5.- Proyecto de Reformas Constitucionales de 1968.....	249
6.- Nuevo Proyecto del Gobierno de Frei Montalva.....	250
7.- Instalación del primer Tribunal Constitucional en Chile.....	253
Tendencias jurisprudenciales correspondientes al período comprendido bajo la Constitución de 1925.....	259

CUARTA PARTE

La supremacía constitucional bajo la Carta de 1980

SECCION PRIMERA

Historia

1.-Antecedentes.....	263
2.- Potestad Constituyente Constituyente (11 Septiembre 1973/ 11 Marzo 1981).....	273
a) Sentencia de 24 de julio de 1974.....	273
b) Sentencia de 11 de marzo de 1977.....	276
c) Sentencia de 10 de enero de 1979.....	278
d) Sentencia de 24 de abril de 1980. Referencias a Potestad Constituyente.....	279
3. Otros fallos período señalado.....	281
a) Sentencia de 4 de octubre de 1974. Se acoge recurso de inaplicabilidad en materia laboral.....	281

b) Sentencia de 31 de enero de 1978. Recurso que incidió en materia de Estados de Excepción Constitucional; referencias a Potestad Constituyente.....	285
---	-----

SECCION SEGUNDA

Estudios previos

1.- Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la nueva Constitución Política de la República.....	294
Estudio Profesor Gustavo Fiamma.....	294
a) Origen.....	295
b) Inaplicabilidad de oficio y a petición de parte.....	295
c) Materias de que conozca.....	299
d) O que le fueren sometidas.....	301
e) Cualquier gestión.....	301
f) Suspensión del procedimiento.....	304
g) En Sala o en Tribunal Pleno.....	308
h) Inconstitucionalidad de fondo y de forma.....	309
i) Recurso de inaplicabilidad y Recurso de protección.....	311
2.- Actas pertinentes del Consejo de Estado.....	313

SECCIÓN TERCERA

Aspectos relevantes bajo la Carta de 1980

1.- ¿No es posible acoger un recurso de inaplicabilidad si el precepto tachado ha sido dictado con anterioridad a la Constitución de 1980? Derogación tácita e inaplicabilidad.....	320
2.- Texto refundido de ley considerado Decreto Supremo o Decreto con Fuerza de Ley como acto legislativo.....	333
3.- Promulgada y publicada una ley, no puede la Corte Suprema desconocerla como ley de la República.....	335
4.- No cabe recurso de inaplicabilidad contra disposición de Acta Constitucional.....	335
5.- Inconstitucionalidad por vicios de fondo y de forma.....	336

a) El recurso de inaplicabilidad resguarda la constitucionalidad de fondo de las leyes, no la de forma.....	336
b) Situación de falta de <i>aprobación plebiscitaria</i> . ¿Leyes interpretativas de la Constitución no requieren Plebiscito?.....	340
c) Materias propias de Leyes Orgánicas Constitucionales y recurso de Inaplicabilidad. ¿Incompetencia de la Corte Suprema?.....	343
Estudio sobre “ <i>Las Leyes Orgánicas Constitucionales y el Recurso de Inaplicabilidad</i> ”, de Hugo Caldera Delgado.....	362
6.- Requisito de una Ley de Quórum Calificado.....	366
7.- Recurso de Inaplicabilidad respecto de texto legal que forme parte de Ley Orgánica Constitucional.....	371
8.- Leyes Orgánicas Constitucionales no se equiparan a la Constitución Política.....	375
9.- Procedencia de la pena de muerte y su constitucionalidad.....	378
10.- Inaplicabilidad de oficio.....	380
a) Artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.....	381
b) Situación del artículo 116 del Código Tributario.....	384
11.- Recurso es procedente cuando precepto legal es contrario a la Carta Fundamental.....	401
12.- Recurso de Inaplicabilidad y Recurso de Protección.....	402
13.- Situación del Decreto-Ley N° 2695 ¿Globalmente inconstitucional?.....	408
14.- Situación del Decreto-Ley N° 2191, sobre Amnistía.....	425
15.- Recurso de inaplicabilidad en relación con el artículo 4° del Decreto-Ley 2191.....	435
16.- Atribuciones conferidas por la ley al Presidente de la República o delegación legislativa.....	441
17.- Preclusión.....	445
18.- Fallo del recurso de inaplicabilidad resolvería el juicio.....	446
19.- Recurso de inaplicabilidad y delito de “ <i>incumplimiento de deberes militares</i> ”.....	448
20.- Recurso de casación en el fondo contra Corte de Apelaciones que declaró inconstitucionalidad de ley.....	452
21.- Inaplicabilidad de Ley de Monumentos Nacionales, “ <i>Caso Palacio Pereira</i> ”.....	454

Significancias del recurso de inaplicabilidad de competencia de la Corte Suprema en la Constitución de 1980.....	457
Historia de la Ley 20.050.....	462
Palabras finales.....	468
Bibliografía.....	470
Fuentes hemerográficas.....	476
Documentos- Anexos.....	482

PRIMERA PARTE

Introducción al Derecho Político y a las Instituciones Políticas

Se define Estado como la institución que posee el monopolio
legítimo de la violencia en un territorio determinado

MAX WEBER

SECCIÓN PRIMERA

1. ¿Qué es el Estado? Breve reseña para comprender uno de sus atributos esenciales: el Poder

La definición conceptual de Estado no es unívoca ni pacífica en la doctrina: así en palabras de los autores nacionales Mario Verdugo Marinkovic y Ana María García, reconociendo la variabilidad de respuestas que pueden encontrarse, han dicho que

“pareciera que lo honesto es reconocer la imposibilidad de que tal concepto pudiera tener sólo una función, inequívocamente definida”^{1 2}

A pesar de establecido preliminarmente lo anterior, podemos decir que “Estado” es eminentemente un concepto político, donde la organización social, económica y jurídica tiene lugar a través de instituciones definidas, instituciones que tienen el poder de regular la vida de sus integrantes, sometiéndolos a través de la coercitividad legítima de que dispone sobre ellos, la que es válida en un territorio también definido.

Según el filósofo y sociólogo alemán Max Weber, lanzando su teoría a inicios del siglo pasado, el Estado:

“[es una] asociación de dominación con carácter institucional que ha tratado, con éxito, de monopolizar dentro de un territorio la violencia física legítima como medio de dominación y que, con este fin, ha reunido todos los medios materiales en manos de sus dirigentes y ha expropiado a todos los seres humanos que antes disponían de ellos por derecho propio, sustituyéndolos en sus propias jerarquías supremas”³

1 VERDUGO M. Mario y GARCÍA B. Ana María, *Manual de Derecho Político*, Tomo I, Instituciones Políticas. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año 1979, pág. 18.

2 La Real Academia Española ha sostenido que se escribe con inicial mayúscula cuando significa conjunto de los órganos de gobierno de un país soberano, y también cuando se refiere a la unidad política que constituye un país, o a su territorio. *Diccionario panhispánico de dudas*, Santillana, Madrid, año 2005.

3 WEBER, Max. *El político y el científico*, traducción de Francisco Rubio Llorente, Madrid, Alianza, 5ª Edición, año 1979, pág. 92.

También han buscado definirlo, entre muchos otros, José Zafra, de la siguiente forma: “Grupo territorial duradero, radicalmente comunitario, estrictamente delimitado, moderadamente soberano frente a otros, que se manifiesta como máximamente comprensivo en el plano temporal y en cuyo seno, sobre una población, con creciente homogeneidad y sentido de auto pertenencia, una organización

Y el jurista y politólogo también de origen alemán Hermann Heller, dijo en su concepto, que constituía una

*“unidad de dominación, independiente en lo exterior e interior, que actúa de modo continuo, con medios de poder propios, y claramente delimitado en lo personal y territorial”*⁴

Para ejercer su poder con la eficacia requerida, el Estado debe contar con aparatos gubernamentales a su disposición que le permitan perseguir los fines que se propone, entiéndanse la administración propiamente tal, justicia, defensa, entre otras. Es así como nacen a la vida jurídica las instituciones que buscarán asegurar cada una de las funciones que el poder estatal se ha trazado: para ello necesita de funcionarios que dirijan la administración pública, los tribunales de justicia, las fuerzas armadas, etc. Es el poder institucionalizado, donde el titular de ese poder es el Estado, el que debe propender a buscar el bien común, o el conjunto de intereses acumulables. Según el jurista austríaco Hans Kelsen (1881-1973), la cuestión en torno a los fines que deben perseguirse con el instrumento técnico-social Estado es una cuestión política que cae fuera de los márgenes de la teoría general del mismo⁵.

Dentro de la organización estatal, y apartándose de otras formas o sistemas de gobierno, como lo son en especial las monarquías absolutas, y tomándose como un desarrollo o evolución del concepto de Estado, aparece lo que se denomina en la actualidad Estado de Derecho, en donde se comprenden al interior de la organización estatal propiamente dicha, otras representaciones de fundamentaciones jurídicas que resultaron nuevas para el viejo concepto: separación de funciones del poder (en las ya clásicas *ejecutivas, legislativas y judiciales*⁶), donde el sistema normativo de un país se sometiera y girase en torno a una constitución política, así como que las autoridades se sometieran a las normas de esta última. Es aquí donde todas las vertientes del poder del Estado quedan sometidas al orden jurídico, cuyo pilar fundamental es la constitución como ley suprema y donde los órganos

institucional eminentemente burocrática, coherente y jerarquizada, desarrolla una compleja gobernación guiada conjuntamente por las ideas de seguridad y prosperidad”, ZAFRA VALVERDE, José, Teoría Fundamental del Estado, Universidad de Navarra, Pamplona, año 1990, pág. 74.

4 HELLER, Hermann, *Supuestos históricos del Estado actual*, Fondo de Cultura Económica, México, pág. 142.

5 KELSEN, Hans, *Teoría del Estado*, Editorial Nacional, México, año 1965, pág. 21.

6 Hablando de razones históricas y teóricas en que se funda la doctrina de la división del poder estatal, con especial referencia al poder judicial, puede revisarse el trabajo en Derecho Político de BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *La doctrina de la separación de poderes y el poder judicial chileno*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXX, Valparaíso, Chile, 1° Semestre, año 2008, págs. 185 a 219.

del Estado sólo pueden realizar lo que expresamente ella ha permitido, la que es a su vez su origen y sustento: es el imperio de la ley y base primordial del Derecho Público ⁷.

2. ¿Qué es la Constitución?

Después de esta breve y necesaria idea introductoria, llegamos a hacernos la siguiente gran interrogante: ¿Qué es por tanto una constitución política? ¿cuál es su capital importancia?

En palabras generales podemos expresar que es la norma jurídica de más alta jerarquía dentro de la organización de un Estado soberano. En ella se sientan las bases de la institucionalidad del país, la separación de las funciones de los poderes públicos, la división administrativa del país, el aseguramiento de derechos o garantías individuales, entre otras relevantes materias. Al ser la Constitución la máxima norma, todas las demás normas legales deben necesariamente subordinarse a ella ⁸. Según Alejandro Silva Bascuñán:

⁷ Se atribuyen que los conceptos aquí expresados, habrían tenido originalmente como artífice al pensador de origen prusiano Immanuel Kant (1724-1804), los que después la doctrina alemana habría desarrollado. Así se han pronunciado, entre otros, RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús, *Estado de Derecho y Democracia*, Ensayo, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, N° 12, México, pág. 31, donde concuerda en tal principio o causa: “*La definición más precisa de la noción de Estado de derecho en el pensamiento moderno esta probablemente en la obra del filósofo alemán de finales del siglo XVIII...*”. También el catedrático español GARCÍA-PELAYO, Manuel, en *Estado legal y estado constitucional de derecho*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1991.

En nuestro país, y en lo que refiere a la Carta Política de 1980, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, VERDUGO MARINKOVIC, Mario y PFEFFER URQUIAGA, Emilio, en la obra *Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Abril del año 2002, Tomo I, se nos señalan los aspectos esenciales que a su juicio el sistema que nuestra Constitución desarrolló, indicando que “*el conjunto de principios analizados, supremacía constitucional, imperio de la ley, distribución del poder estatal en titulares que desarrollan funciones diferenciadas, responsabilidad de las diferentes magistraturas, nulidad de los actos que emanen de órganos no competentes y con las formalidades legales*”, reconociendo también que cuyos principios originadores se remontan a la Alemania del siglo XX, con la salvedad de que nuestro sistema sería el de un Estado sustantivo o material de Derecho, lo que se desprende principalmente del análisis de los artículos 1° y 5° de la Ley Primera (pág. 137).

⁸ “*La Constitución es precisamente, esa norma fundamental, la norma suprema que otorga base y unidad a todo el sistema jurídico. Es en ella donde se encuentran los derechos humanos (individuales y sociales); la creación, forma, competencia y limitación de los órganos del gobierno. Es decir, la Constitución contiene los principios esenciales del orden jurídico*”. PFEFFER URQUIAGA, Emilio, en *La supremacía Constitucional y su control: el caso chileno*. Artículo publicado en la Revista de Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Central, año V, año 1990, pág. 137. Ver asimismo, VERDUGO M., Mario, *Los principios del constitucionalismo clásico en los ordenamientos fundamentales de Chile*, artículo que puede encontrarse en la Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, N° 19-20, año 1976, donde compendia en términos breves los principios del constitucionalismo, a saber: “*pueden resumirse en el siguiente enunciado: a) se concibe al Estado como limitado por normas*

*“la Constitución Política es la ley fundamental de la organización del Estado y de la forma de su Gobierno”*⁹

Por ello, veamos a continuación, las clases de constituciones existentes:

Clases de Constituciones. Las Constituciones pueden ser clasificadas según su forma; según la posibilidad que entreguen para su modificación; por la manera por la cual han sido establecidas, etc.

a. **Según su forma:** Hay Constituciones Políticas consuetudinarias y las hay escritas. Las primeras corresponden al desarrollo de usos y costumbres, producto de la idiosincrasia de un pueblo concreto. Pueden tener como base un texto escrito, pero además tienen como fundamento u origen una pluralidad de fuentes normativas.

Las escritas son como su nombre indica, las que descansan en una fuente escriturada única.

b. **Según la mayor o menor dificultad de modificación:** Existen textos fundamentales rígidos y flexibles.

Los textos rígidos para ser modificados requieren altos quórum, apartándose significativamente de los que se necesitan una ley común en un procedimiento legislativo ordinario. El procedimiento para su reforma es agravado.

Los flexibles por tanto admiten cambio mediante el procedimiento parlamentario ordinario.

c. **Según la forma de su establecimiento:** Hay Cartas Políticas otorgadas, impuestas, pactadas, y de soberanía nacional.

A las Constituciones otorgadas se les ha relacionados comúnmente con los regímenes monárquicos, donde el soberano es precisamente quien la otorga. En su carácter de titular de la soberanía, es quien, como su nombre lo indica, quien las *otorga* al pueblo.

jurídicas, el imperio de la legalidad elimina el poder arbitrario; b) se recoge la teoría política del pueblo o de la nación como titular de la soberanía, lo que da origen al mecanismo de la representación; c) se organizan las autoridades públicas en órdenes separados e independientes (el dogma de la división de poderes); se incorporan una tabla de derechos individuales, garantizándose su ejercicio; e) los gobernantes son responsables ante la colectividad de los actos de su gestión política y administrativa; f) se estima que las bases de la organización del poder estatal (parte orgánica) y las garantías a los derechos individuales (parte dogmática) deben constar en un documento escrito, solemne, [...] producto del poder constituyente” (págs. 117 a 143).

9 SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, año 1963, Tomo I, pág. 55.

Las impuestas aluden a la representación de un amplio espectro de fuerzas políticas de un Estado, que se expresan mediante la institución de un Congreso Nacional o un Parlamento, que la *impone* al monarca.

Las Constituciones pactadas corresponden a las que la unilateralidad en su concepción no tiene cabida, sino que surgen de un *pacto* social, traducido en un consenso amplio que le otorga la legitimidad suficiente. Por ello también se las denomina Cartas Políticas contractuales.

Y tenemos los textos fundamentales provenientes de la soberanía nacional, donde la sociedad en su conjunto, detentadora de ella y del poder público, se manifiesta directamente creando su propia Constitución.

Nos corresponde por tanto estudiar a continuación, el principio teórico de la rama del Derecho Público cual es el Derecho Constitucional, el que postula que es la Constitución aquella que se encuentra en la cima del ordenamiento jurídico, siendo a la vez razón y fundamento del sistema jurídico de un Estado.

SECCIÓN SEGUNDA

1. Introducción al principio de supremacía constitucional

Puede definirse como supremacía constitucional al perentorio mandato de que toda ley quede subordinada a la Constitución Política, tanto en sus aspectos de fondo o materiales, como en sus aspectos de forma. El primero dice relación con que la legislación común le debe observancia a los preceptos que la Carta Fundamental establece, en cuanto respete las garantías constitucionales aseguradas en ella; en cuanto a la forma podemos señalar, que las autoridades deben ceñirse a los procedimientos también establecidos en la propia Constitución, con las formalidades correspondientes ordenadas por ésta para la elaboración de los preceptos legales.

Habría supremacía constitucional cuando las normas legales se sitúen en la misma línea con la norma de más alta jerarquía.

Viene entonces otra pregunta surgida de estas especialísimas circunstancias: ¿cuáles son los medios para atacar la posible incongruencia que puede darse entre ley y Constitución, cuando preceptos de la primera, ya sea en su sentido material o bien formal transgreden lo mandatado en la segunda?

Adelantamos que, existen mecanismos que permiten la tutela y el control de la constitucionalidad. Y que dichos mecanismos por su importancia también se encuentran establecidos en la propia Carta Fundamental ¹. Y constituyen un verdadero sistema que opera en protección del principio que hemos venimos enunciando.

Existen en el derecho distintas formas de materializar dichos controles. Diremos que existen también distintas denominaciones, entre ellas los mecanismos de *control concentrado* -o especializado- y de *control difuso* de la constitucionalidad -o desconcentrado-. El primero dice relación en que existe una magistratura constitucional especializada encargada de velar

¹ “El orden jerárquico, primera base de la supremacía Constitucional, limita, por consiguiente, el ámbito del contenido de las normas de derecho, al someter a las de inferior valor a la superioridad de las de mayor jerarquía y, en último término, a todas ellas en la Constitución (...) Hay una segunda base jurídica de la supremacía constitucional: es el principio de que en Derecho Público las autoridades sólo pueden ejecutar aquellos actos que la Constitución y las leyes expresamente les autorizan. Este principio limita la acción de los gobernantes y los somete, esencialmente, al imperio de la Constitución”, EVANS DE LA CUADRA, Enrique, en su obra *Los derechos constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, año 1999, pág.444. A su turno, para SAGÜÉS, Néstor Pedro, en su *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial Astrea, año 1993, pág. 145, es tanta la relevancia que se adjudica al principio en cuestión, que “poco vale el [...] de supremacía constitucional, **si no se planifica un aparato de control de esa supremacía**” (Nota: el resaltado es nuestro).

por dicho cumplimiento (que reciben el nombre de Tribunales o Cortes Constitucionales); mientras que, en el segundo de los casos, dicho trabajo es entregado a la justicia ordinaria (sólo al Tribunal Supremo o Corte Suprema de Justicia, o, según sea el caso, a estos y a la generalidad de los jueces, no importando su jerarquía o fuero) ².

Sabido es que se debe a Hans Kelsen (1881-1973) dicho control concentrado de constitucionalidad, y que debido a la nacionalidad del autor se le denomina asimismo sistema austríaco, por haberse implementado en ese país en el año 1920. Es un régimen donde se parte de la base que dicha materia exige un órgano especializado, por lo que dicha labor se centraliza en un ente llamado “Tribunal Constitucional” ³.

2 Existen diferentes sistemas de control de la constitucionalidad más allá de los indicados. También existen clasificaciones en cuanto a la admisión del control: divididos en positivos (donde se establece expresamente en la Constitución la posibilidad de dicho control) o negativos (donde sencillamente no se contempla); en cuanto a los órganos que ejerzan el control en cuanto a su 1) dependencia institucional: a) político (donde el mismo Parlamento u otro organismo ejecutivo o electoral debe pronunciarse), o b) judicial (aunque si nos atenemos a su función, el Poder Judicial también es un ente político, de ello no hay duda porque ejerce una función política); 2) de acuerdo a su composición: integrantes a) letrados, b) legos o c) mixtos; o de acuerdo a la duración del órgano: a) permanentes o b) ad hoc. En cuanto al **control jurisdiccional** es donde se hace la diferenciación en tres tipos: a) control difuso (o desconcentrado, que opera principalmente en su carácter represivo), b) judicial especializado (concentrado), y otro llamado de: c) control mixto. Para mayor profundidad puede leerse la obra del autor argentino SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, año 1989, págs. 41 y 42. En cuanto a que el poder judicial ejerce una función política, quizá una de las más intensamente políticas en la vida de un Estado, puede verse el trabajo de ALDUNATE, Eduardo, *La independencia judicial. Aproximación teórica, consagración constitucional y crítica*, en Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, N° 16, año 1995, pág., 23, donde agrega que la magistratura judicial trabaja con material desarrollado por los poderes colegisladores -que detentan las funciones ejecutiva y legislativa-, y que estas -las leyes- consagran precisamente decisiones de índole política.

3 El propio Kelsen sería nombrado miembro vitalicio del Tribunal Constitucional austríaco; sin embargo, más tarde sería sustituido en dicha función. Particularmente interesantes son las polémicas sostenidas entre el autor austríaco y el prusiano Carl Schmitt (1888-1985), seguidas particularmente en torno a la elección en cuanto al órgano que debe defender en definitiva la Constitución. Puede decirse que en su libro *Teoría de la Constitución* (que data del año 1928), Schmitt es donde lanza sus críticas a la teoría kelseniana sobre el “guardián de la Constitución”. Han Kelsen como vimos, había propuesto para tal cometido la creación de un Tribunal de Derecho; Schmitt, por el contrario, era partidario que la “defensa de la Constitución” no podía quedar entregada a un órgano jurisdiccional, porque dicha tarea es eminentemente política, por lo que debía quedar confiada al Presidente o Jefe de Estado legitimado en un plebiscito.

Para Schmitt, “la comprobación de la constitucionalidad de las leyes a aplicar por los tribunales es una exigencia del Estado de Derecho. Sin embargo, una decisión sobre la constitucionalidad no es nunca ‘apolítica’, por tanto [...] ‘el establecer un Tribunal especial para decidir de la constitucionalidad de la ley significa, sin embargo, una desviación por razones políticas de la lógica del Estado de Derecho’”. Para Kelsen, la creación de una Corte de Constitucionalidad, la consideraba de manera directa como un compromiso con su idea de democracia; dichos entes jurisdiccionales ofrecían un

Sabiendo que el control de constitucionalidad es el mecanismo con que cuenta el ordenamiento jurídico para asegurar tanto la supremacía de la Constitución tanto en sus aspectos de fondo y de forma, ahora nos corresponde apreciar la evolución de este principio en las Constituciones Políticas de nuestro país.

mecanismo de protección de los derechos de las minorías frente a las decisiones de las mayorías. Para un completo resumen y comprensión sobre dicha polémica entre los destacados autores sobre derecho público y filosofía del derecho del siglo XX, consultar HERRERA, Carlos Miguel, en artículo *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución*, de quien es la cita de más arriba. Biblioteca Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año 1995, págs. 113 a 147.

SEGUNDA PARTE

La supremacía constitucional en la Constitución de 1833

Ningún tribunal, aun cuando sea la Corte Suprema, se halla autorizado para dejar sin aplicación una ley por considerarla inconstitucional. Desde que la ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en el modo que la Constitución determina, no es admisible que un poder diferente del legislativo posea una atribución semejante

ALCIBÍADES ROLDÁN

SECCIÓN PRIMERA

1. Antecedentes generales

Sabido es que, bajo la Carta Política de 1833, primó lo que se denomina “control político de constitucionalidad”. Es decir, el mismo Congreso Nacional era el único habilitado para decidir si una norma contrariaba la Constitución, para lo cual podía modificarla o eliminarla.

2. Lo que opinaron los tratadistas

Coincidente con lo que se preceptuaba en el artículo 164 de la Constitución Política de 1833, que estatuyó que:

“Sólo el Congreso, conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y siguientes, podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno de sus artículos”,

se mostraron los especialistas en la materia, estando de acuerdo con que la Administración de Justicia debía aplicar la ley tal y como fue promulgada, prohibiéndosele pronunciarse sobre los posibles vicios de inconstitucionalidad de que pudieran adolecer las normas legales.

El comentarista de la Constitución de 1833, Jorge Huneeus, al recalcar que los tribunales sólo se encuentran habilitados para dar aplicación a la ley, y que

*“llamados a fallar un negocio, no pueden dejar la lei sin aplicación, aun cuando, a juicio de ellos, fuera inconstitucional”*¹

Para el destacado autor recién nombrado, y haciéndose eco de la doctrina reinante en aquellos años, los órganos judiciales carecían de dicha atribución. Admitir lo contrario:

“...los haría jueces del Congreso mismo i les suministraría un medio fácil de hacer nugatorias e ineficaces las leyes, so

¹ HUNEEUS Z., Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, Imprenta Los Tiempos, Santiago, año 1880, Tomo II, pág. 252.

*pretexto de reputarlas como inconstitucionales”, concluyendo que “el Poder Judicial no es juez de la lei; ha sido creado para aplicarla, sea ella buena o mala”*²

Don Manuel Carrasco Albano, expresaba:

*“es verdad que la interpretación de las leyes comunes sólo pertenece a los Tribunales de Justicia; pero no sería posible sino hasta cierto punto extender el mismo principio a las leyes fundamentales del Estado, si sujetamos a las vacilaciones consiguientes a la vaguedad de la lei suprema”. Para, en definitiva, allegar su pensamiento a la siguiente premisa: “parece, pues, más lógico conceder la atribución de interpretar la Constitución al Poder Legislativo que al Judicial”*³

A su turno Alcibíades Roldán anotaba que ningún tribunal, ni siquiera la Corte Suprema de Justicia, contaba con la autoridad para dejar sin aplicación una ley so pretexto de tacharla de inconstitucionalidad. En abono de su tesis, diría que las Cámaras Legislativas eran las únicas con tal poderío:

“Desde que la ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en el modo que la Constitución determina, no es admisible que un poder diferente del legislador posea una atribución semejante”

Siguiendo con el señor Roldán:

*“... ningún tribunal, aun cuando sea la Corte Suprema, se halla autorizado para dejar sin aplicación una ley por considerarla inconstitucional, ya sea que esta inconstitucionalidad se funde en irregularidades producidas en la formación o promulgación de la ley, ya se funde en violación de algún precepto de la Carta Fundamental, es decir, en defectos de forma o de fondo”*⁴

2 Op. cit. HUNEEUS Z., Jorge, pág. 253.

3 CARRASCO ALBANO, Manuel, *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833*, Imprenta de El Mercurio, 2° Edición, Santiago, año 1874, pág. 198. En esta misma obra el autor expone lo que preceptuaban los artículos 57 y 58 de la Constitución, referidos a la Comisión Conservadora, a quien el constituyente atribuía: “1°) *Velar por la observancia de la Constitución i las leyes;* 2°) *Dirigir al Presidente de la República las representaciones que estime convenientes al efecto...*”.

4 ROLDÁN, Alcibíades, *Elementos de Derecho Constitucional de Chile*, Imprenta Lagunas y Co., Santiago, 3° Edición, año 1924, pág. 467.

El mismo autor sin embargo se muestra abierto a la posición contraria, manifestándose así en el siguiente párrafo: “*no faltan, sin embargo, quienes piensan que en el caso de hallarse en contradicción una ley cualquiera con lo dispuesto en la carta fundamental, los tribunales no podrían dejar de aplicar con preferencia la última. Fundan esta opinión en que las disposiciones constitucionales son de un orden*”.

Para el autor Manuel Egidio Ballesteros, la posibilidad que el máximo órgano del Poder Judicial en particular y los tribunales de justicia en general, realizaran control de constitucionalidad de las leyes en un país como el nuestro, donde existe un

*“sistema unitario, la Corte Suprema no está llamada a declarar que una lei es inconstitucional i mucho menos pueden hacerlo, por consiguiente, los tribunales de una inferior jerarquía”*⁵

3. Actuación de los Tribunales

a. Dictamen de la Corte Suprema de 1848. A raíz de una consulta del Intendente de la Provincia de Concepción acerca de si él era competente para conocer en segunda instancia de un incidente de recusación planteado al Juez de Letras de esa Provincia, con motivo de la duda acerca de si el artículo 65 de la Ley de 2 de febrero de 1837 era o no contraria al artículo 108 de la Constitución, la Corte Suprema emitió un dictamen a petición del Gobierno mismo, fechado el 17 de junio de 1848, en donde se cuadró con la opinión de la doctrina. En lo pertinente, señaló:

*“El Tribunal observará que ninguna magistratura goza de prerrogativas de declarar la inconstitucionalidad de leyes promulgadas después del Código Fundamental i de quitarles por este medio sus efectos i su fuerza obligatoria. Este poder, que por su naturaleza sería superior al del Lejislador mismo, puesto que alcanza a anular sus resoluciones, no existe en Majistratura alguna, según nuestro sistema constitucional. El juicio supremo del Lejislador, de que la ley que dicta no es opuesta a la Constitución, disipa toda duda en el particular i no permite retardos o demoras en el cumplimiento de sus disposiciones”*⁶

superiores a las legales, así como lo son éstas con respecto de los decretos del Ejecutivo” (pág. 468).

5 BALLESTEROS, Manuel Egidio, *Lei de organización i atribuciones de los tribunales de Chile*, Imprenta Nacional, Tomo I, año 1890, pág. 525.

6 *El Araucano*, N° 935, de 7 de julio de 1848, Imprenta de la Opinión, Santiago de Chile. Citado por PALACIOS LIRA, Sergio, en *Sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes*, Memoria de Licenciatura, Santiago, año 1967, págs. 108 y 109. Citado también por ROLDÁN, Alcibíades, obra cit., Imprenta Barcelona, Santiago-Valparaíso, 1917, 2a. Edición, pág. 518.

b. Circular de la Corte Suprema del año 1867. En circular de 02 de enero de 1867, dirigida a las Cortes de Apelaciones, el Tribunal Supremo, a propósito de la presunta oposición entre la Ordenanza General del Ejército⁷ y la Constitución Política, indicó que:

“Dada la hipótesis de que hubiera real y verdadera incompatibilidad entre lo dispuesto en la Ordenanza y la Constitución, tampoco es dudoso que ésta deba prevalecer”. Empero, “ninguna Magistratura encargada de aplicar las leyes goza de la prerrogativa de declarar su inconstitucionalidad, y todas las promulgadas con posterioridad al Código Fundamental llevan consigo el juicio Supremo del legislador de no ser contrarias a este Código”; para, acto seguido, enunciar (en la misma Circular): “Una disposición general que anule la ley, sólo toca expedirla al legislador, lo mismo que le corresponde interpretarla de un modo también general. Las autoridades encargadas de aplicar a un caso determinado la ley o disposición, deben, no obstante, dar preferencia en el asunto especial en que se ocupan, a la Constitución, si estuvieren en clara y abierta pugna con ella”

Termina señalando, que:

“no le es dado pues al Gobierno corregir las leyes por inconstitucionales que sean, pero tampoco le es lícito mantener en vigor un acto de una autoridad de su dependencia fundado únicamente en una ley a que se da carácter inconstitucional por el sentido que se le atribuye o que lo tiene clara y evidentemente. La Corte, que no reputa inconstitucional el artículo de la Ordenanza, no ha reclamado que se corrija, atribución propia del Congreso, sino que se derogue el bando que ha pretendido fundarse en ese artículo, lo que es atribución del Presidente de la República”^{8 9}

⁷ Ordenanza General del Ejército, publicada en 1840, “de orden del Supremo Gobierno”, sólo meses después de la victoria de Yungay, y rigió hasta el 1° de marzo del año 1926, cuando entra en vigencia el actual Código de Justicia Militar. Imprenta de la Opinión, I volumen de 408 páginas. Tiene el texto del decreto-ley aprobatorio y promulgatorio de esa Ordenanza, que lleva la fecha de 23 de abril de 1839, suscrito por el Presidente de la República don Joaquín Prieto y el Ministro de Guerra don Ramón Cavareda. Antes de ese período imperaban en nuestro país las Ordenanzas Generales españolas en lo que fueran compatibles con el Régimen Republicano de Chile.

⁸ HUNEEUS, Jorge, obra cit., Tomo II, pág. 255. También en CARVAJAL RAVEST, Horacio, *La Corte Suprema*, Memoria de Licenciatura, Santiago, año 1940.

⁹ En comentario de don José Clemente Fabres, sobre la misma Circular emitida por el máximo

c. Reclamación de la Corte Suprema ante el Gobierno en 1866. En 1865, nuestro país se hallaba en guerra con el Reino de España. Por ese motivo muchas provincias fueron declaradas en estado de asamblea, siendo sus Comandantes Generales de Armas constituidos como Generales en Jefe, invistiéndoseles de todas las atribuciones de tales. Se dictaron por ellos bandos para sus respectivas provincias, estableciendo ciertas prohibiciones, y, para quienes las violaran, en algunos casos la pena correspondiente era la de muerte.

El bando para la Provincia de Arauco ¹⁰, tuvo aplicación prontamente en esas tierras. Pasamos a indicar que en esa provincia seis individuos del fuero común fueron acusados como autores de los delitos de hurtos, robos y asesinatos, siendo procesados y sentenciados por un Consejo de Guerra establecidos para tales efectos, el que actuaba con arreglo a las prescripciones del bando referido. La sentencia fue ejecutada con la aprobación previa del Comandante de Armas.

Interviniendo la Corte Suprema, integrada a la sazón por los Ministros señores Manuel Montt Torres ¹¹ (presidente), José Gabriel Palma, José

tribunal del país a la que hemos venimos haciendo referencia, nos expone: “*La Constitución prevalece sobre la ley, nos dice la Corte Suprema, lo que quiere decir que la ley no puede derogar la Constitución, y que, en consecuencia, la ley contraria a la Constitución no obliga*”. *Obras completas de Don José Clemente Fabres*, Recopilación y publicación por la Universidad Católica de Santiago de Chile, Volumen IV, año 1908, pág. 120.

¹⁰ A modo de ejemplo, nos permitimos transcribir el promulgado por el Comandante General de Armas de la provincia de Arauco, dictado en la ciudad de Mulchén el día 21 de noviembre de 1865:

“**El Bando.** - Basilio Urrutia, coronel graduado de Ejército y Comandante General de Armas de la provincia de Arauco.

Por cuanto esta Comandancia General ha declarado hoy lo que sigue:

Teniendo presente lo dispuesto en el supremo decreto de 9 corriente, por el cual se constituye esta provincia en estado de asamblea, y en el artículo 13, título 59 de la Ordenanza General del Ejército, he acordado y decreto:

1°.- Prohíbese a los habitantes cristianos de esta provincia internarse bajo cualquier pretexto en el territorio indígena, reputándose como tal para los efectos de esta disposición el que se extiende al Sur del Malleco en este departamento. El que violare esta prohibición será considerado como mantenedor de inteligencia con los indígenas enemigos, y sufrirá por ello la pena de muerte.

2°.- El que en el territorio de este departamento y del de La Laja cometiere robos, incendios voluntarios y asesinatos, sufrirá también la pena de muerte

Los delitos a que se refieren los dos artículos precedentes serán juzgados en Consejo de Guerra verbal y en conformidad a las prescripciones de la Ordenanza General del Ejército.

Por tanto, y para que llegue a conocimiento de todos, publíquese por bando, debiendo fijarse carteles en los lugares públicos de costumbre.

Dado en Mulchén, a 21 días del mes de noviembre de 1865. *Basilio Urrutia*”.

Los bandos de los comandantes de Armas de otras Provincias son del mismo tenor.

¹¹ El presidente de la Corte Suprema había desempeñado la Primera Magistratura de la Nación entre los años 1851 y 1856 y también en el período inmediatamente siguiente: 1856 y 1861.

Miguel Barriga, José Alejo Valenzuela y Miguel María Güemes, entabló una reclamación ante el Supremo Gobierno, en la cual hacía ver que el bando del Comandante de Armas de Arauco:

“establecía nuevos delitos, nuevas penas y nuevas autoridades para hacerlas efectivas”, y que ello importaba “por tanto un ataque a las garantías individuales y a la jurisdicción que ejercen los jueces ordinarios”. Que, “bajo este doble aspecto, es que la Corte consideraba el bando por el momento, directamente contrario a las leyes fundamentales de la República”, y que “no podía menos de pedir su inmediata derogación”

La preocupación mostrada por el máximo órgano de la administración de justicia seguía así:

“individuos no sometidos al fuero militar habían sido arrancados a la jurisdicción de sus jueces naturales y juzgados verbalmente en un Consejo de Guerra”

La nota de reclamo continuaba en los siguientes términos:

“...por grave que fuese a la época del bando, no puede invocarse como fundamento de justificación para que el Comandante de Armas crease nuevos delitos, señalase mayores penas a las definidos por las leyes, anulase la jurisdicción de los jueces ordinarios, variase radicalmente las reglas de enjuiciamiento, erigiese consejos de guerra verbales, privase a los reos de los recursos de apelación, se reservase la aprobación de la sentencia, y sometiese a este régimen a todos los habitantes de la provincia. Si para algunos es legal la facultad del General en Jefe de un ejército en campaña para establecer reglas con respecto a los militares y fijar penas por su inobservancia, para nadie puede ser dudoso que un Comandante de Armas carece absolutamente de derecho para alterar la legislación criminal, y constituir nuevas y más graves penas para personas que no están sujetas al fuero de guerra. Semejante poder es inconciliable con las leyes fundamentales de la República”¹²

El Gobierno, al recibir la reclamación, tomó la defensa de los actos ejecutados, reclamando a su vez que todo General en Jefe se hallaba

¹² AHUMADA MORENO, Pascual, *La Guerra del Pacífico*, II parte, Tomo VIII, capítulos VIII y siguientes, Imprenta el Progreso, año 1884, páginas 258 y ss.

investido de la potestad que otorgaba el artículo 13 del título 59 de la Ordenanza del Ejército. Dijo el Gobierno a la Corte en una de las duras notas que le remitió:

“El Congreso Nacional, al acordar la declaración de guerra a España, al autorizar al Gobierno para llevarla a efecto por todos los medios que el derecho franquea, le confirió expresamente el ejercicio de todas las atribuciones cuyo empleo debiera cooperar a aquel en tan interesante objeto [...] En uso de [esas] atribuciones expidió el supremo decreto de 6 de octubre de 1865, que invistió a los Comandantes de Armas de los departamentos declarados en estado de asamblea, de las facultades que corresponden a los Generales en Jefe en campaña que calificó de traidor y sometió a la ley militar a todo individuo que proporcionara auxilio o diera noticias al enemigo. Este decreto fue debidamente publicado e insertado en el Boletín; y hasta ahora, ninguna autoridad, ni ningún ciudadano ha pedido su derogación, ni menos manifestado que él envuelva o una violación constitucional, o un olvido de la ley o de las facultades del Poder Judicial [...] La publicación del bando y su aplicación significa en el concepto de la Corte la absorción de los tres poderes públicos en un solo funcionario, borra por completo las garantías individuales y supone la creación de nuevos delitos, conminados con penas, juzgados por nuevos tribunales, y de allí que la enunciada prescripción no puede emanar ni de la Constitución que quebranta, ni de las leyes cuyas disposiciones salvadoras anula enteramente.

“Ello será muy efectivo; la opinión de la Corte será, sin duda, conforme con los principios del derecho público y de la jurisprudencia; más, en el caso presente esos principios tienen que experimentar una radical modificación y su aplicación absoluta en abstracto pugnaría abiertamente con las exigencias de una situación para la cual tiene también la ley consagrado sus remedios.

“Si no cabe en la mente de la Corte negar a la Ordenanza Militar el carácter de ley de la República, debe considerar como prescripciones vigentes las que establecen los artículos 8 y 13 del título 59 y 4 del título 73, que encargan a la jurisdicción militar, especialmente al General en Jefe, la represión y el juzgamiento de ciertos delitos y la adopción de cualquiera providencia, sin limitación alguna, que se relacione con el buen servicio. Esas prescripciones han sido interpretadas de una manera uniforme por los Comandantes de Armas de los departamentos declarados en estado de asamblea y por más latas que ellas sean, por más que confieran a los Generales en

Jefe atribuciones extraordinarias, inadmisibles en un estado regular de cosas, se hacen a veces indispensables y sin duda legales en el estado de guerra.

“La novedad de los delitos, la originalidad de las penas, lo desusado del procedimiento, no nacen entonces de la violación de la ley ni del capricho que se constituye su intérprete, sino que se fundan en la naturaleza de las cosas, necesariamente irregular; y en las disposiciones de la Ordenanza, que crea en verdad un funcionario con facultades omnímodas, en la esfera de su cometido. Si éste es un vicio, él viene sancionado de aquel Código, si esas prescripciones no guardan armonía con las garantías consagradas en nuestra Carta Fundamental, no le es dado al Gobierno corregir leyes, por inconstitucionales que ellas sean, correspondiéndole, cuando más, proponer su reforma, como lo va a hacer respecto de la Ordenanza Militar, cuya completa revisión procura en estos momentos.

“En vista de lo expuesto, el Ministerio rechaza la manera con que la Corte califica el procedimiento del Comandante de Armas, no siéndole aceptable autorizar la opinión de haberse cometido falta, en lo que el Gobierno ha considerado el estricto cumplimiento de un deber”^{13 14 15}

d. Nueva reclamación de la Corte Suprema en 1872. En oficio dirigido al Ministerio de Guerra el 30 de abril de 1872, el máximo tribunal de justicia, y con respecto nuevamente a la Ordenanza General del Ejército, señaló:

¹³ Ibid., pág. 261.

¹⁴ En otro de los pasajes de la respuesta del Gobierno al Tribunal Supremo, puede leerse: *“¿Juzgaría la Corte que se hubiera desbaratado tan en breve esa diversión emprendida a la sombra de la guerra extranjera y en provecho del enemigo exterior; entregando a la justicia ordinaria y a la ley común el juzgamiento de esos delincuentes? Muy de otra suerte discurrió el Gobierno, que aprobó la conducta del Comandante de Armas, porque ella no sólo tendía a garantizar la seguridad de toda una provincia, sino también a burlar los propósitos del enemigo exterior; y porque bajo cualquier aspecto que se le considere, no puede echarse al olvido que esos hechos se realizaron en una campaña y en virtud de disposiciones prescritas de antemano para el fin de una operación bélica”.*

¹⁵ En medio de la Acusación Constitucional presentada contra la Corte Suprema de Justicia en los años 1868 y 1869, y por las causales de “infracción a las leyes” y “notable abandono de deberes”, iniciada por el Diputado don Vicente Sanfuentes, el Ministro de Guerra y Marina, don Federico Errázuriz, aprovechó la ocasión para imputar a ese Excelentísimo Tribunal, el *“estar atisbando hora por hora, momentos por momentos, los pasos del Ejecutivo para suscitarle dificultades insuperables [...] Si éstas son las armas que se emplean contra nosotros, las despreciamos. Ninguna voz se ha levantado contra nosotros y más de una se ha levantado contra la Corte Suprema, que defendía los bandidos de Arauco...”*. ENCINA, Francisco, en *Historia de Chile desde la Prehistoria hasta 1891*, Capítulo IX, Tomo XXVIII, Editorial Ercilla, Santiago de Chile, año 1984, págs. 29 a 31.

“Las facultades que (ella) concede al General de un Ejército en paraje se asamblea, han sido más de una vez, indebidamente ejercidas en detrimento de las garantías de los ciudadanos y de la jurisdicción que compete a los jueces ordinarios; y es por tanto un deber de esta Corte llamar hacia esta materia la atención del Presidente de la República.

“La Ordenanza del Ejército no puede entenderse sino con sujeción a los preceptos constitucionales, a los cuales debe ceder toda otra ley; y es totalmente inconciliable con el régimen de la Constitución la existencia de un poder, sea transitorio o permanente, que legisle, establezca penas y las aplique por sí mismo.

“De las breves observaciones que preceden se deduce evidentemente para esta Corte: 1º) Que los bandos de un General en paraje de asamblea no pueden comprender a los individuos que no pertenecen a éste ejército o que no le sigan; 2º) que la jurisdicción de los jueces ordinarios sobre las personas a quienes la Ordenanza no sujeta al fuero de guerra, no puede ser alterada ni menoscabada por dichos bandos; y 3º) que las penas señaladas por la misma Ordenanza para los delitos que ella define, no pueden tampoco ser modificados en virtud de esas disposiciones”¹⁶

Firmaban dicha nota, el Presidente de la Corte Suprema don Manuel Montt, y los Ministros señores José Miguel Barriga, José Alejo Valenzuela, Álvaro Covarrubias y Alejandro Reyes.

La respuesta del Gobierno, en la persona del Ministro de Guerra don Aníbal Pinto, con fecha 4 de mayo de 1872, dijo así:

“Pero, por generales y absolutas que sean las citadas disposiciones, no pueden ser aceptadas por el Gobierno en la latitud con que lo han sido hasta ahora, como observa muy bien V. E.

“Según nuestro Código Fundamental, la facultad soberana de dictar leyes sólo reside en el Congreso, y la de aplicarla en los Juzgados y Tribunales previamente establecidos por las leyes.

¹⁶ SCHWEITZER S., Daniel, *Jurisdicción de la Corte Suprema. Sus facultades conservadoras y disciplinarias frente a los Tribunales Militares*, en Revista de Derecho Procesal, N°s 9 y 10, 1º y 2º Semestres, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, año 1975, págs. 3 a 35.

De donde se deduce la lógica y precisa consecuencia de que ningún otro individuo ni autoridad puede dictar disposiciones que tengan el carácter legislativo y arrebatarse a los ciudadanos a su jurisdicción natural y ordinaria para someterlos a un régimen excepcional y a jueces extraños e incompetentes.

“La aplicación sencilla de tan obvios principios, que constituyen la base de nuestra organización política, ha guiado el criterio del Gobierno a aceptar como justas y perfectamente constitucionales las tres conclusiones a que V. E. arriba en la nota que contesto”¹⁷

Las notas intercambiadas entre los dos Poderes fueron publicadas en el periódico “El Araucano”, el día 25 de mayo de 1872¹⁸.

e. Contiende de competencia entablada contra la Corte Suprema (1880). Recordamos a continuación, lo ocurrido mientras acontecían las operaciones militares de Chile en el Perú desde 1880, porque esos sucesos nos ilustran -en el intercambio de notas y resoluciones dictadas-, cómo se invocó la Carta Fundamental por las distintas autoridades intervinientes para respaldar sus respectivas posiciones.

Se acusó en ese entonces a los tenientes coroneles nacionales Ambrosio Letelier, Anacleto Lagos y Basilio Romero Roa, de haber malversado fondos de la expedición a la ciudad de Junin. Se les siguió proceso ante un Consejo de Guerra de Oficiales Generales instalado en Lima.

Pronunciado un fallo condenatorio por dicho Consejo, apelaron de él a la Corte Marcial (la que el Ejército creía sin jurisdicción). El General en Jefe del Ejército Patricio Lynch dictó un bando -basándose en el consabido artículo 13 título 59 de la Ordenanza del Ejército- donde él se constituía como el que aprobara, revocara o modificara las resoluciones emitidas por los Consejos de Guerra de su jurisdicción de Ocupación en el Perú, del cual era Comandante en Jefe.

Dicho lo anterior, y en el intertanto, los condenados presentaron recurso ante la Corte Suprema, buscando anular todo lo obrado.

Con fecha 20 de junio de 1882, lograron que el máximo tribunal de justicia se dirigiera al Comandante Lynch pidiéndole informe de su actuación; por cuatro votos contra uno, la Corte accedió a entrar al conocimiento del mentado recurso de nulidad. Votaron en esa dirección los Ministros

¹⁷ Ibid., pág. 16.

¹⁸ Y también figuran en HUNNEUS Z., Jorge, obra cit., Tomo II, Anexo N° 6, bajo el título “*El estado de asamblea*”, páginas 473 a 481.

señores Álvaro Covarrubias, Alejandro Reyes Cotapos, José de Bernales Urmeneta y Belisario Prats Pérez. En su considerando final, declarando su competencia, esgrimieron:

“... bajo el imperio de la Constitución Política del Estado no puede hacerse innovaciones en las atribuciones de los tribunales de justicia sino en virtud de una ley, conforme al precepto del artículo 109 de la misma Constitución; y el estado de guerra en que el país se encuentra no ha suspendido su imperio, ni despojado consiguientemente a esta Corte de la facultad de conocer de los recursos que las leyes conceden a los jefes y oficiales del ejército en guarnición, o en campaña, dentro o fuera del territorio de la República; el Tribunal se declara competente para conocer del recurso de nulidad entablado [...] En consecuencia, informe el señor General en Jefe y diríjasele al efecto el oficio correspondiente”¹⁹

El voto disidente correspondió al Ministro don José Cousiño Fernández, quien suscribió que la Corte carecía de competencia, argumentando básicamente al territorio donde ocurrieron los hechos materia del recurso:

“El asunto judicial en que se ha pronunciado la sentencia recurrida, no se ha promovido dentro del territorio de la República, ni ese fallo ha sido librado por una Corte de Apelaciones [...] No puede estimarse como Corte Marcial, de las constituidas por una ley en la República, el tribunal unipersonal del General en Jefe, que ha fallado una causa en campaña, lejos del territorio de Chile. No podría afirmarse, ni los recurrentes lo insinúan, a cuál de las Cortes legales existentes habría correspondido resolver en segunda instancia el proceso seguido ante el Consejo de Guerra de Oficiales Generales de Lima, ni a cuál de ellas se ha sustituido el General en Jefe pronunciando la sentencia que sólo a esa Corte había competido”²⁰

19 AHUMADA MORENO, Pascual, obra cit., II parte, Tomo VII, capítulo XV y siguientes, páginas 326 y ss.

20 Ibid., voto de minoría. *“Si en Lima no ha existido Corte Marcial sometida a las leyes nacionales y ninguna de las del país ha pronunciado sentencia en el proceso, no puede entablarse recurso de nulidad. Cualquiera que sea la jurisdicción que haya ejercido o de que se haya investido el General en Jefe en virtud del bando dictado el 14 de marzo, **no ha funcionado dentro del territorio del Estado, ni en territorio extranjero sometido al régimen constitucional y legal de la República. Fuera de estos límites no alcanza la jurisdicción del Tribunal Supremo**”*, señaló además el Ministro señor Cousiño entre otros argumentos para justificar su disidencia.

El General en Jefe del Ejército del Norte, con fecha 23 de agosto de 1882. enviando el oficio de respuesta a la Corte, evita informar, señalando únicamente que, lo por él obrado, obedece a funciones como autoridad administrativa superior del Ejército, y no en carácter de juez que forma parte del Poder Judicial. Por ello decide promoverle al Tribunal Supremo la correspondiente *contienda de competencia*, la que debía ser resuelta por el Consejo de Estado. Para ello, adujo lo siguiente:

*“Mis actos están fuera del alcance de la jurisdicción de V.E., puesto que se refieren a procedimientos y resoluciones libradas en un territorio adonde no alcanza la potestad de V. E. Por eso es que, a mi juicio, el Tribunal ha debido declarar improcedente el recurso entablado, como lo ha hecho en casos semejantes, no ha mucho tiempo”*²¹

Acto seguido, en el oficio correspondiente de igual fecha, desde Lima el Comandante Lynch plasmó sus razones pero esta vez dirigidas al Consejo de Estado, donde plasmó su tesis: comenzó recordando que antes de la Ordenanza General de 1839, regían -como ya lo hemos nosotros recordado- las leyes militares españolas, que también ordenaban la consulta de los fallos de los consejos de guerra a los Generales en Jefe; después de esa fecha (1839), y en las expediciones que había enviado Chile para combatir a la Confederación peruano-boliviana, se había seguido idéntica jurisprudencia.

El argumento grueso de su exposición consistía en lo resuelto por los propios tribunales de justicia. Recordó que, en 1879, se había procesado a un oficial de ejército, y éste había sido absuelto. Apelada dicha resolución, la Corte Marcial con sede en Santiago, al conocer de ella, se había declarado incompetente, por cuanto su jurisdicción no alcanzaba al territorio peruano ocupado por las armas chilenas.

Y, en la parte que interesa de esta relación de hechos a objetivos de nuestro trabajo, el Comandante Lynch señaló que en 1880 la misma Corte Suprema, respecto de un juicio seguido ante un Juez Letrado de la ciudad de Antofagasta, dicho funcionario judicial había actuado en virtud de facultades deferidas por un bando del Comandante de Armas de aquel territorio, y de la sentencia pronunciada en segunda instancia por la Corte de Apelaciones de Iquique -creada por el Jefe Militar de Tarapacá-, se había a su vez, intentado recurso de nulidad ante la Corte Suprema,

²¹ En este punto, el Comandante se extiende en los siguientes términos: *“Me es sensible no poder complacer a V. E., porque si bien me sería satisfactorio que el primer Tribunal de mi patria tuviera ocasión de apreciar mis procedimientos, no me es posible renunciar a deberes más elevados de que no me es dado prescindir; porque ello amenguaría las facultades que me corresponden como General en Jefe del ejército que tengo el honor de mandar”*.

fundamentalmente bajo la premisa de que la Corte nortina no se había constituido en conformidad con los preceptos de la Carta Fundamental. Por ello el Comandante ahora recuerda lo resuelto por la máxima instancia judicial en ese momento:

*“6°) Que no es del resorte de esta Corte pronunciarse sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de las autoridades creadas fuera del territorio de la República y de los actos ejecutados por éstas, se declara que esta Corte es incompetente para conocer del recurso de nulidad interpuesto por don Carlos Watson contra los fallos pronunciados por las autoridades judiciales de Iquique”*²²

Recordó además el Comandante, que en ese entonces dicho fallo llevó la firma unánime de los Ministros señores Álvaro Covarrubias, Alejandro Reyes, José de Bernales y Belisario Prats.

Siguiendo con el curso del proceso, en la previa vista al Fiscal de la Corte Suprema don Francisco Vargas Fontecilla, éste expresó que, aunque no se le había pedido examinar la competencia, su deber era llamar la atención en cuanto a que el alto tribunal no podía revisar ni menos revocar los actos emanados del General en Jefe de Ocupación del Perú²³.

La Corte por su parte, también envió al Consejo de Estado los antecedentes de que disponía, pero a la vez introdujo dudas sobre las facultades de éste para pronunciarse sobre el requerimiento en cuestión. Unido a su esperanza que tal órgano removería el problema que se había creado en orden a que el recurso de los tenientes-coroneles (el que ya se había retardado), pudiera tomar el curso legal correspondiente, se expresó en los términos siguientes:

“Si el Jeneral en Jefe asumió las atribuciones correspondientes a la Corte Marcial, creyéndose autorizado por la lei; y en consecuencia aprobó respecto de dos de los jefes reclamantes dicha sentencia, i la modificó i agravó respecto del tercero de aquellos jefes, ejerciendo funciones judiciales, i no como

²² Nota al Consejo de Estado entablando la cuestión de competencia. AHUMADA MORENO, Pascual, obra cit., págs. 328 y ss.

²³ El Fiscal señor Vargas en su Dictamen, pone de relieve: *“Aunque en el cúmulo de sus funciones se encuentre alguna que considerada aisladamente pertenezca en rigor al orden judicial, no puede hacerse imperar en ella ese carácter esencial y general de este elevado puesto. Si hubiera de prevalecer en algunas de estas funciones su carácter de judiciales, y si por este motivo se hubieran de segregar del cargo de General en Jefe, las demás funciones del mismo cargo podrían llegar a verse de tal manera entorpecidas, que habría casos en que quedarían frustrados los grandes intereses que las leyes confían a la inteligencia y acción de un General en Jefe. Por eso en la función judicial que a veces ejerce el General en Jefe, no debe considerarse ese carácter; y es menester que esa función quede subordinada al carácter administrativo del puesto...”*

*autoridad administrativa, a quien en ningún caso le es lícito ejercerlas, es fuera de duda que el Honorable Consejo carece de autoridad para conocer de la reclamación o recurso que el Jeneral ha tenido a bien calificar como competencia de jurisdicción; desde que el Consejo solo puede ejercerla, según el precepto consignado en el inciso 3° del artículo 104 de la Constitución, para conocer de las competencias que se susciten entre las autoridades administrativas i los tribunales de justicia”*²⁴

En otras palabras, a juicio de la Corte, no se daban en la especie los presupuestos que harían posible la intervención del Consejo de Estado en la materia, pues sólo ellos existirían si se considerara a la figura del Comandante de Ocupación como autoridad administrativa, cuando lo que ocurre es que, al confirmar una sentencia judicial, lo hace actuando como autoridad judicial²⁵. El magistrado señor Cousiño nuevamente se pronunció en sentido diverso, por cuanto para él, en la Constitución no existía -y tampoco en la ley- tal prerrogativa en el preciso caso presentado²⁶.

El Consejo de Estado, con fecha 22 de mayo de 1883, al decidir, rechazó la vista Fiscal y por cuatro votos contra dos declaró “no ha lugar” a la contienda de competencia entablada por el General en Jefe, indicando por tanto que los recursos sí eran de competencia del máximo tribunal. Entre sus principales consideraciones -siempre en el castellano de la época-, dijo:

“Que la falta de jurisdicción de la Corte Suprema para conocer de actos del Jeneral en Jefe que se han verificado en territorio peruano i que parece se ha tratado de establecer para negar

²⁴ Ibid., pág. 334 y ss.

²⁵ En los antecedentes remitidos al Consejo, nuevamente hubo mayoría formada por los Ministros señores Covarrubias, Reyes, Bernalles y Prats.

²⁶ Este señor Ministro disidente fue del parecer, además, que el Honorable Consejo de Estado -en la nota que también envió el Tribunal Supremo a aquél alto organismo que debía decidir la contienda de competencia-, carecía de jurisdicción para resolverla, habida cuenta de que las atribuciones de dicho Consejo derivaban de la Constitución Política, y que en el primero de sus artículos ésta designa los límites del territorio de la República de Chile a los cuales circunscribe su imperio. Por tanto, las funciones judiciales que se le confieren están reducidas a los límites del territorio real del Estado, fuera de los cuales no llega la potestad judicial del Consejo: “Así como sostuve en el recordado voto de 20 de junio la incompetencia de la Corte Suprema para conocer del recurso de nulidad, sostengo ahora también que el Honorable Consejo de Estado carece de jurisdicción para resolver la contienda de competencia que el señor Jeneral en Jefe del ejército le ha entablado, bajo el carácter de autoridad administrativa [...] Si la Corte Suprema se ha declarado competente en un asunto en que ha podido darse lugar a la interpretación por defecto de leyes explícitas, el Honorable Consejo no podría resolver la actual contienda de competencia, que por primera vez se entabla i que ojalá no se repita por honor de los altos poderes del Estado, sin tener plena jurisdicción conferida por la Constitución o por una lei expresa i terminante”, enfatizó.

a la Corte Suprema toda competencia respecto del recurso de nulidad entablado por Letelier i otros, no tiene aplicación al presente caso, porque se trata de un juicio seguido contra chilenos pertenecientes al ejército de la República en que se han guardado las formas que prescribe la lei chilena, i se ha juzgado por tribunales organizados en conformidad a la misma lei, a virtud del principio de Derecho Internacional jeneralmente reconocido, según el cual el ejército de un país que ocupa un territorio extranjero es regido por la lei patria, i los individuos que a él pertenezcan gozan de los mismos derechos i garantías que si estuvieran en el territorio de su país”²⁷

Finalmente, en el juicio por malversación contra los tenientes coroneles, la Corte declara, con fecha 24 de octubre de 1883, que la sentencia pronunciada por el Consejo de Guerra y su respectiva confirmación por el Comandante Lynch, era nula, retrotrayendo la causa al estado que tenía cuando se la notificó a los procesados, y ordenando también que ésta debía devolverse al juez o tribunal competente, o, en su caso, a la Corte Marcial de Santiago, para que sustanciara y resolviera la causa como fuere de derecho.

f. Desconocimiento de una ley por parte del máximo tribunal de justicia. Cabe por cierto destacar, el primer fallo pronunciado a partir de la entrada en vigor de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875. Con ocasión de la falta de aprobación de una disposición legal, y de

²⁷ En la posición mayoritaria se encontraron los consejeros señores Antonio Varas, Manuel García de la Huerta, Manuel Valenzuela Castillo y Demetrio Lastarria. Mientras que en la minoría, los también Consejeros señores José Santos Lira y Marcial González, estimaron, aunque separadamente, que por los argumentos expuestos y de acuerdo a lo dictaminado por el señor Fiscal del Tribunal Supremo, fueron de la opinión de declarar que “ha lugar” a la competencia promovida, por lo que la Corte no debía innovar en el fallo de 20 de marzo de 1882, arguyendo que había sido la misma instancia judicial, la que en su Circular del 2 de enero de 1867 -por nosotros también ya estudiada-, y que fuera dirigida a las Cortes de Apelaciones del país, no reputó de inconstitucional el articulado de la Ordenanza, sino que solamente reclamó se derogaran los bandos militares que habían pretendido fundarse en ella, lo cual -opinó en ese entonces- era atribución del Presidente de la República (señor González); y porque “*si se admitiera el recurso de nulidad o cualquiera otro que quisiera interponerse contra las resoluciones del Jeneral en Jefe, se embarazaría su acción con manifiesto perjuicio de la moral i disciplina del ejército [...] Que si en las circunstancias de hallarse el Jeneral en Jefe en un pueblo enemigo i rodeado por montoneras, hubiese sometido a la ritualidad de los juicios ordinarios una resolución que tenía por objeto salvar la moralidad i disciplina del ejército amenazadas por las irregularidades que habían sido materia del juicio, habría comprometido el honor de la República, y tal vez la suerte del ejército*” (señor Lira). En. AHUMADA MORENO, obra cit., II parte, Tomo VIII, capítulo X, páginas 263 y ss.

acuerdo a lo establecido por el texto constitucional, la Corte Suprema, el 1° de marzo de 1876 -también presidida por don Manuel Montt-, razonó en su considerando 3°:

*“... los dos últimos incisos del número 3° del artículo 95 de la lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales no han sido aprobados por el Congreso Nacional i por consiguiente no tienen el carácter de una verdadera lei, el Tribunal, de unánime acuerdo, resuelve que la sentencia en la presente causa se pronuncie en conformidad al mencionado art. 95 i sin tomar en cuenta los dos últimos incisos del núm. 3.° del predicho artículo”*²⁸

g. Nota del Gobierno a la Corte Suprema por observaciones de ésta. Existe una nota del Poder Ejecutivo a la Corte Suprema, fechada el 28 de agosto de 1876, respondiendo a observaciones de ésta sobre la posible inconstitucionalidad de una delegación de facultades del Congreso al Presidente de la República. El mayor tribunal del país había señalado en cuanto a sus funciones:

“porque su deber es juzgar, y juzgar es aplicar la ley, esto es, el precepto que real y verdaderamente tiene ese carácter y no lo que carece de fuerza obligatoria”.

La directa respuesta gubernamental versó así:

“¿Dirá ahora V.E. que esa delegación fue inconstitucional? Pero, si lo dice, ¿contra quién podría dirigir ese cargo? ¿Será contra el Congreso, por haber violado la Carta Fundamental, al otorgar aquella autorización? El Tribunal verá si semejante facultad entra en el círculo de esas atribuciones, que, por lo que hace al Presidente de la República y al Consejo de Estado, están muy tranquilos con el cumplimiento del mandato del Congreso, en uso de la autorización que él les confirió”.

Y más adelante la nota, tratando de demarcar las funciones que a su juicio le correspondían a la Corte Suprema, en duros términos siguió añadiendo:

“La única misión de V.E., conforme exactamente con la de los demás Tribunales, está reducida a la recta aplicación de las Leyes a los casos particulares que ocurren en las causas”

²⁸ Fundación Manuel Montt, ROJAS VÁSQUEZ, Marcelo (edit.), *Manuel Montt. Educador, legislador, gobernante y magistrado*, en el bicentenario de su nacimiento (1809-2009), Centro de Estudios Bicentenario, año 2009, por NAVARRO BELTRÁN, Enrique, capítulo *La Corte Suprema de Justicia y don Manuel Montt*, Tomo I, págs. 427 y ss.

sometidas a sus fallos, sin que sea lícito evadir su cumplimiento, ya porque sean justas o injustas, ya por ser conformes o contrarias a la Constitución”²⁹ (Nota: el subrayado es nuestro).

h. Informe del Fiscal de la Corte Suprema don Ambrosio Montt. Informando este funcionario una contienda de competencia suscitada entre autoridades administrativas y judiciales, sostuvo:

“En Chile no existe, como existe en los Estados Unidos y en otros países que han imitado el modelo norteamericano, una autoridad judicial suprema encargada de decidir, en ciertas eventualidades, si las leyes ordinarias se hallan dentro o fuera de la Constitución, y declarar su eficacia o su validez. No hay poder de tan altas funciones en nuestro sistema judicial. Ningún tribunal entre nosotros, ni la Corte Suprema, ejerce la atribución soberana de apreciar en principio los actos del Congreso, ni siquiera los decretos del Presidente de la República; pero todos los jueces de Chile, los inferiores tanto como los superiores, asumen por la naturaleza de su cargo la facultad de aquilatar el mérito de las prescripciones que han de aplicar en sus fallos y en la tramitación del proceso. Esta es una facultad de mera interpretación.

“Sucede a menudo que el caso en litigio, obscuro de suyo, cae bajo el imperio de leyes diversas, de sentido ambiguo o contradictorio, y puede también acontecer que estas leyes se encuentren en pugna con preceptos constitucionales de orden superior o con decretos gubernativos de orden inferior. ¿Cómo resolver en medio de tales antinomias y contradicciones?

“La misma ley da la clave del conflicto. Cede la anterior a la posterior; la antigua a la moderna, la explícita a la vaga, la específica a la genérica; como ceden también los decretos a las leyes ordinarias, y las leyes ordinarias a las constitucionales o fundamentales. De este modo los tribunales, sin ejercer en principio la facultad de calificar, práctica y virtualmente estiman el vigor comparativo de los preceptos de antagonismo, sea cual fuere su origen constitucional, legislativo o gubernativo; y sin invadir en las prerrogativas

²⁹ HUNEEUS Z., Jorge, obra cit. Oficio del Ministro de Justicia a la Corte Suprema, 28 de agosto de 1876, págs. 244 a 255.

*del Congreso, ni en los fueros del Presidente de la República, resuelven el pleito y administran justicia conforme al derecho existente en su mayor fuerza y eficacia”*³⁰

i. Otros pronunciamientos de los Tribunales. A modo ilustrativo, veremos sentencias en donde por haberse citado disposiciones constitucionales, en lo relativo a este trabajo, son de mucha utilidad para apreciar lo que se discutía por aquellos años, donde aún no existía un medio directo y propiamente tal de objeción de la constitucionalidad de una ley, como después vino a ocurrir con un mecanismo definido instaurado por la Constitución Política del Estado de 1925.

Así es como don Armando de la Maza, entabló demanda contra el Fisco ante uno de los Juzgados de Letras de Santiago, para que se declarara la ilegalidad e improcedencia del Decreto Supremo de 31 de marzo de 1915, que lo declaró cesante en el empleo de farmacéutico 1° del Departamento de Sanidad Militar, solicitando por tanto, que la justicia le restituyera en su puesto, pagándosele los sueldos atrasados, desde la fecha que indicó, y hasta que se le restableciera en su empleo.

El Director del Tesoro, sin contestar la demanda, representó al Juzgado la *incompetencia absoluta* de la justicia ordinaria para conocer del asunto promovido, por referirse a materias esencialmente administrativas de la especial y privativa atribución del Presidente de la República, por lo que siendo así quedaban dichos actos fuera de la órbita jurisdiccional de los tribunales, conforme a lo establecido en la Constitución misma y en diversas leyes, pidiendo al tribunal de primera instancia se abstuviera de conocerla, declarándolo así desde luego. El Juez don Ricardo Dueñas, resolvió lo que sigue:

“Con lo expuesto por las partes, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Promotor Fiscal, y teniendo presente la naturaleza de las peticiones que se consignan en la demanda [...], se declara que ha lugar a lo pedido por el Director del Tesoro, y en consecuencia, que este juzgado es incompetente para seguir conociendo de la acción principal formulada por el señor de la Maza contra el Fisco, en el referido escrito”

Esta resolución fue confirmada por una de las Salas de la Corte de Apelaciones en forma unánime.

³⁰ MONTT, Ambrosio, *Dictámenes*, Tomo II, Imprenta Nacional, Santiago, año 1894, págs. 227 y ss. Citado en MARSHALL SILVA, Enrique, *El recurso de inaplicabilidad: inciso 2° del artículo 86 de la Constitución Política del Estado*, Memoria de Prueba, año 1947, pág. 115.

Contra este último fallo se interpuso recurso de casación en el fondo para ante la Corte Suprema, alegando -entre otras razones- que el Ejecutivo, al firmar el decreto de destitución, obró fuera de las facultades especiales que contempla la Constitución, atribuyéndose autoridad y derechos que no se le confieren, violando además el artículo 151 (160) de la misma Carta Política, e incurriendo en la sanción de nulidad que ese mismo artículo determinaba. Si la sentencia hubiera sido favorable -acatando el Ejecutivo el fallo- se habría tenido que dictar un nuevo decreto.

Con fecha 8 de julio de 1919, se falló el recurso por nuestro máximo tribunal de justicia, rechazándolo, también por unanimidad. Entre sus consideraciones, destaca la que cita a la Constitución Política misma, ya que, según ésta:

“son atribuciones especiales del Presidente de la República expedir los decretos que crea conveniente para la ejecución de las leyes, proveer los empleos civiles y militares, destituir empleados, etc. Que es inconciliable con el carácter de atribución especial de un Poder Público el que otro Poder ejercite la misma atribución, o pueda dejar sin efecto disposiciones dictadas por el primero, en ejercicio de dicha atribución, pues por ese solo hecho desaparecería la exclusividad de las funciones asignadas por la Constitución a uno de ellos”

Más adelante veremos cómo algunos términos de esta sentencia se repetirán. En su parte resolutive dijo el máximo tribunal:

“Que en conformidad a las disposiciones constitucionales de que se ha hecho mención, el artículo 4° de la Ley Orgánica de Tribunales prohíbe al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros Poderes Públicos, y al respetar esa prohibición la sentencia recurrida resolviendo que no le compete pronunciarse sobre la ilegalidad de un decreto supremo, y sobre la reposición de un empleado declarado cesante por el Presidente de la República, no sólo no ha infringido esa disposición, sino que le ha dado exacto cumplimiento”³¹

Asimismo, con fecha 23 de diciembre de 1924, también se resolvió idéntico recurso, y en él pueden encontrarse ya tempranamente, votos de disidencia, que en la práctica consideraron -a través de un recurso de casación- lo que más adelante vendría a constituir una vinculación directa,

³¹ Firmando aparecen los Ministros de la Corte Suprema señores Gabriel Gaete Ríos -Presidente-, Enrique Foster Recabarren, Luis Silva, Julio Zenteno, Juan Agustín Rojas, Braulio Moreno y José I. Salas. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1920, Tomo XVII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 319.

por disposición judicial, de los preceptos contenidos en la Constitución Política a una situación concreta. Pues bien, se discutió si la Ley N° 3.295, de 21 de septiembre de 1917, que autorizó al Jefe de Estado, para comprar o expropiar ciertos terrenos contiguos al Cerro San Cristóbal, no habiendo pago previo del valor de la indemnización, infringía el artículo 10 N° 5 de la Constitución, que asegura a todos los habitantes de la República, la inviolabilidad de todas las propiedades, estableciendo que “*nadie puede ser privado de su dominio, salvo el caso de utilidad del Estado, calificada por una ley, exija el uso o enajenación de alguno, lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o se avaluare a juicio de hombres buenos*”; y aplicando el primero de estos preceptos, también el tribunal que fundó su fallo en él, estimando que la expropiación hecha al demandante con sujeción a esa ley -interpretativa del mandato constitucional-, fue legal, declarando improcedente la acción reivindicatoria instaurada, por haber perdido el demandante el dominio que dicha acción requiere, en virtud de la expropiación efectuada. El juez de primera instancia rechazó la demanda. Y la Corte de Apelaciones la confirmó por haber el actor:

“perdido el dominio a virtud de la expropiación ordenada por la ley”, siéndole a éste, sólo “permitido reclamar del avalúo y exigir oportunamente el pago, en conformidad a la sentencia que se expida...”

Conociendo de la casación formulada, la Corte Suprema, por siete votos contra dos, la rechaza, teniendo en cuenta -y esto es lo que nosotros destacamos- que:

“... no se ha infringido por el tribunal el precepto del artículo 10 N° 5 de la Constitución...”, ya que “al dictarse la ley de 21 de septiembre de 1917, se interpretó el mencionado precepto constitucional en el sentido que allí se indica, el que cual fuere su alcance debe considerarse conforme con el mismo precepto constitucional, cuanto porque, no existiendo en nuestro sistema institucional ninguna magistratura que tenga facultad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, la Corte sentenciadora, llamada a juzgar la presente causa [...] ha procedido correctamente al fundar su fallo en la ya citada ley de 21 de septiembre...”³²,

³² El voto de mayoría correspondió a los magistrados señores Eliseo Cisternas Peña, Santiago Santa Cruz, Fermín Donoso Grille, Ricardo Anguita, Antonio M. de la Fuente, Juan Guillermo Mackay y Moisés Vargas Mardones. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1924, Tomo XXIV, 2° Parte, Sección 1°, pág. 418.

validando de forma expresa y categórica la tesis que se sustentó durante la vigencia de la Carta Política de 1833, sostenida por prestigiosos tratadistas como ya tuvimos la oportunidad de apreciar, en orden a la imposibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma legal por colisión con la Carta Política. Estimamos que esta sentencia es una declaración terminante en ese sentido .

Pero en voto de minoría, los Ministros señores José Agustín Rojas y Alejandro Bezanilla Silva, estimaron infringidos por el fallo de alzada el artículo 10 N° 5 de la Constitución Política (además de disposiciones del Código Civil), y estuvieron porque se acogiera el recurso, dictándose la correspondiente sentencia de reemplazo.

TERCERA PARTE

El recurso de inaplicabilidad en la Constitución de 1925

El control de constitucionalidad a priori,
abstracto y realizado por una corte
constitucional separada, es un control
equivocado, en el momento equivocado y
efectuado por la corte equivocada

MARTIN SHAPIRO

SECCION PRIMERA

1. Antecedentes. Necesidad de contar con un órgano que resguarde la Constitución

Hablamos en las secciones anteriores de la importancia que sea la propia Constitución la que contemple los mecanismos adecuados para defender lo que ella ha establecido. Y se le atribuyen al jurista Hans Kelsen las primeras ideas en ese sentido, quien propuso la creación de un ente especializado que resguardara los mandatos de la Carta Política, con el consecuente poder de declarar la inconstitucionalidad de la ley, si esta se encontraba en contradicción con aquélla.

Nos hallamos en Chile bajo el imperio de la recientemente redactada Constitución de 1925, y es indudable que la importancia que se había establecido en los Estados Unidos de Norteamérica de la supremacía constitucional -a través de un fallo trascendente sobre la materia-, influyó de manera ostensible en que la doctrina patria pidiera el establecimiento de un sistema en nuestras latitudes con dicho objetivo.

El 24 de febrero de 1803, y en lo que se considera uno de los fallos más relevantes de la historia de los Estados Unidos por los principios que desarrolló, es que se conoce el caso llamado “*Marbury vs. Madison*”, donde el Juez John Marshall, Presidente de la Suprema Corte de ese país, junto a otros 5 magistrados que la conformaban, dictaminó la capacidad plena de los tribunales para pronunciarse sobre una declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, en este caso de una del Congreso de la Unión. No podemos no dedicar largos pasajes para comprender el razonamiento a que arribó el máximo tribunal estadounidense, y así visualizar el efecto que tuvo en toda América en el establecimiento de mecanismos de control de constitucionalidad sobre los preceptos legales:

“La circunstancia de que el pueblo tenga el derecho original de establecer esos preceptos (la Constitución) para su gobierno futuro y que, en su opinión, deben conducir primordialmente a su propia felicidad, forma la base en que se asienta todo el edificio de Norteamérica. El ejercicio de este derecho original significa un esfuerzo muy grande; el cual no puede ni debe repetirse con frecuencia: por consiguiente, los preceptos así establecidos deben considerarse como fundamentales; y como la autoridad de la cual proceden es suprema, y actúa con rareza, están destinados a ser permanentes.”

“Esta voluntad original y suprema es la que organiza el gobierno y asigna a las diversas dependencias sus respectivos poderes. Puede abarcar hasta allí o bien establecer ciertos límites que no deberán ser traspuestos por esas dependencias.

“El gobierno de los Estados Unidos pertenece a la última descripción. Las facultades de la legislatura están definidas y circunscritas; y para que esos límites no sean confundidos u olvidados hay una Constitución escrita. ¿Con cuáles fines se limitan los poderes y cuál el objeto de que esa limitación se consigue por escrito, si estos términos pueden, en cualquier tiempo, ser traspasados por aquellos a quienes se trata de confinar? La diferencia entre un gobierno con poderes restringidos y otro con facultades ilimitadas, está abolida si esos límites no confinan a la persona con respecto a la cual aquéllos se imponen, y si los actos que se prohíben y los que se permiten requieren iguales obligaciones. El hecho de que la Constitución controle cualquiera disposición legislativa incompatible con ella; o de que la legislatura modifique la Constitución mediante un decreto común, entraña una proposición tan simple que no amerita discutirse.

“Entre estas alternativas no hay término medio. La Constitución es una ley excelsa, inmodificable por los medios ordinarios, o bien se encuentran en un mismo plano con las disposiciones legislativas comunes y, a semejanza de otros actos, es alterable cuando a la legislatura le plazca modificarla. Si la primera parte de la alternativa es la cierta, entonces, una disposición legislativa que se oponga a la Constitución, no es una ley; si la correcta es la última parte, las constituciones escritas resultan ser intentos absurdos, por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia esencia, es ilimitable.

“En realidad, todos aquellos que han formulado constituciones escritas, las consideran como si fueran la ley fundamental y suprema de la nación y, en consecuencia, la teoría de todo gobierno así estructurado debe considerar nulo todo decreto de la legislatura que se oponga a la Constitución. Esta teoría se adhiere esencialmente a una constitución escrita y, por tanto, esta Corte debe estimarla como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. Así pues, no debe perderse de vista una consideración ulterior de este asunto.

“Si una ley de la legislatura, incompatible con la Constitución es nula, ¿cumple y obliga a las Cortes a ponerla en vigor a pesar de su invalidez? O, en otros términos, aunque no se trate de una ley, ¿constituye un ordenamiento tan efectivo como si lo fuese? En realidad, lo anterior destruiría de hecho lo que se estableció en teoría; al parecer, y a primera vista, algo muy absurdo como para insistir en ello. Sin embargo, recibirá mayor atención.

“Recae notablemente en la incumbencia y en los deberes del departamento judicial manifestar en qué consiste la ley. Los que aplican el precepto a casos particulares, forzosamente deben exponer e interpretar ese precepto. Si hay leyes en pugna, los tribunales deben decidir sobre los efectos de cada una de ellas.

“Así pues, si una ley es contraria a la Constitución; si tanto la ley como la constitución se aplican a un caso determinado, de modo que el tribunal deba decidir ese caso conforme a la ley, sin tener en cuenta a la Constitución; o bien, conforme a ésta y sin considerar la ley; el tribunal debe determinar cuál de estos ordenamientos en pugna debe normar el caso. Lo anterior radica en la esencia misma del ejercicio de la justicia. Si entonces los tribunales se basan en la Constitución y ésta es superior a cualquier disposición ordinaria de la legislatura, la Constitución, y no ese decreto común, debe regir el caso al cual ambas se aplican ...”

Más adelante, el fallo prosigue así:

“¿Por qué [...] se ordena a los jueces prestar juramento para apoyar la Constitución? En realidad, este juramento se aplica de manera especial a su conducta como funcionarios públicos. ¡Qué inmoral resultaría imponerlo a éstos si fueran a utilizarse como instrumentos, y como instrumento a sabiendas, para violar lo que juran sustentar!

“¿Por qué un juez jura desempeñar sus deberes conforme a la Constitución de los Estados Unidos, si esa Constitución no constituye la norma de su gobierno? ¿Si lo envuelve y no puede ser examinada por él? Si ésta es la situación verdadera de las cosas, es peor que una burla solemne. Y el hecho de prescribir o de prestar este juramento se convierte también en un delito.

“No debe menospreciarse el hecho de que al declarar cuál será la ley suprema del territorio, se menciona en primer término a la propia Constitución y no a las leyes de los Estados Unidos en general, y sólo tienen esa categoría las que se han formulado conforme a la Constitución.

“Así pues, la terminología particular de la Constitución de los Estados Unidos, reitera y fortalece el principio, que se supone esencial en todos estos instrumentos escritos, de que una ley contraria a la Constitución es nula y que los tribunales, así como otras dependencias, quedan obligados por ese instrumento”¹

Se puede decir casi sin temor a equivocaciones, que el máximo tribunal de ese país actuó como uno de los primeros tribunales constitucionales del mundo ².

En palabras del autor ecuatoriano Alfonso Zambrano Pasquel:

*“En realidad el caso *Márbury* no se refiere, como podría parecer, a una cuestión de derechos fundamentales, sino más bien a una de las posibles vías para garantizar –para hacer efectiva– la Constitución. Es decir, *Marbury* trata de un asunto de teoría general de la Constitución (la supremacía constitucional) y de teoría de derecho procesal constitucional (el papel de los jueces ante las leyes inconstitucionales)”^{3 4}*

1 BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2º Edición, CEPC, Madrid, año 2006, págs. 93 a 121.

2 Puede verse el artículo de DICK HOWARD, A. E. *Decir qué es la ley. El Tribunal Supremo como árbitro de la constitucionalidad*, en la Revista Temas de Democracia –dentro del número mensual dedicado en abril del año 2005 a “*La Corte Suprema de Estados Unidos, El Tribunal Máximo del país*”–, donde además de señalar la sentencia de la cual hemos extractado algunas consideraciones, recorre históricamente la importancia decisiva que ha tenido ese órgano en la vida política e institucional de ese país, coincidiendo con nuestras apreciaciones: “*En el sistema estatal, la revisión judicial –el poder de un tribunal de declarar anticonstitucionales los actos del poder legislativo– se encontraba en etapa incipiente en los primeros años de la República. Se tenía la impresión de que el propio concepto de la democracia implicaba un énfasis en la función de las legislaturas como representantes de la voluntad popular. Sin embargo, los estadounidenses pronto descubrieron que sus propias legislaturas, como los reyes o los parlamentos, podían amenazar sus derechos y libertades. Por consiguiente, junto a conceptos como la separación de poderes, y la limitación y equilibrio de los mismos, la revisión judicial saltó a la palestra como el instrumento indispensable para asegurar la supremacía de la Constitución*”. Revista Temas de la Democracia, abril de 2005, publicada por la Oficina de Programas de Información Internacional del Departamento de Estado de Estados Unidos.

3 ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Marbury vs Madison y el control de constitucionalidad*, en Notas sobre la Constitución americana, Ecuador, pág. 7.

4 Sobre el origen y fundamentos del principio de supremacía de la Constitución en el

2. La reacción de la doctrina chilena

José Guillermo Guerra, haciendo descripción de la situación vivida bajo la vigencia de la Constitución de 1925, señalaría que el Congreso Nacional al legislar, estaba revestido de una omnipotencia total, casi divina, que le permitía dictar leyes inconstitucionales, a sabiendas que adolecían de ese defecto, pero seguro de que nada ni nadie podía estorbar su cumplimiento, en forma autorizada y eficaz⁵.

Teniendo en cuenta esta declaración de la realidad que vivía nuestro orden jurídico, reafirmado además por la experiencia acontecida bajo la vigencia de la Carta Política de 1833, y sumada a la experiencia norteamericana en cuanto su máximo tribunal a partir fundamentalmente del famosísimo fallo en el caso “Marbury vs Madison”, es que la doctrina nacional comienza a reaccionar bregando por el establecimiento de un medio idóneo que cumpla a cabalidad el cometido del control de la constitucionalidad de las leyes.

El problema, que se venía planteando en la doctrina como hemos dicho, llega a las mismas Subcomisiones de Reformas Constitucionales de 1925. Al iniciarse la Séptima Sesión, consta que:

“... el señor Barros Borgoño (don Luis) expresa ‘la conveniencia que habría en establecer en la nueva Constitución algún poder o autoridad que determine si las leyes que en lo sucesivo se dicten, 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’.

“S. E. [el Presidente de la República, don Arturo Alessandri Palma] advierte que en el proyecto de reforma que él ha elaborado, se contempla una disposición de esta naturaleza en el título relativo a la Administración de Justicia.

“El señor Silva Cortés (don Romualdo) observa que convendría agregar que el Tribunal conocería también de las reclamaciones que se hicieran contra disposiciones legales

constitucionalismo norteamericano, pueden consultarse las obras de LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de Derecho Político*, de Vol. IV, Editorial Tecnos, Madrid, España, año 1984; GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, España, año 1984; y PERROT, Abeledo, *Sobre el significado de la Constitución de los Estados Unidos*, Ediciones Buenos Aires, Argentina, año 1984, entre otros.

5 GUERRA, José Guillermo, *La Constitución de 1925*, Establecimientos Gráficos Baecells y Co., Santiago, año 1929, pág. 458.

contrarias a la Constitución, ya que la indicación de S. E. se refiere solamente al caso especial de que el Tribunal conozca en un juicio determinado.

*“S. E. acepta en principio este punto de vista, pero advierte que hay modalidades que estudiar y tener presente en esta cuestión. Así habría que precisar si la Corte Suprema o el Tribunal que se creara deben o no tener el derecho de declarar en general o en cada caso particular, la inconstitucionalidad de una ley o de un acto; en el primer caso habría un grave peligro. Porque se constituiría el Tribunal en Poder Legislativo”*⁶

En el acta de la Decimonovena Sesión (pág. 254), se lee:

“S. E. recuerda que, en conformidad a acuerdos tomados en sesiones anteriores, corresponde agregar aquí la siguiente disposición: La Corte Suprema velará especialmente por el respeto de esta Constitución y en el caso especial en que conozca, podrá declarar sin efecto cualquier precepto legal contrario a ella.

“El señor Vicuña Fuentes (don Carlos) estima necesario que la Corte Suprema pueda declarar la inconstitucionalidad de una ley no sólo en casos particulares, sino también en general.

“S. E. cree, que con tal disposición se daría a ese Tribunal un poder superior al del Presidente de la República y al del Congreso, pues como existe la tendencia humana a acentuar las propias facultades, dicho tribunal enmendaría a menudo la obra legislativa, declarando sin fuerza, por inconstitucionales, las leyes que se dictasen, es decir, asumiendo en el hecho todo el poder; cuando su papel debe ser pasivo y no activo.

“El señor Maza (don José), Ministro de Justicia, dice que, a su juicio, la Corte Suprema no debe poder declarar la inconstitucionalidad de una ley sino en los casos particulares en que se pretenda aplicarla.

⁶ *Actas Oficiales de las sesiones celebradas por la Comisión y Subcomisiones encargadas del estudio del proyecto de Nueva Constitución Política de la República (Ministerio del Interior), Imprenta Universitaria, Santiago, año 1925, pág. 81.*

“El señor Edwards Matte (don Guillermo) observa que hay juicios que no van a la Corte Suprema en ningún grado, como algunas casaciones que sólo puede conocer la Corte de Apelaciones; de modo que habría que decir que puede recurrirse a la Corte Suprema en los casos de que se trata.

“S.E. propone el siguiente inciso:

“Cualquier ciudadano que considere lesionados sus derechos por un fallo de los tribunales basado en una ley inconstitucional, podrá recurrir a la Corte Suprema.

“El señor Silva Cortés (don Romualdo) estima que esta redacción resuelve en la mejor forma la dificultad.

“El señor Vicuña Fuentes (don Carlos) cree que convendría establecer la idea de poder recurrir a la Corte Suprema antes de entablar el juicio, pues sería inútil perder tiempo en trámites judiciales preliminares; y estos recursos podrían servir para paralizar juicios.

“S. E. propone que se agregue que este recurso no suspenderá la tramitación del juicio.

“El señor Maza (don José), Ministro de Justicia, insinúa un inciso que dijera: ‘Este recurso se podrá iniciar en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación’”⁷

En el acta de la Vigésimoctava Sesión, de 8 de julio de 1925 (pág. 366), consta que siguió el debate en los siguientes términos:

“S.E. dice que, de acuerdo con el inciso 2° de este artículo 87, la Corte Suprema va a quedar investida de una autoridad superior a la de todos los poderes públicos de este país.

“Después de haber meditado mucho sobre esta materia, propone que el inciso 2° de este artículo se redacte en la forma siguiente: ‘Los Tribunales de Justicia, en los negocios de que conozcan con arreglo a la ley aplicarán perfectamente los preceptos de esta constitución cuando entre ellos y las leyes hubiere oposición’.

⁷ Ibid., pág. 254.

“El señor Silva Cortés (don Romualdo) juzga que podría decirse que en los casos de inconstitucionalidad de una ley, se puede recurrir a la Corte Suprema.

“El señor Yáñez (don Eliodoro), manifiesta que en los países en que puede hacerse la declaración de inconstitucionalidad de una ley se reserva esta facultad a la Corte Suprema de Justicia. No habría conveniencia, a su juicio, de entregar esta declaración de inconstitucionalidad a todos los tribunales.

“La única autoridad que en un país constituido puede declarar la inconstitucionalidad de la ley, es el Tribunal Superior de Justicia, y ningún otro. El día en que se entregara esta facultad a los jueces o a las Corte de Apelaciones, se produciría una grave perturbación en la administración de justicia.

“S. E. observa que podría decirse entonces: ‘en todo caso en que se alegare la oposición entre un precepto constitucional y la ley, tendrán las partes derecho de ocurrir, en cualquier estado del pleito, a la Corte Suprema, sin alterar la sustanciación de él’.

“Lo que se desea es que lleguen a la Corte Suprema estos conflictos entre la ley y la Constitución, que se producen en un juicio entre partes.

“Considera que no hay conveniencia en dar a la Corte Suprema amplia facultad de declarar la inconstitucionalidad de la ley fuera de los casos concretos y determinados, porque así se crearían continuamente conflictos entre el Poder Legislativo y el Judicial.

“El señor Vicuña Fuentes (don Carlos) dice que no debe olvidarse que hay una disposición legal que establece que sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.

“Finalmente se acordó encargar al señor Maza, la tarea de traer redactado el artículo para la sesión siguiente”⁸

En el acta de la Vigésimonovena Sesión (de 10 de julio de 1925, pág. 369), se dice que ha decantado y tomado forma la redacción final:

⁸ Ibid., pág. 366.

“El señor Maza (don José), Ministro de Justicia, da igualmente lectura al inciso 2° del artículo 87 en la forma en que ha sido redactado por él, dándose por aprobado después de un ligero debate, pero cambiando las palabras ‘la inaplicabilidad’ por ‘inaplicable’.

“Quedó aprobado, en consecuencia, en la siguiente forma:

“Artículo 87, inciso 2°- La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para este caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación”

9

Don Carlos Estévez Gazmuri expresa al tratar del Recurso de Inaplicabilidad como un importantísimo medio de que la delegación que la Nación hace de sus facultades en el Poder Legislativo no se desvíe de sus propósitos esenciales, ya que esa delegación:

“tiene por límite la Constitución [...] fluye[ndo] evidente el principio de la supremacía constitucional; la ley no puede ir contra de los preceptos de la Constitución Política. El principio recién expuesto lleva a la conclusión de que, dadas las imperfecciones de la naturaleza humana, es preciso establecer el control constitucional de las leyes. No puede sostenerse que el control de que se ha hablado debe quedar entregado al Poder Legislativo, porque sería él mismo quien dictaría una resolución y quien debería pronunciarse posteriormente sobre ella. Un recurso entregado a este poder para revocar sus propios actos sería prácticamente ilusorio e importaría consagrar el tipo de Constitución flexible. Menos aún podría entregarse esta facultad al Poder Ejecutivo. Formando parte integrante del Legislativo por su gran influencia en la dictación de las leyes y movido particularmente por razones de orden político, sometido a la fiscalización parlamentaria y movido a veces en obtener leyes inconstitucionales, no es un modo apropiado para ejercer el control de la constitucionalidad. Descartados estos dos poderes no puede pensarse en otra autoridad que el Poder Judicial, a quien, por su naturaleza y sus atribuciones,

9 Ibid., pág. 369.

su independencia de los poderes políticos e inamovilidad de sus funcionarios, cuadra perfectamente la misión de velar por el respeto a la Constitución en los actos legislativos. Dentro del Poder Judicial no cabe duda que la facultad en estudio debe radicarse en el Tribunal Supremo”¹⁰

El profesor Lautaro Ríos Álvarez, a la luz de lo acontecido en el campo internacional, grafica de la siguiente forma el establecimiento de esta nueva acción que nacía a la vida en nuestro ordenamiento jurídico, no sin antes recordarnos sobre la suspicacia que existía de entregar dicha arma a la Corte Suprema:

“Por alguna razón Chile tiene la mala suerte de llegar tarde a los grandes acontecimientos de la historia. En 1803, cuando se dictaba en Norteamérica este gran fallo, Chile era una colonia española que ni siquiera soñaba con su independencia. Cuando, gracias al genio de la Escuela de Viena, se dicta en 1920, la Constitución austríaca –y el Tribunal Constitucional se crea en 1926-, Chile estaba en un proceso en que reinaba un tremendo temor de entregarle a cualquier órgano, ya fuese solamente la Corte Suprema, la posibilidad de declarar la nulidad de una ley. Se decía que con esto se le entregaba al Poder Judicial, especialmente a la Corte Suprema, un poder superior –y lo decía Arturo Alessandri Palma, que presidía la Comisión Revisora de la Constitución- al del Presidente y al del Congreso. Por lo tanto, por ningún motivo se aplicaría. Como una gran obra, se establece por primera vez en nuestro país el recurso de inaplicabilidad, redactado originalmente por don José Maza...”¹¹

José Guillermo Guerra reconoce con claridad que el germen de la iniciativa es de otras latitudes:

¹⁰ Agrega este importante autor: *“el control constitucional es una excepción al principio de la separación de Poderes Públicos. No es fácil darse cuenta de la gravedad que reviste el hecho de colocar a los Poderes del Estado, soberanos e independientes, frente a frente. Para disminuir este inconveniente las legislaciones positivas han solido restringir el control o declaración de inconstitucionalidad a los casos particulares en que se pronuncie; éste ha sido el alcance que le ha atribuido nuestra propia Constitución. Así la declaración se limita al juicio en que se expide y afecta jurídicamente sólo a los que en él han litigado, sin perjuicio de la influencia moral que tenga en el Poder Legislativo”*. ESTÉVEZ GAZMURI, Carlos, *Elementos de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 1949, págs. 341 a 342.

¹¹ RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, *El control correctivo de constitucionalidad de la ley*. Artículo de Hemiciclo, Revista de Estudios Parlamentarios de la Academia Parlamentaria, Cámara de Diputados de Chile, N° 3, Segundo Semestre del año 2010, págs. 113 a 126.

*“es completamente nuevo para nuestro país. Ha sido tomado, en su fondo, de la Constitución de los Estados Unidos y, aunque de procedencia extranjera, consideramos que corresponde a una necesidad nacional que se había hecho sentir varias veces”*¹²

Para Marcos Silva Bascuñán, en su visión comparativa histórica, lo que ha ocurrido con la instauración del mecanismo del recurso de inaplicabilidad, es lo que sigue:

*“las leyes fundamentales, por su origen y por su contenido son superiores a las leyes ordinarias; hoy como ayer, unas y otras se dictan y se modifican en virtud de procedimientos bastante diferentes; hoy, menos aún que ayer, el Poder Legislativo no es poder soberano; ahora como antes, el Poder Judicial es un poder público que en el desempeño de su misión está obligado a preferir la Constitución a la ley”*¹³

Mario Bernaschina introduce un elemento de vital importancia que tendrá repercusión central en las décadas sucesivas y que más adelante estudiaremos en profundidad: señala que le parece aceptable la tesis en cuanto a que toda ley, ya sea en los procesos que tuvieron lugar en la formación propiamente dicha de ella, ya sea en su fondo, y que sean contrarias a la Constitución, puedan ser declaradas inaplicables por el Tribunal Supremo¹⁴.

¹² Asimismo, también abriga la esperanza, en la medida correctiva que significaría para las Cámaras Legislativas el acogimiento de los recursos de inaplicabilidad por parte del máximo tribunal: *“se supone que el legislador, en vista de que la Corte Suprema ha declarado una o más veces la inconstitucionalidad de su precepto, se apresurará a derogarlo por medio de otra ley”*. GUERRA, José Guillermo, obra cit., Santiago, año 1929, pág. 457 a 460.

¹³ También aclara retrospectivamente el punto sobre la incapacidad de fundamentación de la tesis que enarbolaba la máxima de que a la magistratura judicial le fuera negada la posibilidad de revisión de la constitucionalidad de una norma legal: *“es menester decir que en realidad nunca se fundamentó suficientemente la opinión que negaba a los tribunales el derecho a dejar sin aplicación las leyes que abiertamente contrariaban las disposiciones de la Carta Fundamental; en fuerza de repetirse fue incorporándose al acervo de los postulados jurídicos nacionales (...) Y es curioso: lo mismo que ha ocurrido aquí ha sucedido en Francia. Leemos a este propósito a un interesante artículo del Decano de la Facultad de Derecho de París, el conocido tratadista de Derecho Administrativo M. H. Barthelemy, publicado en el número de diciembre último de la ‘Revue Politique et Parlementaire’, lo siguiente: Durante tres cuartos de siglo se afirma, pero no se prueba y cuando se trata de fundar la afirmación se comprende que la base sobre que está construida no sólo es frágil sino casi inexistente. Todo cae..., menos el prejuicio que ha encontrado su fórmula simple convertida en axioma: **‘los tribunales en Francia no son jueces de la inconstitucionalidad de las leyes’**”*. SILVA BASCUÑÁN, Marcos, *La Constitución ante los tribunales*, Santiago, año 1926, pág. 17 y 33.

¹⁴ BERNASCHINA G., Mario, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, año 1958, pág. 467.

Es de relevancia destacar que, como pudo verse de la lectura atenta de las actas de la Subcomisión de Reformas Constitucionales de 1925, es que el ámbito de la declaratoria de inaplicabilidad de un precepto legal tendría efectos relativos, es decir, sólo al caso en donde se ha planteado, descartándose efectos generales de dicha declaratoria sobre la norma a la cual se le ha hecho objeción de constitucionalidad.

Los siguientes autores ya en el presente, vuelcan su mirada hacia atrás para juzgar en forma negativa esta institución. Don Humberto Nogueira Alcalá señala las siguientes críticas:

“El precepto legal considerado inconstitucional continúa formando parte del ordenamiento jurídico. A ello debe agregarse que la sentencia de la Corte Suprema que determina la inaplicabilidad del precepto legal no tiene fuerza obligatoria ni efectos persuasivos respecto de los tribunales inferiores: tribunales de primera instancia y Cortes de Apelaciones.

“Todo ello muestra que este control represivo, concreto y con efectos inter partes, constituye una institución jurídica débil como instrumento para dotar de fuerza normativa a la Constitución y dar protección efectiva a los derechos esenciales de las personas.

“Los tribunales de primera instancia y Cortes de apelaciones, no pueden declarar la inaplicabilidad de preceptos legales contrarios a la Constitución y no tienen iniciativa para plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema. (La idea del) constituyente de 1925 de que entregar el control de constitucionalidad de la ley a los tribunales ordinarios politizaba a los jueces, (era) lo que debía evitarse”¹⁵

A su turno el Doctor Juan Carlos Ferrada Bórquez, señala con respecto de lo mismo:

“Se critica la operatividad y justificación de este sistema represivo de constitucionalidad, incluso su coherencia con el principio de ‘igualdad ante la ley’, que garantiza la propia Constitución, desde el momento en que no se divisa razón

¹⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La Reforma Constitucional a la Jurisdicción Constitucional: del doble control concentrado de constitucionalidad a la concentración del control en el Tribunal Constitucional*, publicado en la Revista Ius et Praxis, Vol. 8, N° 1, año 2002. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca.

alguna para mantener vigente y en aplicación una norma que ya se ha estimado inconstitucional por la Suprema Corte en otro caso concreto”¹⁶

¹⁶ FERRADA BÓRQUEZ, Juan, *Los Derechos Fundamentales y el Control Jurisdiccional*, investigación, citando a Gastón Bernales y Rodolfo Figueroa. En *Revista de Derecho de Valdivia*, Vol. XVII, diciembre del año 2004, págs. 113 a 137.

SECCIÓN SEGUNDA

Constitucionalidad de la ley ¹

1. Naturaleza jurídica del recurso de inaplicabilidad. Concepto

El recurso fue instituido con el objetivo primordial o con la finalidad específica de evitar la contradicción entre la Carta Fundamental y una ley ordinaria. Es decir, mediante un análisis comparativo, se debe determinar si alguna disposición legal atenta o no contra normas consagradas constitucionalmente. Recordemos que la Constitución en su artículo 86 inciso 2° lo estatuyó en los siguientes términos:

“La Corte Suprema, en los casos particulares de 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”

¹ Aunque se han agregado por nuestra cuenta otros puntos a tratar, se ha seguido en esta parte el valioso modelo dado por el *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas*, Código Civil y Leyes Complementarias, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, año 1996; y el mismo *Repertorio*, Constitución Política de la República de Chile, año 1993.

No se busca el estudio de los hechos del proceso; se reduce su estudio a establecer un proceso de comparación a fin de sostener si ambas normas pugnan^{2 3}.

2 Conociendo la Corte Suprema de un recurso de casación en el fondo, sentó importantes ideas en torno a la naturaleza jurídica de este. Con fecha de 10 de agosto de 1936, y a través de los considerandos 12°, 13° y 15°, se refiere a que es necesario que exista una institución procesal que ejerza una tutela legal sobre todos los Tribunales en quienes se ha delegado la facultad de administrar justicia. Para el resguardo de ese fin -al que califica como primordial-, se ha instituido la casación de fondo, “cuya misión es la de fijar el genuino sentido y alcance de la ley, perfeccionando la que sea oscura, dudosa e incompleta mediante una recta interpretación, y participa de esta manera, el mencionado recurso, en cierto modo, más bien de la función del poder legislativo que de la del judicial, propiamente dicho, ya que con él se trata de obtener la unidad de la legislación por medio de la unidad de la jurisprudencia; 15°) Que en tal sentido, la casación junto con ser un verdadero homenaje que se tributa a la ley, es una institución de carácter técnico, de interés general, de orden público y de derecho estricto. Su objeto es mantener a todos los tribunales en la estricta observancia de los preceptos legales, impidiendo las apreciaciones falsas o las interpretaciones erróneas. De esta manera la casación jamás constituye una tercera instancia, puesto que su objeto exclusivo es conocer de la conformidad de las sentencias con la ley, siendo, por lo tanto, el derecho y no el hecho, el fallo y no el juicio mismo lo que cae bajo su imperio”. En su considerando 19°, luego de asegurar que el recurso que se encuentra fallando cumple con su objeto -el de resguardar el prestigio del legislador, y el de evitar a su vez, que el Poder Judicial invada las atribuciones legislativas-, nos dice que en ese mismo sentido se puede recordar, por analogía, el recurso de inaplicabilidad, creado por nuestra Constitución para garantizar el fiel cumplimiento de nuestra Carta. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1936, Tomo XXXIII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 449.

3 Carlos Estévez definía así el cambio introducido por la Constitución de 1925 cuando ella contempló el recurso especial llamado de inaplicabilidad, y del cual cuyo alcance significaba que la Corte Suprema quedaba investida para proceder “en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiera ante otro tribunal, pueda declarar inaplicable para ese caso cualquier precepto legal, contrario a la Constitución”. La nueva disposición obedece al principio reconocido por todos los tratadistas de derecho público, de que la Constitución del país es su ley superior; tanto por su naturaleza como por su fuerza obligatoria y por consiguiente debe prevalecer sobre todas las leyes, siendo nulas las disposiciones que la contraríen. **La facultad que se entrega al primer Tribunal de la República es un correctivo a los posibles desvaríos del Parlamento y más que todo una seguridad dada a los ciudadanos de que sus garantías y libertades, consignadas en la Carta Fundamental, no podrán ser desconocidas por las leyes. Esta facultad podría llegar a ser peligrosa si se colocara al poder judicial sobre el poder legislativo, pero en la forma establecida en la Constitución ese peligro no existe, porque la Corte Suprema no puede hacer declaraciones generales de inconstitucionalidad de una ley, su declaración se refiere sólo al caso particular sometido a su decisión en un juicio pendiente ante ella o que se siguiera ante otro tribunal**”. Reconocía por cierto el avance que significó para el Derecho Público chileno, ya que en la Constitución de 1833 -tal como lo hemos estudiado-, “no había organismo alguno que pudiera desconocer los efectos de una ley inconstitucional, sea que la inconstitucionalidad fuera de fondo o de forma. Nuestros Tribunales lo habían declarado así, en repetidas ocasiones. El poder legislativo no tenía correctivo alguno si dictaba una ley inconstitucional. La disposición establecida en la Constitución de 1925, a semejanza de la establecida en otras Constituciones, crea esa autoridad y la radica en la Corte Suprema. Hasta hoy la aplicación práctica de la disposición ha sido escasa, significa ello que el Poder Legislativo, ha ejercido su alta facultad de legislar sin atender contra los principios Constitucionales, lo que debe constituir un justo motivo de satisfacción”. Discurso de incorporación de don Carlos Estévez como miembro académico de la Facultad, pronunciado el 8 de Julio de 1941, en la sesión solemne de esa Corporación. En *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile*, Vol. 7, N°s 25-28, año 1941. (Nota:

Así lo señaló nuestro máximo tribunal, con fecha 19 de agosto de 1949, en un juicio por expropiación, donde se obligaba al expropiado y recurrente don Alfredo Santos Isla, a pagar un porcentaje calculado sobre el valor total de la indemnización correspondiente, bajo amenaza de que el Notario respectivo no autorizaría la escritura pública del caso si no había pago previo de los derechos y aranceles, señalando este funcionario que procedía de ese modo bajo instrucciones de la Dirección de Impuestos Internos, en base a la Ley sobre Impuestos de Timbres, Estampillas y Papel Sellado, que aumentó porcentualmente los tributos a la que estaban afectas las compraventas, permutas, expropiaciones y daciones en pago de bienes raíces. El precepto legal impugnado -y los posteriores que lo modificaron-, eran tachados de inconstitucionales por el recurrente, ya que la indemnización definitiva, con los descuentos impositivos, *“injustamente disminuía, menoscabada, y por consiguiente, violaban el N° 10 del artículo 10 de la Constitución [de 1925], ya que ésta asegura la igual repartición de los impuestos y contribuciones...”*, rezaba su escrito, para continuar: *“El inciso 2° del N° 9 del artículo 10 de la Constitución dice que ‘sólo por ley pueden imponerse contribuciones directas o indirectas, y sin su especial autorización, es prohibido a toda autoridad del Estado y a todo individuo imponerlas, aunque sea bajo pretexto precario, en forma voluntaria, o de cualquier otra clase’, y la aplicación (de la Ley de Timbres y de la Ley 4054) importa una reducción injustificada de la indemnización mandada pagar por la sentencia”*. El máximo tribunal, rechaza el recurso por unanimidad, señalando que:

“...no existe entre ese precepto constitucional (artículo 10 N° 10) y los legales mencionados antinomia alguna, por tratarse simplemente de una carga tributaria impuesta al contribuyente, que en nada afecta al todo o parte del derecho de dominio o indemnización.” (Considerando 6°). Y, que “sólo se trata de cuestiones relativas a la interpretación o aplicación de preceptos legales, puntos éstos que quedan fuera de la esfera de control que le corresponde a este recurso...” (Cons. 7°) ⁴

El mismo predicamento fue establecido por la Corte en sentencia de 08 de mayo de 1950, en la inaplicabilidad planteada por don Abraham Villanova Machado al sostener que:

“(3°) para que pueda prosperar, es indispensable que exista una completa y perfecta contradicción entre una ley constitucional

los resaltados son nuestros).

4 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1949, Tomo XLVI, 2° Parte, Sección 1°, pág. 709.

*y una ordinaria; es decir, que ambas no puedan coexistir entre sí por contener normas o fines jurídicos que se contrapongan al aplicarse a un negocio determinado”*⁵

El 23 de septiembre de 1961 volvió el alto tribunal a confirmar lo que entendió desde un principio era el objetivo del recurso de inaplicabilidad, es decir, su carácter puramente jurídico, abstracto y doctrinario, ya

*“(2°) ... que la constitucionalidad es una cuestión de derecho y a la Corte Suprema en tal caso, le corresponde decidir por el simple análisis de la ley impugnada y del precepto constitucional que se dice contrariado”*⁶

Igual doctrina quedó asentada años más tarde al conocerse la sentencia de fecha 2 de julio de 1964 en recurso interpuesto por don Carlos Vicuña, en un juicio de interpretación y nulidad de cláusula testamentaria, y administración de bienes asignados por un banco. Aunque la entidad financiera había demandado, planteó la improcedencia del recurso, por referirse a un precepto derogado -el artículo 1° letra h) de la Ley 4872 por el Decreto con Fuerza de Ley N° 252 de 30 de marzo de 1960, que fijó el texto de la Ley General de Bancos-, por lo que no cabía declararlo *sin lugar* sino precisamente *improcedente*. La inaplicabilidad fue rechazada -en la parte que nos interesa-:

“porque el problema constitucional es una cuestión de derecho. Importando dicho recurso un análisis comparativo entre la Constitución y la ley, a fin de establecer si existe o no contradicción entre ésta y aquella” (Cons. 4°)

El señor Fiscal de la Corte opinó en su informe, que debía declararse improcedente por no encontrarse vigente la norma reclamada, cuestión que sólo abordó en el Tribunal Pleno el Ministro don Julio Espinosa Avello en su prevención, al señalar que:

*“... por no estar vigente la disposición legal que se impugna como contraria a la Constitución Política del Estado, no es procedente la declaración [...] porque fue derogada por el legislador”. (Punto 2° de su prevención)*⁷

5 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1950, Tomo XLVII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 166.

6 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1961, Tomo LVIII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 357.

7 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1964, Tomo LXI, 2° Parte, Sección 1°, pág. 182.

En sentencia de 22 de abril de 1970, se dijo por el máximo tribunal de justicia:

*“El recurso de inaplicabilidad es de derecho estricto, y corresponde al que lo interpone, indicar determinadamente la disposición que tacha como inconstitucional y no hacerlo en forma global. No puede recaer sobre el Excmo. Tribunal la tarea de averiguar y precisar cuál de las diversas disposiciones que contiene un precepto que legisla sobre varias materias, a través de seis incisos, sería la efectivamente objetada y la que quebrantaría el precepto constitucional invocado como supuestamente infringido”. (Cons. 12°)*⁸

2. El recurso de inaplicabilidad como único medio para objetar la constitucionalidad de una ley

Para hacer posible la tacha de inconstitucionalidad de una ley, sólo existe el mecanismo del recurso de inaplicabilidad que se contempló en el artículo 86 inciso 2° de la Constitución Política de 1925. Así lo señaló explícitamente la Corte Suprema, en fallo pronunciado el 25 de abril de 1938, al conocer de un recurso de casación en el fondo deducido en un juicio seguido por cobro de impuesto a la renta. El recurrente alegó, dentro de varias causales para invalidar el fallo de segunda instancia, que la Corte de Apelaciones de Santiago, al darle valor legal al artículo 14 del Decreto con Fuerza de Ley N° 271, había infringido los artículos 10 N° 9 y 44 N° 1 de la Constitución Política. Así, el artículo 10 N° 9 contemplaba: *“Sólo por ley pueden imponerse contribuciones directas o indirectas, y sin especial autorización es prohibido a toda autoridad del Estado y a todo individuo a imponerlas, aunque sea bajo pretexto precario, en forma voluntaria, o de cualquier otra clase”*; y el artículo 44 de la misma Constitución, agregaba que *“sólo en virtud de una ley se puede imponer contribuciones de cualquier clase o naturaleza, suprimir las existentes, señalar en caso necesario su repartimiento entre las provincias o comunas, y determinar su proporcionalidad o progresión”*. El máximo tribunal de justicia rechazó todas y cada una de las causales invocadas en la casación, y en cuanto a la referente sobre infracción de las disposiciones constitucionales (incluidas en el recurso), señala:

*“... la tacha de inconstitucionalidad de una ley sólo puede hacerse por medio del recurso de inaplicabilidad establecido en el artículo 86 de la Constitución.” (Considerando 23°)*⁹

⁸ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1970, Tomo LXVII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 124.

⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1938, Tomo XXXV, 2° Parte, Sección 1°, pág. 464. Y *Gaceta*, año 1938, 1er. Semestre, N° 31, pág. 188.

3. Nulidad e Inaplicabilidad

Ocurre que cuando el legislador dicta normas que colisionan con la Constitución Política, no se está atribuyendo autoridad o derechos que no le hayan sido conferidos por la Carta Fundamental, acarreando tales actos legislativos la *nulidad*, ya que sólo cumple con su misión esencial, cual es precisamente legislar. Las cámaras legisladoras tienen plena autoridad para dictar las leyes que consideren convenientes, y también para modificarlas según lo estimen. Tales preceptos transgresores no acarrean nulidad, sino que pueden -y deben- ser declarados inaplicables por causa de inconstitucionalidad cuando quebranten la Constitución, pero no significa que dichas disposiciones sean nulas. Así se señaló con fecha 18 de diciembre de 1954, cuando la Corte Suprema acoge por unanimidad un recurso de inaplicabilidad solicitado en proceso por restitución de propiedad en juicio de arrendamiento. Accede a la acción solicitada, en atención que los incisos primero y segundo del artículo 3° transitorio de la Ley 11.622, de 25 de septiembre de 1954, al autorizar a una de las partes para hacer valer en un caso ya concluido (como lo es el de marras), las excepciones o derechos ahí contemplados, vulnera el principio contenido en el artículo 80 de la Constitución -principio que siguió reiterando el Código Político posterior-, que preceptuaba que *“la facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso Nacional, pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos”*; pero desechó en todas sus partes -siguiendo en ese sentido a lo dictaminado por el señor Fiscal de la Corte don Urbano Marín Rojas-, el argumento de que el legislador al obrar como lo hizo, no se había atribuido autoridad o derechos no conferidos por la Carta Magna, violando así, el artículo 4° de ésta, que consagraba en ese numeral la *Nulidad de Derecho Público*, afirmando:

“... el que una ordenación legal quebrante la Constitución Política, no significa que ella sea nula y que este tribunal pueda declarar su nulidad, efecto distinto de su inaplicabilidad en casos particulares que está facultado para declarar por el artículo 86 de la Carta institucional antes nombrada, de donde se sigue que no es atendible este fundamento del recurso.”
(Cons. 9°)¹⁰

10 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1964, Tomo LI, 2° Parte, Sección 1°, pág. 617.

4. Singularidad y efecto relativo de la declaración de inaplicabilidad

La declaración de inaplicabilidad que puede hacer la Corte Suprema no puede jamás tener efectos generales. Si se admitiera que mediante la interposición de un solo recurso pueda generarse declaraciones sucesivas de inaplicabilidad respecto de una pluralidad de juicios en que futuramente se invocara la ley cuestionada, se atentaría contra la Constitución Política misma, ya que el recurso sólo puede tener incidencia para un caso particular.

Mediante la interposición de un solo recurso no puede pedirse la declaración respecto de una pluralidad de juicios. Es decir:

“Que, como se ve, según la Constitución y el auto acordado de 22 de marzo de 1932, la idea matriz para determinar el carácter singular del juicio a cuyo respecto de interpone, y así, no la destruyen ni la pluralidad de las leyes infractoras de la Constitución que se invoquen, ni la de los preceptos constitucionales infringidos, ni la de las partes del pleito que separadamente lo interpongan, caso este último en que no se menoscaba la singularidad, porque sigue siendo uno el juicio a que se refieren”. (Cons. 6°) ¹¹

Tanto la Carta Política como el auto acordado que dictó el mismo máximo tribunal para reglamentar dicho recurso, emplean expresiones que convierten en norma positiva de que en nuestro ordenamiento jurídico el recurso de inaplicabilidad es singular, o sea, resuelve en el caso concreto en que se invoca. Por consiguiente, la Corte declara, con fecha 5 de julio de 1966, en virtud de lo expuesto, improcedente el recurso por haber infringido normas formales en su interposición.

5. La inaplicabilidad de una ley supone la declaración respectiva previa

Quiere decir que, si no se ha declarado la inconstitucionalidad de una ley, ésta produce todos sus efectos. Todos los demás tribunales están obligados a aplicar las leyes vigentes. Así lo señaló la Corte Suprema, en sentencia fechada el 8 de enero de 1938 al conocer de un recurso de casación en el fondo, donde se le pedía anular una sentencia de segunda instancia que había aplicado preceptos que se achacaban por el recurrente de contrarios a la Constitución,

¹¹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1966, Tomo LXIII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 255.

*“pero como la citada ley no ha sido declarada inconstitucional, produce todo su efecto...” (Parte final del considerando 3º)*¹²

6. Requisitos de procedencia

Analizaremos todos y cada uno de los requisitos que hacían posible su interposición durante la vigencia de la Carta de 1925.

a. Requisito esencial es que exista un juicio sometido al conocimiento de otro tribunal. Dado el carácter y su naturaleza especial, el recurso de inaplicabilidad debe ser ejercido durante la tramitación del pleito o asunto judicial para el cual se pide la declaración respectiva. Recordemos que el constituyente empleó bajo la Carta de 1925 el vocablo “juicio”. La oportunidad para interponerlo es mientras el juicio siga su curso, no cuando ya ha concluido:

*“... puesto que con él se persigue que no se ponga en ejercicio o se aplique un precepto legal determinado contrario a la Constitución, y de ahí la salvedad expresa que contiene esa disposición que establece este recurso de que su ejercicio no suspende la tramitación del juicio a que se refiere”. (Cons. 2º)*¹³. Corte Suprema de Justicia, 26 de noviembre de 1931.

Terminada la tramitación del pleito por haberse fallado en segunda instancia, la sentencia dictada ha adquirido el valor de cosa juzgada, por lo tanto, ya no es oportuno discutir mediante un recurso de inaplicabilidad si son o no contrarios a la Constitución los preceptos legales que se hicieron valer para fallar el litigio. Así fue decidido en un proceso por accidente laboral, tramitado ante el Primer Juzgado del Trabajo de Valparaíso contra don Vladimir Huber, condenado en primera instancia al pago de las correspondientes indemnizaciones, cuestión que posteriormente fuera confirmada por la Corte de Apelaciones de esa ciudad. Dice el Tribunal Supremo con fecha 4 de abril de 1938 que,

*“... según lo reconoce el mismo recurrente, se ha fallado en su contra en ambas instancias, hallándose de este modo terminada su tramitación”*¹⁴

b. No es necesario que exista un juicio en el sentido técnico de la expresión. Un asunto que deba ser decidido por un tribunal de justicia

¹² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1938, Tomo XXXV, 2º Parte, Sección 1º, pág. 355.

¹³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1931, Tomo XXIX, 2º Parte, Sección 1º, pág. 194.

¹⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1938, Tomo XXXV, 2º Parte, Sección 1º, pág. 455.

basta para que -dentro de él- sea posible la interposición del recurso de inaplicabilidad. La jurisprudencia de la época admitió que pudo presentarse en los asuntos de jurisdicción no contenciosa; en los procesos criminales desde que se ha iniciado el procedimiento; y en las contiendas entre partes aún cuando no se haya trabado la litis, es decir, cuando la contraparte todavía no ha sido notificada de la demanda respectiva.

Así por ejemplo el día 27 de diciembre de 1955, el máximo tribunal no dio lugar a la petición del Fisco para que se declarara inadmisibles el recurso de inaplicabilidad -aunque finalmente lo rechazó- interpuesto contra el inciso 2º del artículo 98 de la Ley N° 11.256 (sobre Alcoholes), que requería el entero en Tesorería de las multas impuestas por la Dirección General de Impuestos Internos, para dar curso a la reclamación en contra de la resolución que imponía sanción, declarando que éste podía deducirse incluso antes de la notificación de la demanda, o aún en el caso en que ésta no haya sido cursada por el juez por falta del entero de la multa:

“4º) ... Las circunstancias que el artículo 86 de la Constitución Política autorice [su] interposición ‘en cualquier estado del juicio’ significa que empleó el vocablo ‘juicio’ en un sentido amplio, o sea, de conjunto de actuaciones sometidas a la decisión del juez competente, aunque no exista, todavía, controversia entre partes [...] De otro modo no habría posibilidad alguna de solicitar, en este caso, por la vía del recurso respectivo, la inaplicabilidad del precepto a que se ha aludido”¹⁵

En una gestión sobre la consignación de la suma que debía pagarse por la entonces Corporación de Reforma Agraria para la expropiación de un predio, en la Ley 16.640 en sus artículos 39 y 40, se dispuso que correspondía al Juez de Letras en lo Civil, pronunciarse sobre la petición de caducidad del acuerdo de expropiación, ordenar la inscripción de dominio del predio y la toma de posesión material del mismo, y, además, conceder el auxilio de la fuerza pública, según fuere el caso. La expropiada doña María Cristina de la Sotta, dedujo nulidad de todo lo obrado, buscando en definitiva la cancelación de las inscripciones realizadas a favor de dicha Corporación. Asimismo, dedujo recurso de inaplicabilidad contra los citados preceptos legales, intentando que no le fueran aplicados, bajo la alegación de ser contrarios a la Constitución. Empero, en la parte que nos interesa, dicha Corporación de Reforma Agraria, contestando el traslado que se le confirió, pidió que este fuera declarado inadmisibles por no cumplirse con el texto constitucional del artículo 86, esto es, que exista un *juicio* que se siguiera ante otro tribunal que no fuera la Corte Suprema.

¹⁵ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1955, Tomo LII, 2º Parte, Sección 1º, pág. 428.

El recurso finalmente fue rechazado con fecha 27 de julio de 1970, pero se decidió que era *admisibile*. El alto tribunal se dividió en este último punto: votaron por entrar a conocer de la inaplicabilidad solicitada, el presidente subrogante don Eduardo Varas Videla y los Ministros señores José María Eyzaguirre, Eduardo Ortiz Sandoval, Israel Bórquez, Ricardo Martín, Octavio Ramírez y Víctor Rivas del Canto, quienes señalaron en el considerando 5°:

“... Que esta gestión en que intervenían tanto el propietario del fundo expropiado como la institución expropiante [...], reviste el carácter de una verdadera contienda judicial sometida al conocimiento y decisión de un tribunal ordinario de justicia, en que pueden debatirse problemas de extraordinaria gravedad, entre otros, el de caducidad del acuerdo de expropiación, la inscripción y toma de posesión del predio después de efectuada la consignación señalada por la ley, y por lo tanto constituye un verdadero juicio en el sentido amplio de esta expresión, puesto que en él se persigue obtener el pronunciamiento de un tribunal en materias sometidas a su conocimiento; 6°) Que, en consecuencia, el presente recurso es admisible desde que se encuentra pendiente una incidencia de nulidad de lo obrado ante el Juzgado de Letras de Bulnes sobre consignación del valor del predio y de las mejoras y sobre la inscripción de dominio del fundo expropiado” ¹⁶ (Nota: el subrayado es nuestro).

Fue acordada esta primera parte con el voto en contra de los Ministros señores Rafael Retamal, Luis Maldonado, Juan Pomés y Armando Silva Henríquez, quienes fueron de la opinión de declarar inadmisibile el recurso interpuesto. Tuvieron para ello presente:

“2°) Que la expropiación constituye, esencialmente un acto de autoridad, que se realiza mediante una serie de procedimientos administrativos, que quedan al margen de los Tribunales de Justicia, salvo la intervención a que, ocasionalmente y para determinados objetos o actuaciones, pueda llamarlos el legislador en forma expresa”,

señalando a continuación que la consignación constituye una “*gestión*”, un “*procedimiento sui generis*” en que no se admite la intervención del acreedor

¹⁶ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1970, Tomo LXVII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 273.

expropiado, ni tampoco gestiones ni solicitudes de éste. Pero es en el fundamento 6° de su posición donde señalan el motivo más importante para restarle validez a lo que por la mayoría se ha llamado “juicio”:

“Que el juez, indebidamente provea con ‘traslado’ una petición de nulidad en ese procedimiento de consignación, no puede otorgarle a la gestión el carácter de juicio para los efectos de que aquí se trata, dentro del cual tenga cabida un recurso de inaplicabilidad, porque la ley ordena que hecha la consignación el juez disponga la inscripción de dominio sin más trámite [...] La manera de reclamar la insuficiencia de la consignación en el juicio de reclamo de la tasación [debe realizarse] ante el Tribunal Agrario correspondiente...”, por lo que, “es menester no olvidar que la existencia de todo juicio requiere necesariamente una relación jurídica procesal válida entre las partes, lo que a su vez exige la concurrencia de los llamados ‘presupuestos procesales’. En la especie, aun aceptando la existencia de una acción judicial incoada, falta indudablemente el supuesto de que exista Tribunal competente llamado a conocer de ella, razón por la cual, en la forma como han sido planteadas las cosas, la litis no puede producirse y por tanto no hay juicio en el cual pueda deducirse un recurso de inaplicabilidad”¹⁷

Igual determinación tomó el máximo tribunal el día 31 de agosto del mismo año, también en un recurso interpuesto en una incidencia promovida ante un Juzgado de Letras contra la misma Corporación de la Reforma Agraria¹⁸.

c. Corresponde a quien lo interpone indicar determinadamente la disposición legal que reclama de inconstitucional. No puede por tanto objetarse una inconstitucionalidad total sin especificar ni precisar con la determinación debida, cuál o cuáles disposiciones serían las que vulneran la Carta Política. Sería una falta formal del escrito la que permite rechazarlo por una:

¹⁷ Ibid., voto de minoría en cuanto a la admisibilidad del recurso.

¹⁸ Recurso de Inaplicabilidad interpuesto por doña María Luisa Errázuriz (idéntico al ya anotado), con la disidencia de los Ministros señores Luis Maldonado, Juan Pomés y Armando Silva Henríquez, remitiéndose a las razones expuestas en el voto de minoría en causa de la expropiada María Cristina de la Sotta. No concurrió a la vista de la causa el otro Ministro disidente, don Rafael Retamal.

*“... falta de precisión [...] que entrega a este Tribunal la misión de indagar cuál o cuáles de las de las normas serían las contrarias al precepto constitucional que se invoca como contrapuesto...”*¹⁹ (Corte Suprema, 22 de abril de 1970).

d. El error en la cita legal no basta para declararlo inadmisibile. Se discutió en fallo pronunciado el 11 de octubre de 1971, si al formalizar el escrito, entretanto, en la parte atinente de la disposición de la Carta Fundamental (artículo 10 N° 10), a esta le fueron agregados nuevos incisos. El recurrente transcribió en su petición el pertinente inciso que antiguamente era el último pero que ahora había dejado por ello ser el final, -aunque mantuvo el lugar séptimo- por lo que no hubo dudas que la referencia que hacía era la que se suponía vulnerada. En otras palabras, no ofrecía dudas, aun cuando en la solicitud se hubiera errado el número del inciso correspondiente, y este fuera efectivamente el último de ese número, antes de que la Ley 17.450 le agregase otros a continuación. El máximo tribunal sentenció que no había objeciones formales:

*“... tanto por el contenido de toda su argumentación cuanto porque lo ha transcrito en su libelo”. (Cons. 1°)*²⁰

A su vez la Corte Suprema decidió que era inadmisibile un recurso de inaplicabilidad si se omitía indicar, precisa y determinadamente las disposiciones consideradas inconstitucionales²¹.

e. Pluralidad de juicios. Como ya tuvimos ocasión de ver anteriormente, el recurso de inaplicabilidad debe deducirse en relación con un juicio determinado. Por lo que no es procedente aquel interpuesto en varios juicios a la vez²². Pero ello no quiere decir que, por razones de economía procesal, el recurrente haya preferido deducir un solo recurso para diversos juicios, sobre todo si el que lo interpone se refiere a todos y cada uno de los procesos en que es parte. Así las cosas, se rechazó la inadmisibilidat planteada por varios exparlamentarios, cuando se dedujo por la Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas, recurso de inconstitucionalidad en tres juicios similares donde los ex congresales demandaban a la mencionada Caja solicitando se les pagara la pensión de jubilación a que les daba derecho la Ley 14.113, pudiendo jubilar o re jubilar en su caso. El organismo de previsión

¹⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1970, Tomo LXVII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 124.

²⁰ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1971, Tomo LXVIII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 302.

²¹ Corte Suprema, 31 de marzo de 1962, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1962, Tomo LIX, 2° Parte, Sección 1°, pág. 123.

²² Corte Suprema, 5 de julio de 1966, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1966, 2° Parte, Sección 1°, pág. 255.

señaló en su escrito que se vulneraban varios preceptos de la Constitución, entre ellos el N° 1 del artículo 10, ya que colocaba a los nuevos beneficiarios en una situación de excepción totalmente favorable en comparación con los demás contribuyentes. También acusaba el escrito que, al no proveer la mentada ley de recursos económicos necesarios, permitiéndole a un grupo de exparlamentarios obtener jubilaciones en condiciones abiertamente excepcionales, sin que mediara el recurso financiero que le permitiera el desembolso al cual se le obliga, contravenía el N° 9 del ya citado artículo 10 que asegura a todos los habitantes de la República la igual repartición de los impuestos y contribuciones en proporción de los haberes.

La Corte entra a conocer primero en cuanto a la procedencia. Los demandados contestaron en su escrito, cada uno separadamente, que se declarara improcedente la inaplicabilidad, porque comprendía causas distintas seguidas ante jueces de Juzgados diferentes y este recurso debía referirse a una causa concreta y determinada. El máximo tribunal respondió con fecha 21 de septiembre de 1962:

*“1°) ...es indispensable que [el recurso] deba deducirse en relación con un juicio determinado, y así quedó establecido en las actas de la Comisión redactora del actual texto constitucional. Pero ello no quiere decir que sea improcedente, cuando el que [lo] interpone se refiere expresamente a determinados juicios en que es parte [...] como ha ocurrido en este caso”*²³

Si bien el Tribunal Supremo rechaza el primer intento de los ex Diputados para declarar la inadmisibilidad del recurso, en cuanto al fondo lo declara por unanimidad sin lugar, aunque:

“... debido a su falta de financiamiento adecuado, puede llegar a conducir a una disminución del patrimonio de la Caja en perjuicio de los demás imponentes. Pero este grave defecto de la ley, no puede decirse que la convierta en una ley expropiatoria, o que limite el derecho de propiedad sobre los bienes que componen los fondos destinados a la previsión”
(Cons.12°)²⁴

f. Basta para interponerlo que exista la posibilidad de que una ley que se denuncia inconstitucional pueda ser aplicada en la cuestión debatida. Es decir, no es necesario que se tenga la certeza que dicha norma impugnada vaya en definitiva a encontrar aplicación al caso en cuestión. Así se señaló

²³ Revista de Derecho y Jurisprudencia, año 1962, Tomo LIX, 2° Parte, Sección 1°, pág. 352.

²⁴ Ibid.

en fallo fechado el 28 de septiembre de 1950, al rechazar esa tesis formal y darle por tanto un concepto más comprensivo que el correspondiente a que la disposición impugnada haya sido efectivamente aducida o no en el debate. En su consideración quinta, el alto tribunal de justicia expresa:

*“Que, de acuerdo con lo expuesto, la circunstancia de que las partes no se hayan apoyado precisamente en un precepto determinado, no restringe la facultad de la Corte Suprema para pronunciarse sobre la constitucionalidad de aquél, si dentro del procedimiento los tribunales llamados a conocer del asunto deben darle aplicación”*²⁵

Por tanto, no puede aceptarse la tesis referente a que al no invocarse por las partes contendientes un precepto legal, éste no puede ser objeto del recurso de inaplicabilidad, si dicho precepto regla cuestiones debatidas en el pleito²⁶.

g. Ley no invocada por las partes. Si las partes involucradas en un juicio no han hecho alegaciones en torno a una ley determinada, es decir no la han invocado o no se han apoyado en ella para hacer valer sus peticiones ante los jueces del fondo, ello no es óbice para que la Corte Suprema pueda pronunciarse sobre la constitucionalidad de ese precepto. Así se resolvió en juicio por expropiación seguido contra la Municipalidad de Santiago. Dicha Corporación edilicia, al evacuar el traslado conferido para responder del recurso de inaplicabilidad de las normas en que ella se apoyaba para el pago de la indemnización correspondiente, solicitó se rechazara, aduciendo que el máximo tribunal no podía pronunciarse en base a disposiciones legales cuya aplicación no había sido alegada por las partes involucradas. El alto tribunal, con fecha 16 de noviembre de 1950, rechaza esa cuestión previa al señalar que:

“Tal objeción no tiene valor legal, por cuanto para que pueda ser declarada inaplicable una ley basta que la cuestión propuesta en el juicio en que incide el recurso se halle regida por el precepto que se tacha de inconstitucional y que por lo tanto pueda o deba ser tomado en cuenta en el pronunciamiento que finalmente ha de dictarse”. (Cons. 2º)²⁷

²⁵ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1950, Tomo XLVII, 2º Parte, Sección 1º, pág. 431.

²⁶ Hay varias otras sentencias dictadas en el mismo sentido. Pueden revisarse las que aparecen en la misma *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, de fecha 25 de noviembre de 1953, Tomo L, 2º Parte, Sección 1º, pág. 479; 28 de noviembre de 1955, Tomo LII, 2º Parte, Sección 1º, pág. 376; y 15 de diciembre del mismo año y Tomo, 2º Parte, Sección 1º, pág. 399.

²⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1950, Tomo XLVII, 2º Parte, Sección 1º, pág. 485.

h. La Corte Suprema cuando resuelve el recurso debe hacerlo con prescindencia de los hechos del proceso; no cabe que resuelva el pleito. Con fecha 14 de diciembre de 1968, en recurso deducido por doña Alicia Riesco en medio de un proceso por expropiación, el máximo tribunal señaló que según el artículo 86 del Código Constitucional, a ella no le cabe sino una comparación concreta y objetiva entre el o los preceptos constitucionales y legales que se formulen como antinómicos. Es decir, se trata de un recurso de derecho estricto.

Bajo esa premisa se resolvió acogerlo por mayoría de votos.

Para la disidencia expresada en el fallo, compuesta por los Ministros señores Eduardo Ortiz Sandoval y Rafael Retamal, resulta erróneo que deba prescindirse de los hechos del pleito en que va a producir efecto, sólo teniendo en cuenta la posible contradicción entre el precepto legal que se dice inaplicable y el texto constitucional:

*“El error de esa tesis consiste en que debiendo la resolución que pronuncie la Corte Suprema, producir como resultado que en un juicio concreto el juez pueda o no aplicar una ley determinada, es absolutamente necesario para adoptar esa resolución conocer los hechos regidos por la ley que se dice inaplicable y por el precepto constitucional que se estima contradicho por ella. Sin hechos establecidos a los cuales aplicar el derecho común y constitucional no hay modo de determinar las normas que deben regir. Lo que más pudiera decirse sobre la característica meramente jurídica del recurso de inaplicabilidad en relación con los hechos del pleito, es que **no resuelve sobre ellos**, lo que no significa que pueda prescindir de los que sin materia del pleito respectivo; 2º) Partiendo de la base propuesta, es evidente que existe la necesidad de conocer el asunto de hecho sobre que versa el pleito en que debe producir efecto la resolución que se dicte, para resolver el recurso pendiente de inaplicabilidad. Si los hechos del pleito no estuviesen regidos por la ley que se dice inaplicable y por el precepto constitucional eventualmente contradicho por ella, es claro que el recurso no podría ser acogido”*

Para la minoría, ese argumento le permite al máximo ente judicial resolver casos concretos y no teóricos, sin el riesgo de que ocurra que la Corte se aparte de la esa norma general, sin desobedecer además las obligaciones que tiene que decidir a la luz del artículo 86 de la Carta Política, cual es el de decidir si una ley es o no aplicable en un juicio concreto en actual tramitación. Finalmente, los Ministros señores Ortiz Sandoval y Retamal

López dejan entrever la posibilidad cierta de que la acción de inaplicabilidad pueda interponerse dictada ya una sentencia de segunda instancia, estando pendientes recursos ante el mismo máximo tribunal:

*“Y para prevenir la objeción de que un litigante habilidoso podría burlar la procedencia del recurso de inaplicabilidad discutiendo los hechos, es necesario esclarecer desde luego que tal peligro queda siempre conjurado en un momento procesal: la dictación de la sentencia definitiva de segunda instancia donde los hechos deben quedar establecidos de manera irrefutable. En tal caso, el recurso de queja o los de casación serían adecuados para hacer posible el de inaplicabilidad”*²⁸

7. Pendiente recurso de casación. ¿Lo hace inadmisibile?

Siguiendo en parte la línea argumental de la parte final del voto disidente recién analizado, en cuanto a que la circunstancia de que el juicio donde se intenta la declaración de inaplicabilidad de una ley se halle fallado en primera y segunda instancias, no obsta a que pueda interponerse recurso de inconstitucionalidad si es que existe recurso de casación pendiente. Como vimos, el voto de minoría recién visto lo dice expresamente.

Así se resolvió con fecha 18 de octubre de 1954 en la acción posesoria especial sobre denuncia de obra nueva en contra del Fisco ante el Segundo Juzgado de Letras de Antofagasta, por habitaciones que se construían en lo que reclamaba eran de propiedad del actor. Don Ernesto Núñez Toro la había presentado a fin de que se ordenara su suspensión. El Fisco solicitó el rechazo de la acción, sosteniendo que el denunciante no tenía actualmente ni el dominio ni la posesión, haciendo presente que la expropiación es título y modo de adquirir el dominio, y que ésta se perfeccionó con la dictación del correspondiente decreto supremo.

Cabe señalar que había reclamación y se encontraba pendiente la resolución de la justicia acerca del valor de la expropiación, por tanto el denunciante de obra nueva estimaba que mientras no se resolviera ese reclamo, el Fisco no podía ocupar los terrenos en cuestión. En primera y segunda instancias se negó lugar a la querrela posesoria, por lo cual se dedujo recurso de casación en el fondo. A juicio de los sentenciadores la denuncia de obra nueva de que se trata no ha podido prosperar porque no obstante el derecho de dominio y la posesión que se reconocen al

²⁸ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1968, Tomo LXV, 2º Parte, Sección 1º, pág. 378.

denunciante, el Fisco se encontraba por las Leyes números 3.313 y 8.080, autorizado para tomar posesión del terreno materia de la expropiación una vez practicado su avalúo. En el escrito, el recurrente de fondo señaló que no ha habido perfeccionamiento del decreto supremo de expropiación por medio de escritura pública, así como tampoco su respectiva inscripción, ni pago previo de la indemnización al dueño (la que en este caso debía ser fijada por sentencia judicial), por tanto, el Fisco no había podido actuar como lo hizo.

La Corte Suprema al dictar sentencia, comienza por señalar varios elementos que sirven de base para la entrega de este trabajo. En su considerando 4° señala lo que a continuación se indica:

*“... los jueces de la instancia carecen de facultad para avocarse al estudio y resolución del problema relativo a la inaplicabilidad de las leyes, por ser contrarias la Constitución, puesto que dicho Estatuto, en su artículo 86, reserva en forma exclusiva a la Corte Suprema [esa] atribución...”*²⁹

Es decir, el máximo tribunal reafirma su tesis de que sólo él es el único organismo jurisdiccional que puede hacer tal declaración, no pudiendo los demás prescindir de dar aplicación a una ley so pretexto de estimarla contraria a la Ley Primera. Empero, acto seguido, la Corte repara que con fecha 13 de mayo de 1954, ella misma, conociendo en un recurso la inaplicabilidad de las mismas Leyes números 3.313 y 8.080, lo había acogido en este juicio en particular. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique (superior jerárquico de los Juzgados antofagastinos en esa época), que rechazó la apelación y por consiguiente rechazó la mentada denuncia de obra nueva, tiene fecha 6 de mayo de 1954 -sólo unos pocos días antes-. Por tanto, en el considerando 7°, el máximo tribunal se encarga de señalarlos:

“Que entre los principios doctrinarios en que se sustenta el recurso de casación en el fondo, se encuentran incorporados a la legislación positiva como artículos 775, 785 y 807 del Código de Procedimiento Civil, aquellos según los cuales, interpuesto el recurso, no puede hacerse en él variación de ninguna género; el que limita la jurisdicción de la Corte Suprema, al dictar la sentencia de reemplazo, a los hechos tales como se han dado por establecidos en el fallo recurrido...”, para continuar en su consideración siguiente: “Que a pesar de la claridad de dichos postulados, en el caso de autos, el tribunal no puede desentenderse de la resolución dictada

²⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1954, Tomo LI, 2° Parte, Sección 1°, pág. 503.

por la propia Corte Suprema, declarando inaplicables, para este juicio, las aludidas disposiciones de las Leyes N.os 3313 y 8080, al acoger el respectivo recurso promovido por el recurrente, declaración que, por lo demás, también habría estado facultado para hacerla de oficio al conocer del presente recurso, a virtud de lo preceptuado en el mismo artículo 86 de la Constitución, porque de no estimarse así resultaría inoperante, carente de todo contenido real y efectivo, el fallo dictado por este Tribunal Supremo precisamente al conocer de un recurso extraordinario y fundamental instituido por la Constitución Política en resguardo del acatamiento que las leyes deben guardar a los principios básicos en que descansa el orden jurídico de la República”³⁰ (Nota del Autor: el subrayado es nuestro).

Es decir, los tribunales de la instancia no estuvieron en las condiciones de ajustar su sentencia a lo resuelto en el fallo por la inaplicabilidad concedida: la de los artículos que apoyaban las pretensiones del Fisco, pues ya habían fallado antes de que la inaplicabilidad fuera conocida y en definitiva aceptada. Pero tal circunstancia no fue impedimento para que -en la etapa del procedimiento-, el tribunal ante quien se encuentra pendiente el recurso de casación en el fondo -la Corte Suprema misma-, ajustara el fallo cuya eficacia legal no le era posible desconocer. El máximo tribunal entendió que no se trataba en la especie de establecer hechos controvertidos susceptibles de ser acreditados por las partes, y cuyo establecimiento corresponde en forma privativa a los jueces del fondo, pero tampoco podía hacer caso omiso que, en el ínterin, el mismo Supremo Tribunal -ésta vez en Pleno- haya acogido la inconstitucionalidad de los artículos mencionados. Por ello, por decisión de seis votos contra uno, determinó casar la sentencia de segunda instancia, porque ella ha descansado en un estatuto legal que no era pertinente, haciendo una falsa aplicación de esas leyes que fueron *decisoria litis*, resultando así infringidos con influencia substancial en los dispositivo del fallo, los artículos 10 N° 10 de la Constitución y los artículos 528, 724, 728 y 924 del Código Civil, porque de no haberse producido su quebrantamiento debió haberse necesariamente acogido la denuncia objeto del juicio, y acto seguido -en sentencia de reemplazo-, declara que ha lugar la querrela posesoria, dando razón en definitiva al demandante. En la Sala, por acoger el recurso de casación de fondo planteado, se pronunciaron los Ministros Rafael Fontecilla Riquelme (presidente), Octavio del Real,

30 Ibid.

Manuel Montero, Ramiro Méndez y Eduardo Varas, además del Abogado Integrante Ramón Contreras. En voto de minoría estuvo el magistrado Pedro Silva Fernández, quien señaló que los jueces del grado:

“no pudieron prescindir de dar aplicación a las leyes 3313 y 8080, y por consiguiente al aplicarlas, no infringieron las expresadas leyes [las disposiciones del Código Civil], ni el artículo 10 N° 10 de la Constitución Política, y en esta situación, las demás transgresiones legales que se aducen en su recurso, no tienen influencia en lo dispositivo”³¹

Pero distinto es el caso que a continuación presentamos: la Corte Suprema de Justicia, estimó en fallo pronunciado el 4 de diciembre de 1945, que, conociendo de un recurso de casación en el fondo, podía declarar de oficio la inaplicabilidad de un precepto legal.

Se discutía el límite al valor de una expropiación, reclamando del avalúo practicado por una comisión designada para esos efectos. En ambas instancias se consideró que la valorización de los terrenos materia de la expropiación debía realizarse según lo dispuesto en la Ley de 18 de julio de 1857, las Leyes 3313 y 6008 y el artículo 10 N° 10 de la Constitución Política, tal y como lo pretendía el recurrente don Osvaldo Mujica Valenzuela cuando se presentó ante el Segundo Juzgado Civil de Santiago, reclamando del avalúo inicial practicado, pidiendo que se le pagase una indemnización mucho más alta que la pretendida desembolsar por el Fisco. El Presidente del Consejo de Defensa Fiscal (hoy Consejo de Defensa del Estado), estimaba que los tribunales sentenciadores no habían dado aplicación a las disposiciones legales que sí eran atingentes a la materia: la mencionada Ley 6008 en su artículo 5° que dispuso que las expropiaciones se llevarían a cabo en conformidad a la Ley N° 3313, de 21 de Septiembre de 1917 y al Decreto con Fuerza de Ley N° 345 de 30 de mayo de 1931, que en su artículo 73 inciso final, señaló que las expropiaciones ordinarias o extraordinarias en cuanto al precio que se fije al terreno del inmueble expropiado no podrán ser en caso alguno, superior en más de un 10% al valor que tuviere asignado dicho terreno en el avalúo vigente. Es decir, el Fisco estimaba que al no darse aplicación al mentado Decreto con Fuerza de Ley 345 se había infringido la Ley 6008 -reguladora de la materia- que ordenaba en forma perentoria que las expropiaciones debían realizarse con arreglo al ya citado Decreto con Fuerza de Ley. Al fallar de esa manera -se dijo por el Consejo de Defensa en su escrito de casación de fondo- la Corte de Apelaciones de Santiago -que había confirmado a su vez la sentencia de primera instancia-, había infringido la norma legal aludida, y dicha infracción influyó substancialmente en lo

³¹ Ibid., voto de minoría.

dispositivo del fallo, declarando que el avalúo que corresponde no es el del 10% del valor asignado al terreno, sino el practicado por la comisión designada (que se denominó Comisión de Hombres Buenos). El máximo tribunal, conociendo del recurso -el que rechaza en voto unánime-, señaló lo que sigue:

“3º) ... el artículo 73 en su inciso final [del Decreto con Fuerza de Ley N° 345], limita el alcance de la garantía otorgada por la Constitución, al determinar las normas a que debe ceñirse el resarcimiento de los daños ocasionados por la expropiación, pues obliga al Tribunal a no exceder ciertos límites prefijados, aun cuando aparezca que la suma resultante, no refleja fielmente los perjuicios que acarrea la venta forzada al expropiado” ³².

Pero es en el considerando 5º donde la Corte señala que, según lo preceptuado en el artículo 86 de la Constitución, ella puede declarar inaplicable en juicio determinado cualquier norma legal contraria a ella y termina declarando de oficio inaplicable el artículo 73 inciso final del DFL N° 345, señalando además que es

“... carente de objeto preocuparse de las infracciones de ley alegadas, porque si una de ellas es inaplicable al juicio por contravenir preceptos constitucionales, es obvio que el recurso no puede prosperar...” (Cons. 6º)

La Sala que dictó esa resolución unánime lleva la firma de los Ministros señores Alberto Novoa, Romilio Burgos, Alfredo Rondanelli, Juan B. Ríos, Malcom Mac Iver y Manuel I. Rivas, además del Abogado Integrante don Alberto Cumming ³³.

³² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1945, Tomo XLIII, 2º Parte, Sección 1º, pág. 289.

³³ Al respecto, cabe consignar que el Auto Acordado de la Corte Suprema de Justicia sobre *Substanciación del Recurso de Inaplicabilidad de las Leyes*, que ella dictara con fecha 22 de marzo de 1932, y que se transcribe íntegro, indicó que tal acción la conocería el Tribunal Pleno. ¿Debió la Sala enviar los antecedentes a éste para su resolución? El profesor Raúl Bertelsen a su vez llama la atención, en cuanto a que no fueron muchas las ocasiones en que el máximo tribunal de justicia, al encontrarse resolviendo “*de un asunto para el cual es competente, ha declarado la inaplicabilidad de un precepto legal que debía tener aplicación en ese caso, habiéndolo desestimado en razón de su inconstitucionalidad*”, y pone como ejemplo el caso <<Mujica con Fisco>>, aquí relatado. Lo anterior, en BERTELSEN REPETTO, Raúl, *Control de constitucionalidad de la ley*, Editorial Jurídica de Chile, año 1969, págs. 145 y 146.

El Auto Acordado fue del siguiente tenor:

“*En Santiago*, a veintidós de marzo de 1932, se reunió la Excma. Corte Suprema, en acuerdo extraordinario, presidida por don Javier Ángel Figueroa, y con la asistencia de los Ministros señores: Oyanedel, Trucco, Novoa, Burgos, Alonso, Schepeler, Rondanelli, Silva Cotapos, Fontecilla y Hermosilla, y teniendo presente:

8. No procede ante las gestiones que se ventilan ante el Tribunal Calificador de Elecciones

Se discutió también bajo el imperio de la Constitución Política de 1925, si el recurso de inaplicabilidad procedía en las gestiones que conocía el Tribunal Calificador de Elecciones. Se entendió entonces que no se trataba de resolver un caso particular que debía conocer la Corte Suprema, ni tampoco de juicios pendientes que se siguieren ante otro tribunal, pues los reclamos ante tribunales electorales no constituían juicios seguidos ante un tribunal de justicia.

En el sentido antedicho había manifestado su opinión don Mario Bernaschina, por cuanto el precepto constitucional sólo se refería a juicios pendientes que se ventilasen ante otros tribunales, pero que formaran parte del Poder Judicial ³⁴.

Así se dijo en la petición hecha con fecha 4 de enero de 1933 por el Senador don Gonzalo Urrejola, quien ante el Tribunal Calificador interpuso reclamo de la medida del Gobierno *de facto* de la época, que disolvió el Congreso Nacional mediante la dictación de tres decretos-leyes consecutivos. Se dictaron otros dos (con el primero se ordenaba su disolución), ordenando otro que se procediera a nuevas elecciones, y el último, que estas se efectuaran el 30 de octubre de 1932. En esa elección, en la agrupación de las comunas de Ñuble, Concepción y Bío-Bío -que lo habían elegido parlamentario a él-, se había votado por otros cinco ciudadanos en tal carácter, uno de los cuales lo reemplazaría en el cargo. Solicitó por tanto en el recurso de inaplicabilidad, que la Corte Suprema procediera de conformidad con la facultad concedida por el artículo 86 de la Constitución, y, declarara inaplicables dentro del reclamo seguido ante

“Que ni la Constitución, ni las leyes procesales han reglamentado la tramitación a que debe someterse el recurso de inaplicabilidad que confiere el artículo 86 de esa Carta; y por consiguiente se hace necesario fijarla para asegurar la defensa a que tienen derecho los interesados.

“Al respecto acuerda:

“Presentado el escrito, se conferirá traslado común de seis días, aumentados con el emplazamiento que corresponda según la tabla, a las demás partes en el pleito. Transcurrido el plazo antedicho, con o sin la respuesta de los interesados, se pasarán los antecedentes para que dictamine el señor Fiscal; y evacuado el trámite se pondrá la causa en tabla para su vista y fallo como los otros asuntos de que conoce el Tribunal Pleno.

“Para debido testimonio se levanta la presente acta que firman los SS. SS. Ministros y el Secretario: J. A. Figueroa.- Humberto Trucco.- A. Oyanedel.- C. Alberto Novoa.- Romilio Burgos.- Roberto Alonso.- Gregorio Schepeler.- Alfredo Rondanelli.- G. Silva Cotapos.- Mariano Fontecilla.- J. M. Hermosilla.- Claudio Droguett, *Secretario*”.

34 BERNASCHINA, Mario, *La Constitución chilena*, Editorial Jurídica, Santiago, año 1953, pág. 106.

la justicia electoral, los tres Decretos-Leyes, previendo de ese modo que el Tribunal Calificador no contaba con la facultad constitucional de hacer tal declaración de inaplicabilidad. El Fiscal de la Corte, expuso que el recurso a que hace alusión el artículo 86 de la Carta Política corresponde a un orden estrictamente judicial, por lo tanto, éste debía desecharse; acto seguido, en su consideración el máximo tribunal señaló:

“4°) Que una reclamación electoral no es juicio, porque en ella no se persigue la aplicación del derecho privado, no hay partes litigantes, ni se ejerce una acción fundada en una ley, ni se deducen excepciones para enervar o destruir esa acción; 5°) Que tampoco las reclamaciones están sometidas a la decisión de un Tribunal de Justicia, porque el Calificador de Elecciones, aunque se llame así, no es Tribunal, sino una creación de derecho público interno destinada a reemplazar a las Cámaras Legisladoras en la facultad soberana que tenían de calificar la elección de sus miembros y las del Presidente de la República, durante la vigencia de la Constitución de 1833”³⁵

El fallo fue unánime, pero contó con la prevención de los Ministros señores Mariano Fontecilla y José M. Hermosilla, que no aceptaron los fundamentos más arriba expuestos, y tuvieron presente en su lugar que:

“... determinadas las atribuciones de este Poder Público [el Judicial], los Tribunales siempre han evitado de hacer declaraciones en abstracto, y no cabe duda, que para conocer de la inaplicabilidad que se le proponga, debe ésta incidir en controversias sometidas a los Tribunales cuya órbita de acción esté de alguna manera bajo los dictados de la Corte Suprema para que pueda hacer efectiva su resolución [...] pero sobre el tema propuesto no recaerá sentencia judicial alguna librada por esos Tribunales Ordinarios, y mal puede, entonces, estar llamada la Corte Suprema a hacer declaraciones que carecerían de medios para lograr su acatamiento; de la misma manera que no lo haría si se tratara de casos que el legislador sometiera a la decisión o fallo de un funcionario de otro orden que el Judicial propiamente hablando”³⁶

³⁵ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1933, Tomo XXX, 2° Parte, Sección 1°, pág. 176.

³⁶ *Ibid.*, prevención. Integraron el Tribunal los Ministros señores Alberto Novoa, Gregorio Schepeler, Mariano Fontecilla, José M. Hermosilla, Eulogio Robles Rodríguez y los Abogados Integrantes señores Eliseo Cisternas Peña y Ricardo Montaner Bello.

Misma decisión tomó el alto tribunal el 4 de julio de 1935, al conocer de un recurso de inaplicabilidad intentando en contra del artículo 56 letra b) de la Ley 5357 que establecía los requisitos para ser elegido Regidor. Trataba de una solicitud de inhabilidad de un ciudadano designado como tal en las elecciones del 7 de abril de ese año, y que tenía el agregado de que se tramitaba ante los tribunales ordinarios: específicamente ante el Juzgado de Letras de Rancagua.

El Fiscal de la Corte Suprema -al solicitársele el Informe de rigor-, opinó en idénticos conceptos que el caso anotado anteriormente, en cuanto a considerar que las controversias electorales no son controversias jurídicas entre partes litigantes sometidas a fallo de un tribunal de justicia, señalando además que aunque la aludida reclamación haya sido presentado ante un Juez de Letras, no correspondía su decisión a él, sino que la competencia correspondiente era del Tribunal Calificador Provincial, organismo que no es de la Administración de Justicia. En su consideración 4°, el máximo tribunal señala que los jueces ordinarios:

*“son ajenos a todo lo que concierne a reclamaciones formuladas acerca de una elección municipal, sea que se trata de vicios generales o de casos particulares que miran a la inhabilidad de un ciudadano que resulte elegido para el cargo, asuntos de incumbencia exclusiva del Tribunal Calificador”*³⁷

En la sentencia recaída en recurso de inaplicabilidad fechado el 7 de julio de 1941 por reclamo electoral, por habersele permitido a un ciudadano español nacionalizado en Chile y que aún no había completado el plazo de cinco años de exigencia para que tuviera opción a cargos de públicos de elección popular, incluso el máximo tribunal señala que:

*“la ley de 15 de octubre de 1875 [Ley de Organización y Atribución de los Tribunales], cuyo artículo 4° prohíbe al Poder Judicial mezclarse en atribuciones de otros Poderes y, en general, ejercer otras funciones que las que le fueren legalmente señaladas” (Cons. 2°). Y finaliza diciendo que la petición intentada “... está fuera de las atribuciones de este Tribunal”*³⁸

En sentido totalmente contrario, y rechazando la tesis esgrimida por el Tribunal Supremo, se manifestó en su Memoria de Prueba don Sergio

³⁷ Revista de Derecho y Jurisprudencia, año 1935, Tomo XXXII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 415.

³⁸ Revista de Derecho y Jurisprudencia, año 1942, Tomo XXXIX, 2° Parte, Sección 1°, pág. 96.

Palacios Lira, para quien la Corte Suprema sí contaba con facultades para conocer de las inaplicabilidades intentadas. Fundó su parecer de la siguiente manera:

*“A nuestro juicio, la Corte está facultada para conocer del recurso de inaplicabilidad en las gestiones de que debe conocer y resolver el Tribunal Calificador de Elecciones, fundando esta opinión en la letra de la Constitución, la que dice que este recurso procede en todo juicio que ‘se siguiere ante otro Tribunal’, y al no indicar este precepto a qué tribunales se refiere, implícitamente se refiere a que su jurisdicción abarca a todos los tribunales de la República, cualquiera sea su naturaleza, y ello es lógico porque a la Corte Suprema se le ha entregado la correcta aplicación e interpretación de las leyes, no pudiendo sustraerse a tan importante función el conocimiento de la interpretación de las leyes electorales”*³⁹

Para este autor no hay lugar a dudas que la Ley General de Elecciones, aprobada bajo el N° 12.891 (que refundió en un sólo texto la Ley N° 9.334), donde preceptúa que las solicitudes de rectificaciones de escrutinios y las reclamaciones de nulidad de elecciones deben presentarse ante el Juez de Letras del departamento respectivo, ante el cual se rendirán las informaciones y contra informaciones que se produzcan. Los vicios y defectos que pudieren dar mérito para la nulidad se podrán probar ante el Juez Letrado, desde el momento en que se ejecuten (inciso 1° art. 96)

En el inciso 3° del mismo artículo, regla que el Juez de Letras remitirá, sin pronunciarse, todos los antecedentes reunidos al Director del Registro Electoral -como Secretario del Tribunal Calificador- apenas se venza el plazo correspondiente.

Agregando el artículo 97 que: *“No se podrán formular reclamaciones de nulidad de una elección ante el Tribunal Calificador sin que hayan pasado por las tramitaciones establecidas en esta ley, ante el Juez de Letras”*.

Estas prescripciones para el autor, lejos de destruir su argumento,

“al contrario, lo corroboran, en el sentido de que ellas reconocen la existencia de un juicio, toda vez que nos señala la intervención de partes que recurren al juez presentando sus reclamaciones de nulidad -hay controversia- debiendo éste remitir esas informaciones y contra informaciones al

³⁹ PALACIOS LIRA, Sergio, obra cit., Memoria de Prueba, Universidad de Chile, Editorial Universitaria, año 1962, pág. 119.

Director del Registro Electoral, que desempeña las funciones del Tribunal Calificador, quedando entregado a éste último la decisión del asunto controvertido”⁴⁰

El Tribunal Calificador de Elecciones por su parte, declaró que carecía de competencia para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las leyes, y en consecuencia, sobre si pudo o no reformarse el Decreto-Ley N° 542 por el Decreto-Ley N° 710⁴¹.

9. Los Decretos Supremos y el recurso de inaplicabilidad

Quedó establecido que sólo los preceptos legales contrarios a la Constitución Política podían atacarse mediante el recurso de inaplicabilidad. Por precepto legal se entienden las leyes propiamente tales -definición ésta realizada en el primero de los artículos del Código Civil- y los decretos con fuerza de ley. Dicho lo anterior, se excluyen por tanto de la esfera propia del recurso de inconstitucionalidad las demás disposiciones de la autoridad: entiéndanse decretos, reglamentos, ordenanzas, simples providencias y órdenes escritas. Cada régimen, sea éste el administrativo como el judicial, consultan medios y recursos adecuados para obtener que no se apliquen aquellas ordenaciones en cuanto fueren contrarias a la Constitución, a la ley ordinaria o a otras normas vigentes que deban prevalecer en cada caso. Así se resolvió el 23 de septiembre de 1937, al rechazarse la inaplicabilidad impetrada contra un Reglamento de Desvíos dictado por la Municipalidad de Santiago, reglamento que habilitaba a dicha Corporación para cobros de derechos de concesión y vía férrea, por cuanto

“...es requisito esencial del recurso de inaplicabilidad que él se dirija a obtener la no aplicación de un precepto legal...”, y porque “existen en la Ley de Municipalidades [...] el derecho de reclamo para que se declare la ilegalidad de cualesquiera resoluciones municipales, dentro de los plazos que se señalan para los diversos casos”⁴²

Cuando se discutió en el seno del Tribunal Supremo, el 30 de septiembre del mismo año si las Leyes 4092, 4093 y 4075, todas de 1936, en base a las cuales el Presidente de la República, mediante los Decretos Supremos N.os 404 y 658 del Ministerio de Guerra (hoy de Defensa) y N° 455 del

⁴⁰ Ibid., pág. 120.

⁴¹ Tribunal Calificador de Elecciones, 12 de febrero de 1926, 4ta. Circunscripción, Reclamo, Luis González Guerrero.

⁴² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1938, Tomo XXXV, 2° Parte, Sección 1°, pág. 64.

Ministerio de la Marina de ese entonces, derivados de las leyes citadas, podían imponer obligaciones en el carácter de impuestos en favor de los intereses generales del Estado, en manera de deducciones o rebajas sobre las pensiones del personal del Ejército y de la Armada, así como también de la Policía y Carabineros, se centró la discusión en dos aspectos centrales: la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las mentadas leyes, pero también de los Decretos Supremos dictados por el Jefe de Estado en uso de sus atribuciones procediendo respecto de las primeras. Los afectados reclamaron que, haciéndose uso de todas las disposiciones anotadas, se les afectaba su derecho de propiedad protegido por la Carta Política. Entre otras consideraciones, respecto de las normas legales, la Corte resolvió:

“el Congreso Nacional puede, por medio de una ley, imponer contribuciones de cualquier clase o naturaleza, suprimir las existentes, determinar su repartición, proporcionalidad o progresión [...] y en virtud de sus propias atribuciones, dictó las leyes tributarias cuya declaración de inaplicabilidad se reclama en este recurso”,

para continuar diciendo que la petición de declaración de inaplicabilidad respecto de actos distintos a la ley es cuestión diametralmente distinta e:

*“improcedente hacerla con respecto de los Decretos Supremos N.os 404, 658 y 455, dictados por el Presidente de la República en virtud de sus propias atribuciones [...] porque tales decretos tuvieron por objeto regularizar o determinar la oportunidad en que procedía aplicar las rebajas que esas leyes hicieron”*⁴³

El rechazo de la inaplicabilidad solicitada por don Alfredo Arenas Aguirre por sí y por las personas que representó mediante mandato, fue acordado por ocho votos contra uno.

En la minoría, el Ministro don Mariano Fontecilla Varas, consideró que las jubilaciones cuando son concedidas, adquieren los caracteres y la fuerza inamovible de un verdadero contrato implícitamente aceptado por el favorecido e incorporado a su patrimonio, representando un crédito que tiene todos los caracteres del dominio o propiedad sobre cosa incorporal. Pero en el punto 4° de su disidencia, es donde engloba a las leyes citadas y a los Decretos Supremos mencionados, en un todo:

“Que basta con leer el texto de los preceptos que se objetan como inconstitucionales [...] para observar que se está en presencia de una rebaja lisa y llana de pensiones ya decretadas y que se percibían por los interesados”

⁴³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1938, Tomo XXXV, 2° Parte, Sección 1°, pág. 78.

El disidente dejó además establecido que los derechos patrimoniales reconocidos por la legislación (a través de Decretos o Leyes), adquieren la inviolabilidad asegurada a todas las propiedades, y es inaceptable que puedan ser modificados por una sola de las partes:

*“De otra manera permanecerían inestables infinitas situaciones que tuvieran ese origen. La Carta Fundamental cuando ha dejado sujeta una situación a la voluntad soberana del Ejecutivo o Legislativo lo ha manifestado expresamente; como cuando asegura a ciertos empleados su estabilidad mientras ‘cuentan con la confianza del Presidente de la República’, como cuando da atribuciones para ‘cancelar personalidades jurídicas’ y como cuando deja la ley la facultad de reglamentar ciertas garantías”*⁴⁴

Este magistrado tendrá una participación destacada en otros fallos donde debió pronunciarse, y que veremos más adelante con ocasión de otros temas de importancia.

El 27 de octubre también de 1937, el máximo tribunal volvió a responder, en recurso de inaplicabilidad interpuesto en juicio de injurias por don Julio Stuardo, que éste es para dejar sin aplicación un precepto legal contrario a la Constitución, pero que éste no puede referirse a los decretos supremos,

*“cuya determinación corresponde a los jueces de la instancia”*⁴⁵

En el recurso interpuesto por don Alberto Schott, el 28 de junio de 1943, se rechazó la inaplicabilidad solicitada, aunque se dijo por la Corte Suprema que:

“...aunque los Decretos Supremos quedan excluidos de los términos empleados por el legislador para puntualizar los eventos en que procede el recurso que se ha entablado, ello no obsta a que los jueces de la causa los aprecien, a efecto de resolver acerca de la inteligencia y del valor que se les debe dar”^{46 47}

44 Ibid., voto de minoría.

45 *Gaceta*, año 1937, 2º semestre, sentencia N° 127, pág. 532.

46 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1943, Tomo XLI, 2º Parte, Sección 1º, pág. 37.

47 La Corte Suprema, en fallo de 27 de septiembre de 1972, conociendo de un recurso de queja -deducido por el Director Propietario de la empresa periodística “*La Mañana*” don Juan Bravo, dirigido en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Talca, a propósito de la confirmatoria de ésta de negar a entregar a su dueño el recinto donde operaba el informativo, debido a que el Ministerio del Trabajo había decretado (mediante el Decreto

Asimismo, en fallo pronunciado el 4 de diciembre de 1951 en recurso interpuesto por don Francisco Araneda Zamorano y otros, donde se intentaba demostrar por el recurrente no la inconstitucionalidad sino la ilegalidad de un Decreto, basada en el hecho de no conformarse éste con los preceptos de la Ley N° 7295, se señaló -al rechazar también la inaplicabilidad impetrada- que éste es:

Supremo N° 288, de 28 de febrero de 1972) el nombramiento de un Interventor de acuerdo con la Ley de Seguridad Interior del Estado que se haría cargo de su Administración-, en definitiva lo acogió por fallo de cuatro votos contra uno, declarando que los magistrados del alto tribunal maulino habían cometido abuso al actuar como lo hicieron, y ordenó por ello notificar al Interventor que debía abstenerse de seguir desempeñando su cargo, debiendo restituir el inmueble. El Tribunal Supremo, después de citar a varios tratadistas chilenos que se extendían sobre conceptos como “El Estado de Derecho y el Derecho Público” y la “constitucionalidad de las normas que materializan la acción del Estado”, recuerda que en variadas ocasiones han existido sentencias suyas -especialmente la de 3 de mayo de 1967- donde se ha establecido que “si bien los tribunales de justicia carecen de jurisdicción para dejar sin efecto un Decreto Supremo, en razón de su ilegalidad, se encuentran plenamente facultados para desconocer eficacia al acto de autoridad que excede los límites que le han fijado la Constitución y las Leyes, cuando dicho problema se discute dentro de un proceso cuyo conocimiento les corresponde, puesto que si se privara al juez de la libre apreciación de la eficacia que revisten los Decretos Supremos, quedaría impedido de ejercer cumplidamente sus funciones”. Por la mayoría estuvieron en la Sala los Ministros señores Eduardo Varas (presidente), José María Eyzaguirre, Israel Bórquez y el Abogado Integrante don Raúl Rencoret.

En la minoría, el magistrado don Eduardo Ortiz Sandoval, estimó que el decreto de la Secretaría del Trabajo no era inconstitucional, porque su objetivo sólo era la normalización de funcionamiento de las faenas, lo que no colisionaba con la Carta Fundamental en cuanto a la garantía constitucional de emitir libremente las opiniones. Y en el evento que el Interventor así lo hiciera -violentando el espíritu y el texto de dicho decreto-, *“otros serían los medios a que habría que recurrir...”*. El disidente continuó en el intento de demostrar que el decreto gubernativo tampoco sería ilegal, porque a decir del propio recurrente, al señalar que su actividad no se encuadra dentro del articulado atingente de la Ley de Seguridad Interior, que permite que ‘en caso de paralización de industrias vitales para la economía nacional o de empresas de transportes, productoras o elaboradoras de artículos o mercaderías esenciales para la defensa o para el abastecimiento de la población nacional o que atiendan a servicios públicos o de utilidad pública el Presidente de la República podrá decretar la reanudación de faenas con intervención de las autoridades civiles o militares’, lo que ha hecho -según el Ministro señor Ortiz Sandoval-, al asegurar el quejoso en su escrito <<que se encuentran paralizadas las actividades [...] del único Diario de la localidad [lo] que acarrea múltiples problemas a la población, por cuanto ellos significa la falta de información en las publicaciones de tipo judicial y legal, tales como: remates judiciales, constitución de sindicatos, etc....>>, no ha hecho sino confirmar y dar la razón a *“que los problemas que se dejan indicados son de importancia pública y su solución a través de un diario tiende a satisfacer la utilidad pública [...] **asimismo es de utilidad pública** el que las labores del diario no sean paralizadas porque produciría la cesantía del numeroso personal técnico que en ellas labora con las perniciosas consecuencias de todo orden para sus respectivos núcleos familiares”*. Al ser la empresa en cuestión de “utilidad pública”, el Jefe de Estado puede decretar la reanudación de faenas, por lo que **“el Decreto 228 no es atentatorio contra nuestra Carta Fundamental ni es ilegal por no contraponerse al artículo 38 de la Ley de Seguridad del Estado...”** (Considerando 20° de la disidencia). *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1972, Tomo LXIX, 2° Parte, Sección 4°, pág. 159.

*“una vía judicial que está reservada sólo a aquellos casos en que un precepto legal contraría en su contenido alguna disposición de la Carta Fundamental”, y que si el indicado Decreto “tiene relación inmediata y de dependencia con la ley cuyo cumplimiento reglamentan [,] sus disposiciones serán ilegales si contravienen a la ley reglamentada; y la aplicación que se hiciere por algún tribunal de alguna de esas disposiciones ilegales, quedará sujeta a ser corregida por los recursos de apelación o de casación que procedan”*⁴⁸

Al acogerse el 28 de octubre de 1961⁴⁹, la acción de inconstitucionalidad planteada por doña Roma Pennacchiotti, en juicio seguido ante el Primer Juzgado Civil de Valparaíso contra el Fisco de Chile sobre reclamo de avalúo, se declararon inaplicables los preceptos de ley denunciados, pero en la parte tocante del Decreto Supremo N° 251 (conocido también como Reglamento de Expropiaciones), se lo declaró improcedente, siguiendo de esa forma la tesis sustentada por el Fiscal de la Corte Suprema, que había reparado que este último no tiene el carácter de precepto legal.

Para finalizar el punto referente a los decretos supremos, finalizaremos dando a conocer el Informe que el Ministerio Público (hoy denominado Ministerio Público Judicial) emitió en su vista el 14 de marzo de 1964, contenido en el recurso deducido por don Jorge Manzur, donde se pedía la declaración de inaplicabilidad del Decreto Supremo N° 63 del Ministerio de Obras Públicas (y de Vías), de 6 de febrero de 1960, por ser ilegal. El Fiscal del máximo tribunal de justicia, don Urbano Marín Rojas, señaló al evacuar su Dictamen que:

*“están excluidas de la materia propia de este recurso las demás disposiciones u ordenaciones emanadas de la autoridad pública, desde las simples providencias u órdenes escritas, hasta los decretos, los reglamentos y las ordenanzas. Corresponde a todos los tribunales apreciar y resolver sobre la constitucionalidad y la legalidad de tales ordenaciones que no revisten el carácter de preceptos legales”. Y el decreto de marras “es un simple decreto supremo o reglamento dictado por el Presidente de la República en virtud de su potestad reglamentaria y no un decreto con fuerza de ley o un cuerpo legal”*⁵⁰

48 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1951, Tomo XLVIII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 72.

49 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1961, Tomo LVIII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 431.

50 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1964, Tomo LXI, 2° Parte, Sección 1°, pág. 33.

Por los fallos anotados, por la opinión dada por la Fiscalía de la Corte, que en muchas ocasiones siguió el Tribunal Pleno, quedó así zanjado que los decretos supremos no caen dentro de la esfera propia atacable por medio del recurso de inaplicabilidad de las leyes.

a. Textos únicos o definitivos de leyes refundidas. El decreto supremo que fija el texto único de disposiciones legales refundidas sobre una determinada materia debe mirarse bajo la óptica de su contenido. Ejemplo de ello, es lo que se decidió al fijarse el texto refundido de las disposiciones sobre expropiaciones de bienes raíces mediante el Decreto del Presidente de la República N° 3071, de 4 de octubre de 1940, al cual debía sujetarse la Corporación de Reconstrucción y Auxilio, cuando dispuso que en las expropiaciones, la Comisiones de Hombres Buenos “*se podían reemplazar por tasadores con las atribuciones que aquellas comisiones corresponden*”. Los dueños de los terrenos mandados a expropiar debían soportar que se les privara de la posesión apenas practicada la tasación por la comisión de tasadores unilateralmente designada por el expropiante. Un procedimiento de esa naturaleza se estimaba atentatorio de lo dispuesto en el artículo 10 N° 10 de la CPE, que exigía que previamente se le diera al dueño del terreno expropiado la indemnización que se ajustara con él o se determinara en el juicio correspondiente, y así lo dijo la Corte Suprema el 7 de enero de 1949. La Comisión expropiante, por su lado, evacuado el traslado que le fue conferido, pidió que el recurso fuera rechazado porque éste se dirigía contra las disposiciones de un Decreto Supremo -el N° 3071- que no era ley, y el recurso de inaplicabilidad sólo tiene operatividad con respecto de leyes que se hallen en pugna con la Carta Fundamental. El máximo tribunal, desestima esa alegación porque

*“en verdad, ese decreto contiene las disposiciones legales refundidas sobre expropiación de bienes raíces [...], y por tanto, su contenido importa manifestación del Poder Legislativo y vale como declaraciones de ese Poder soberano y no como declaraciones del Poder Ejecutivo”*⁵¹ (el subrayado es nuestro).

Por esas consideraciones, acoge la inaplicabilidad solicitada por doña Lucía Grebe. La Corte, en definitiva, dijo que, si las disposiciones legales refundidas en un decreto supremo contrarían la Constitución, no puede alegarse la improcedencia del recurso de inaplicabilidad, aduciendo que el texto refundido no es ley sino decreto supremo.

⁵¹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1949, Tomo XLVI, 2° Parte, Sección 1°, pág. 332.

Doña Carmela Galeno, también dedujo recurso de inaplicabilidad en contra del DS N° 3071 (que como ya vimos, fijó el texto refundido de las disposiciones sobre expropiaciones de bienes raíces a que debía sujetarse la mencionada Corporación de Reconstrucción). El artículo 3° del citado decreto, dispuso que la toma de posesión del inmueble expropiado por dicha Corporación debía efectuarse tan pronto como la estimación de los tasadores se entregara al propietario, o se depositara en la Tesorería Fiscal. El máximo tribunal de justicia consideró en su fallo de 12 de enero de 1953, que al autorizar ese decreto supremo, la entrega del inmueble al expropiante antes del pago de la indemnización, se vulneró el artículo 10 N° 10 de la Constitución Política. La Corte constató que hay una diferencia de situaciones entre el precepto que refundió varias leyes respecto de los antiguos textos refundidos. Por ello deja constancia, primeramente, que aceptaba la procedencia de la inaplicabilidad contra el DS N° 3071, porque el

“objeto del recurso, no obstante, su apariencia formal, es una ley”,

y, despejado lo anterior, y ahora confrontando ambas disposiciones, se llega a la conclusión que

*“el uno autoriza la privación del dominio, en la expropiación, previo el pago al interesado de la indemnización que se ajuste con él o se determine en el juicio; [y] el otro [DS N° 3071], dispone la toma de posesión por el expropiante, tan pronto como la indemnización se entregue al propietario o se deposite en Tesorería Fiscal...”*⁵², lo que excede los términos del mandato constitucional.

b. Textos refundidos. Señalaremos que por texto único o refundido se entiende un acto del Poder Ejecutivo que reúne y coordina en un solo conjunto las disposiciones de varias leyes sucesivas sobre un mismo tema.

⁵² Por acoger el recurso estuvieron los Ministros señores José M. Hermosilla, Manuel Rivas, Miguel Aylwin, Pedro Silva, Octavio del Real y Osvaldo Illanes. En lo relativo a la procedencia, se acordó con la opinión en contra de los magistrados señores Humberto Bianchi, Luis Agüero y Franklin Quezada, y en cuanto al fondo del mismo, contra el voto nuevamente de los Ministros señores Bianchi y Agüero. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1953, Tomo L, 2° Parte, Sección 1°, pág. 47.

Y en términos absolutamente idénticos a los contenidos en esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia falló los recursos de inaplicabilidad interpuestos por don Julio Munizaga y don Juan Jaime Prohens, en fechas también de 12 de enero, pero de 1952. En lo relativo a la procedencia del recurso, se adoptó -en la primera de las nombradas-, con el voto en contra del Presidente señor Gregorio Schepeler y de los Ministros señores Humberto Bianchi, Alfredo Larenas, Luis Agüero y Franklin Quezada; y en la segunda, por la improcedencia -nuevamente- el Presidente señor Schepeler y los magistrados señores Bianchi y Larenas.

Puede considerarse, según la naturaleza de las materias que contenga, que un texto refundido es un acto administrativo, un decreto supremo; o puede considerarse que es un decreto con fuerza de ley. Si se toma en cuenta esto último, se estaría en presencia de un decreto ilegal, por referirse a materias que son propias de ley sin contar con las debidas facultades delegadas por parte del Parlamento, y en tal evento, no tendría fuerza legal, pudiendo cualquier tribunal dejar de aplicarlo.

Pero si en el texto del decreto gubernamental que contiene leyes refundidas, aparecen una o más disposiciones que no corresponden exactamente a ningún precepto de éstas -las refundidas-, o aparecen leyes insertadas por error o por voluntad de los funcionarios encargados de redactar los textos, no tiene el carácter de norma legal, por tanto, no procede su declaración de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad. Se resolvió que constituye un problema de ilegalidad que es de incumbencia de cualquier tribunal de la República cuando está llamado a conocer de un negocio.

Así se resolvió en fallo dado a conocer el 6 de diciembre de 1950, que rechazó la inaplicabilidad intentada por don Josías Richards en el juicio por expropiación entre él y la Corporación de Reconstrucción. Se atacaba en el recurso, al Decreto Supremo 3071, de 4 de octubre de 1940, por no emanar éste del Poder Legislativo, siendo tan sólo obra del Poder Ejecutivo que, al refundir diversas leyes, alteró uno de los preceptos primitivos. Al autorizarse al Presidente de la República para sistematizar en un sólo texto varias disposiciones legales, es que dictó el controvertido DS N° 3071, que contenía la disposición impugnada (relativa al plazo para reclamar del avalúo), y otras más. Efectivamente el texto refundido se apartó del precepto respectivo que databa del año 1857, sustituyéndolo por otro distinto en su tenor literal y contenido, lo que en la práctica significó para el recurrente que fuera considerado extemporáneo su reclamo de la estimación del avalúo, considerándose el practicado como *“irrevocablemente por bueno”*. El Fiscal del Tribunal Supremo Urbano Marín en su informe, determinó que había que distinguir entre inconstitucionalidad de ley por vicios de forma o de fondo. El artículo 86 de la Constitución contempla -anota el Fiscal-, la expresión “precepto legal”. Si hay interpretación amplia del texto, no hay verdaderamente distingo alguno, porque señala “cualquier precepto legal contrario a la Constitución”, por lo que tienen allí cabida toda norma legal que pugne con la Carta Política, de lo que se colige que sí hay textos inconstitucionales en la forma, que son lo que no reúnen a su respecto las diversas etapas previstas para la formación de las leyes. Pero, siguiendo ese

predicamento si así fuere, éstos no serían leyes, por no ser en la realidad “preceptos legales”, por tanto, no cabe respecto de ellos la acción de inconstitucionalidad. Dicho en las palabras del señor Fiscal: por lo tanto,

*“todos los jueces están facultados para controlar la constitucionalidad extrínseca de los preceptos que deben aplicar; que de lo anterior resulta que el recurso de inaplicabilidad previsto en el artículo 86 no tiene cabida en los casos de inconstitucionalidad formal [...] Si el tribunal se encuentra ante una norma legal intrínsecamente inconstitucional, tendrá que afirmar en todo caso su legalidad, porque la inconstitucionalidad de fondo no afecta a la existencia de la ley, pero no puede hacer lo mismo ante un texto legislativo irregular en la forma, ya que en tal caso la declaración de inaplicabilidad envuelve un desconocimiento del valor legal de la disposición porque la inconstitucionalidad extrínseca afecta a la legalidad misma, esto es a la existencia de la ley, y si el fallo no puede afirmar que es ley, estaría imposibilitado para declararlo inaplicable, pues esto presupone la existencia de aquello...”*⁵³

Termina diciendo que los tribunales de la causa pueden pronunciarse sobre la legalidad y eficacia del inciso tachado de inconstitucional.

El Tribunal Pleno, haciendo suyo el orden de ideas manifestado por el Ministerio Público además agregó:

*“la existencia de la ley es un hecho simple, puede establecerlo cualquier tribunal; la inconstitucionalidad, en cambio, importa un conflicto entre dos normas que impone en cierto modo a la autoridad encargada de declararla el deber de enfrentarse a los poderes legisladores del Estado para rectificar o enervar su obra en un caso especial...”*⁵⁴

Pero la sentencia contiene una interesante prevención. El Ministro señor Rafael Fontecilla Riquelme, observó:

“3º) Que aun cuando la Constitución vigente nada dispuso a ese respecto, en el hecho el Poder Legislativo suele autorizar al Presidente de la República para que coordine las disposiciones de los textos legales, para que agrupe, ordenadamente, las materias que aparecen dispersas, etc., -en cuyos detalles

⁵³ Dictamen Fiscal. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1950, Tomo XLVII, 2º Parte, Sección 1º, pág. 537.

⁵⁴ Ibid.

no desea entrar el Parlamento-, manteniéndose así, aunque en forma muy restringida, la supervigilancia de esta delegación de funciones, que se concreta en el llamado ‘decreto con fuerza de ley’, y que presenta rasgos substancialmente diversos frente al simple decreto [...] 8º) Que el tribunal de la instancia, si bien tiene facultades para desconocer, en su caso, la eficacia de cualquier simple decreto, carece de atribuciones para declarar la inaplicabilidad de un decreto con fuerza de ley, o dicho en otros términos, no tiene competencia para juzgar la inconstitucionalidad, o mejor dicho la legalidad de un acto que es la expresión de la Soberanía del Estado [...] Es por eso que, los constituyentes radicaron, en forma privativa en la Corte Suprema, la facultad de juzgar la constitucionalidad de las leyes”

Continúo el previniente señor Fontecilla para, en el punto 10º de su razonamiento particular, señalar que si aparece en la especie un precepto legal con la fuerza obligatoria que toda ley apareja -pero que no fue aprobado por los órganos legislativos-, se está en presencia evidente de una ley inconstitucional, viciada por un defecto de forma, ya que no se observaron en su gestación los trámites prescritos por los artículos 45 y siguientes de la Carta Política. Y como dicha Carta

“autoriza a la Corte Suprema para declarar la inaplicabilidad de cualquier precepto legal contrario a la Constitución, no hace distinción alguna, y como tan inconstitucional es el precepto que contraría los principios de la Constitución (inconstitucionalidad de fondo) como aquel que se gestara sin la observancia de los trámites constitucionales (inconstitucionalidad de forma) es lógico concluir que habría sido procedente en este último aspecto, la declaración de inaplicabilidad pedida [...] con todo, el recurso no puede prosperar porque una ley posterior, la número 9113, dio vigor legislativo al precepto impugnado...”

55 56

55 Ibid..., voto especial.

56 También a pie de página, la redacción del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas de la Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, Tercera Edición actualizada, año 1996 en su página 35, hace notar que con respecto a textos refundidos y sistematizados de diversas disposiciones, se puede decir para dar más exactitud y claridad sobre el punto, que el texto refundido *“tendrá valor legislativo propio en todo aquello que, dentro de los límites constitucionales, importe verdaderamente una delegación de atribuciones del Parlamento. Sólo si dentro del ejercicio de estas atribuciones violara la Constitución, como lo podría hacer el propio Poder Legislativo, procedería el recurso de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad”*. La fuerza obligatoria del texto que vuelve a fundir otros, arranca precisamente de estas leyes que agrupa y sistematiza. Y refiriéndose en forma particular al caso del Decreto Supremo N° 457, de 8 de agosto de 1967, donde le fue asignado numeración de ley: Ley N° 15.076, pero que en realidad es una refundición, pero que cuando se la especifica o se cita, se la llama *“Ley 15.076”*. Para la Nota de Redacción, lo importante aquí es tomar atención a las normas provenientes de las leyes refundidas, las que

Es decir, un acto legislativo propiamente tal saneó la ineficacia legal primitiva al disponer de modo categórico que las expropiaciones fueran llevadas a cabo en los plazos que el Decreto Supremo 3071, de 4 de octubre de 1940 ordenaba.

c. Petición de representación por inconstitucionalidad de decretos supremos. El 23 de noviembre de 1931, conociendo una petición del ex Notario de Santiago don Isaías San Martín, con motivo del decreto del Ministerio de Justicia que lo separó de su cargo de Notario titular, se afirmó en su escrito que el Presidente de la República no podía legítimamente remover a los empleados judiciales sin que medie la declaración de mal comportamiento requerida por la Constitución Política, menoscabando por tanto la independencia del Poder Judicial. Por ello solicitó a la Corte Suprema, que representara al Ministro de Justicia la *inconstitucionalidad* y *nulidad* del decreto impugnado, cuyos efectos debían en el intertanto suspenderse. El funcionario separado de su cargo pidió que se declarara que éste era nulo y sin valor. El máximo tribunal, en decisión dividida, sólo tuvo en consideración para rechazar la petición planteada, que si estimara procedente manifestar al Presidente de la República, que al remover -no tan sólo a éste funcionario si no a varios más-, oyendo solamente a las respectivas Cortes de Apelaciones, y sin la declaración previa de mal comportamiento de los que han sido separados,

no desaparecen ni pierden su carácter por este último acto.

Sigue señalando la Nota que en ocasiones lo anterior crea problemas de variada índole, como lo ocurrido cuando, a pesar de la pormenorización que se le dio a la autorización de la ley para la fijación del texto único, resulta de igual manera dificultoso determinar si se concede al Presidente de la República una facultad de *creación* legislativa, caso puntual en que se estaría en presencia de un decreto con fuerza de ley propiamente tal, posible de ser acometido con el recurso de inaplicabilidad. Y da el ejemplo de lo ocurrido (aunque bajo el imperio de la Constitución de 1980) con la Ley N° 18.261, donde se le facultó al Primer Mandatario -a través de un artículo único y por el plazo de un año- para: “...para que al fijar textos refundidos de cuerpos legales, pueda además coordinar y sistematizar las respectivas normas y, para tal efecto, incorporar las modificaciones y derogaciones de que hayan sido objeto, tanto expresa como *tácitamente*, incluir los preceptos legales que las hayan interpretado, reunir en un mismo texto disposiciones directas y sustancialmente relacionadas entre sí que se encuentren dispersas, introducir cambios formales, sea en cuanto a redacción, titulación, ubicación de preceptos y otros de similar naturaleza, pero sólo en la medida que sean indispensables para la coordinación y sistematización”. Aunque en el inciso segundo del único artículo se señala lo siguiente: “En el ejercicio de estas facultades, el Presidente de la República contará con todas las atribuciones necesarias para el cabal cumplimiento de los objetivos anteriormente indicados, pero ellas no podrán importar, en caso alguno, la alteración del verdadero sentido y alcance de las disposiciones legales vigentes”.

(Nota: el resaltado es original del texto citado).

*“sería del caso observar que esta Corte obraría al efecto procediendo de oficio en el momento que creyera oportuno y en el modo de que fuere de derecho”*⁵⁷

En esa argumentación estuvieron el Presidente don Javier Ángel Figueroa y los Ministros señores Abraham Oyanedel, Alberto Novoa, Romilio Burgos, Roberto Alonso, Alfredo Rondanelli y Guillermo Silva Cotapos.

Mientras que los magistrados señores Humberto Trucco, Gregorio Schepeler, Mariano Fontecilla y José M. Herмосilla, votaron en contra de esa determinación, manifestándose en desacuerdo con la mayoría del Tribunal, dando su parecer en orden a resguardar las prerrogativas que la Constitución les concede a ellos mismos, ya que el decreto de marras no guarda conformidad con las disposiciones constitucionales y legales que rigen la materia, porque precisamente ellas han perseguido dejar cada vez más de relieve que al Primer Mandatario:

*“no le corresponde injerirse, a título de vigilancia, en el Poder Judicial”, sino que por el contrario, le debe a este Poder, “el más efectivo resguardo en la independencia que la Constitución le asegura y que el artículo 11 de la Ley Orgánica le confirma, como el medio más cierto de alcanzar que no sufra menoscabo la superintendente acción directiva, correccional y económica de la Corte Suprema”, por lo tanto, haciendo valer esos mismos principios, “fueron del parecer de representar al Supremo Gobierno que el referido decreto no guarda conformidad con los preceptos constitucionales y legales que regulan las atribuciones de los Poderes Públicos porque lleva envuelto un desconocimiento de las facultades que corresponden al Poder Judicial y afecta a su independencia, que con tanto celo ha tratado de resguardar la Constitución y las leyes”*⁵⁸

57 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1931, Tomo XXIX, 2º Parte, Sección 1º, pág. 187.

58 *Ibid.*, voto de minoría.

10. Vicios de la ley. Vicios sustanciales y procesales. Inconstitucionalidad por vicios de forma o fondo

Hemos llegado a un punto muy relevante en la entrega de este trabajo. Bajo el imperio de la Constitución Política de 1925 -y también después con la Carta de 1980 como tendremos la oportunidad de ver-, se discutió al interior de la Corte Suprema, qué vicios en la dictación de una ley, le cabían resolver dentro de la esfera de sus atribuciones cuando conocía de un recurso de inaplicabilidad interpuesto.

La ley, como ya sabemos, puede adolecer de dos clases de vicios: de forma y de fondo. Los primeros, también denominados vicios procesales, envuelven defectos u omisiones con que nace una ley, esto es, ocurridos ellos durante su tramitación o formación legislativa. En los segundos hay vulneración de disposiciones constitucionales que establecen principios normativos amparadores de derechos y garantías resguardados por la Carta Fundamental.

Adelantamos que, en estas delicadas materias, la Corte Suprema entendió uniformemente, que, por la vía del recurso mencionado instituido precisamente para resguardar la constitucionalidad de la ley, sólo podía controlar el contenido o mandato de las disposiciones legales. El artículo 86 inciso 1° de la Constitución lo que le otorgaba según ella misma comprendió, era la posibilidad de declarar inaplicable un precepto legal contrario al estatuto básico contenido en ella, no dándole facultades de inmiscuirse en el proceso de la formación de las leyes. El recurso de inaplicabilidad en consecuencia sólo podía intentarse por vicios de fondo.

Al igual que la jurisprudencia, opinando que no procedía el recurso respecto de leyes inconstitucionales en la forma, se contaba a Manuel Jara Cristi en su libro *Derecho Administrativo*⁵⁹; también a Hugo Rosende Subiabre en *La promulgación y la publicación de la ley*⁶⁰; así como Alejandro Silva Bascuñán en su celebrado *Tratado de Derecho Constitucional*⁶¹.

En realidad, y para ser estrictos, el Constituyente del '25 no había hecho distinción en la clase de vicios que quedaban bajo el control de la Corte Suprema en su intervención mediante la acción de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad. Por lo tanto, para parte importante de la doctrina, no cabía hacerla tampoco. Por este parecer se encontraron -entre

59 JARA CRISTI, Manuel, *Derecho Administrativo*, Imprenta Artes y Letras, Santiago, año 1943, pág. 27.

60 ROSENDE SUBIABRE, Hugo, *La Promulgación y la publicación de la ley*, Editorial Nascimento, Santiago, año 1941, págs. 113 y 114.

61 SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 1963, N° 446, pág. 439.

otros- Fernando Alessandri Rodríguez, en sus *Recursos Procesales* ⁶²; Antonio Vodanovic en *Curso de Derecho Civil* ⁶³; Mario Bernaschina en su *Manual de Derecho Constitucional* ⁶⁴; y Enrique Silva Cimma en *Derecho Administrativo chileno y comparado* ⁶⁵.

Existen por supuesto, varias sentencias que trataron el tema en cuestión. Pero a nuestro juicio, la que más abundó en argumentaciones y conceptualizaciones de lado y lado -con sendas prevenciones incluidas-, fue la dada a conocer el 25 de mayo de 1962, en recurso deducido por la Caja de Previsión de Carabineros de Chile.

Aquí se discutía por parte del Vicepresidente de la Caja -recurrente de inaplicabilidad en el juicio seguido ante el Tercer Juzgado del Trabajo de Santiago, donde actuaban como demandados, si la Ley N° 14.834 ⁶⁶-, era en definitiva constitucional; se alegaban vicios de *fondo y forma*.

Respecto de las causales esgrimidas en base a estos últimos, se encontraban las siguientes: infracción de los artículos 44 y 45 de la Constitución Política, porque la mentada Ley 14.834 otorgaba una remuneración, indemnización o gratificación al ex personal de la Caja de Previsión, gestándose sin iniciativa del Presidente de la República, sino que por simple moción parlamentaria. La iniciativa del Presidente en esta clase de leyes, era -y también lo es hoy- indispensable; también se afirmaba que esta ley fue despachada por el Parlamento sin financiamiento alguno, lo que conduciría en definitiva para la institución de previsión, a desembolsar un gasto ilegal y no contemplado.

62 “Parece más aceptable la tesis de que toda ley contraria a la Constitución, en su fondo o forma, pueda ser declarada inaplicable. Esta conclusión la estimamos más ajustada a la letra del art. 86 inc. 2° y al espíritu de la reforma introducida en 1925”. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Fernando, *Recursos Procesales*, Apuntes de clases, 2° edición, Universidad de Chile, Santiago, año 1937, pág. 124.

63 VODANOVIC, Antonio, *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, Vol. I, 3° edición, Editorial Nascimento, Santiago, año 1961, N° 61, pág. 45.

64 BERNASCHINA, Mario, *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1951, pág. 545.

65 SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo chileno y comparado*, Tomo I, 2° edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1962, pág. 84.

66 La Ley N° 14.834, de 6 de febrero de 1962, nació de un Proyecto de Ley aclaratorio, en una Moción presentada por los Diputados señores Jacobo Schaulsohn y Hernán Leigh Guzmán, con el objeto de aclarar o interpretar el sentido de la Ley N° 13.305, de 6 de abril de 1959 -sobre indemnizaciones a exfuncionarios-, y que había sido objeto de contradictorias interpretaciones, tanto por los distintos Tribunales del Trabajo, como por las dos Salas que componían la Corte Suprema en ese entonces. Si se consideraba una simple *ley interpretativa o aclaratoria*, se alegaba, no infringiría el inciso 3° del artículo 45 de la Constitución Política de 1925, toda vez que esta ley no tiene por qué ser de la exclusiva iniciativa del Presidente de la República, así como porque esta clase de leyes no originan gastos. Así lo manifestó por su parte la Comisión de Gobierno del H. Senado en su informe.

Hay que dejar constancia, para claridad de este estudio, que el Presidente de la República había hecho uso del veto de dicha norma legal -basado en los mismos motivos que dieron pie al presente recurso-, pero ambas ramas del Congreso Nacional al estudiar las tachas de inconstitucionalidad que sirvieron de base al Jefe de Estado para vetarla, se lo rechazaron, devolviéndoselo a S.E. para su promulgación ⁶⁷.

Los demandantes en la causa señalaron en autos, que era indudable que la Ley 13.305 era aclarada por la Ley 14.834, y que por tanto estaba financiada. La Fiscalía de la Corte Suprema, fue del parecer de desechar el recurso, y el Tribunal Pleno, por siete votos a tres, siguió a su Fiscal, declarando que el recurso era improcedente en cuanto atacaba la inconstitucionalidad de forma. Veremos a continuación los puntos más importantes de la argumentación del voto mayoritario de la Corte. Para el máximo tribunal,

67 Al aclarar -mediante Ley 14.834- el artículo 203 de la Ley 13.305, se tuvo presente: “*Que el Congreso Nacional ha rechazado el veto del Ejecutivo al proyecto de ley que declara compatibles los beneficios contemplados en el artículo 203° de la ley 13.305 con la indemnización extraordinaria del artículo 58° de la ley 7.295, con respecto de los ex funcionarios de las Instituciones de Previsión y semifiscales que dejaron de serlo en virtud de las expresas facultades concedidas al Jefe del Estado por la primera de dichas leyes*”.

la Constitución no le permite examinar, aprobar o desconocer la forma como los poderes colegisladores han ejercitado las atribuciones que le son propias y exclusivas para concurrir a la formación de las leyes^{68 69}.

68 Se ha discutido si es permitida o no la indagación judicial sobre la formación de la ley. En el fallo en estudio, se declara que la Constitución no permite a la Corte Suprema examinar, aprobar o desconocer la forma el cómo los poderes colegisladores han ejercitado las atribuciones sobre formación de las leyes; es decir, el Poder Judicial no puede penetrar en la interioridad del procedimiento legislativo. Es lo que se denomina en doctrina el “*interna corporis*”: con este nombre se designan principalmente las actividades que despliegan las Cámaras Legislativas, tanto interna como externamente. Estas últimas pueden afectar la esfera de los derechos y deberes de sujetos extraños a las entidades nombradas. Según el autor italiano Constantino Mortati (1891-1985) -catedrático de Derecho Constitucional, que participara en la Asamblea que elaboró la Constitución italiana de 1947-, de aquí se hacen derivar derogaciones al derecho común de notable trascendencia, como en ciertos ordenamientos jurídicos extranjeros, la sustracción al control de los órganos jurisdiccionales de las controversias sobre intereses dimanantes del estado de parlamentario o de la relación de empleo contratado con las Cámaras o, en general, de relaciones con terceros (MORTATI, Constantino, *Instituciones de Derecho Público*, Cedam, Padua, 1962, N° 54, págs. 436 y 437).

Pero no sólo el principio de la separación de las funciones estatales, sino también el de autonomía constitucional de las Cámaras Legislativas, en cuanto a la no impugnación de sus actos, se desprende del concepto “*interna corporis*”. Según el autor italiano Paolo Barile (1917-2000), el principio de inimpugnabilidad se extiende por algunos a la observancia tanto de los preceptos reglamentarios como de las normas de la Constitución Política que regulan la actividad en cada Cámara sobre el procedimiento de aprobación de los proyectos de ley. Otros autores están de acuerdo en que el tribunal encargado del control de la constitucionalidad de las leyes no puede indagar si se cumplieron o no las disposiciones de reglamento que las mismas Cámaras se han dado para la gestación y tramitación de las leyes, o las normas de la costumbre al respecto, pues en este extremo, ellas serían soberanas. Pero en cuanto a la observancia de las normas constitucionales sobre formación de las leyes, sostiene que el tribunal de control de la constitucionalidad de éstas sí está facultado para examinar si dichas normas se han respetado o no por el Parlamento. A favor de esta tesis se señala que la Constitución ha dado normas sobre el funcionamiento interno del Congreso Nacional, que éste tiene el deber de observar, por ser las normas constitucionales superiores a las reglamentarias que él pueda dictar. Además, no puede argüirse que el Parlamento quedaría en una posición de subordinación al Poder Judicial. Si se parte del hecho de que el tribunal de control de la constitucionalidad tiene esa función, que le ha sido atribuida por la Constitución misma, no puede considerarse ya como un juez ordinario, sino como un órgano constitucional dotado de una soberanía paritaria o equivalente a la del Parlamento, como lo es paritaria o equivalente la soberanía que encarna el Presidente de la República. (BARILE, Paolo, *Curso de Derecho Constitucional*, Padua, 1962, N° 42, págs. 103 a 105).

69 Por sentencia de fecha 19 de diciembre de 1936, se rechazó por la Corte Suprema de Justicia, el recurso de casación en el fondo deducido contra una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, que había resuelto en una demanda contra el Fisco de Chile -en caso de restitución de impuestos sobre ventas comerciales que se celebraron verbalmente, por haberse pagado estos indebidamente-, que la Ley N° 3482 no estableció expresamente impuestos a las compraventas verbales, pero sí su Reglamento (excediendo la Potestad Reglamentaria los márgenes legales). A su vez la Dirección de Impuestos Internos, alegó que la disposición aludida sí los establecía, cuestión que también confirmó la Ley N° 3733, de 24 de febrero de 1921, que -según se resolvió- “*fue promulgada y mandada cumplir por el Presidente de la República, en uso de sus facultades constitucionales, procediendo en la forma acostumbrada, y con la declaración expresa de que el Congreso Nacional le había prestado su aprobación*”. Por lo tanto, a los tribunales de

En la parte final del considerando 10° dijo lo que sigue:

“... la Constitución al delimitar las facultades que corresponden a cada uno de los Poderes del Estado, establece que al Legislativo corresponde formar las leyes, al Judicial aplicarlas o interpretarlas, y al Ejecutivo, concurrir a su formación y hacerlas cumplir [...] Esto importaría atribuir a la Corte Suprema una facultad que excedería de la que le otorga el precepto constitucional en estudio, porque con ello se le

justicia *“sólo corresponde aplicar la ley en la forma promulgada por la autoridad correspondiente, ajustando a ella sus decisiones, y sería mezclarse en las atribuciones de otros Poderes Públicos, cosa que está prohibida al Poder Judicial, estudiar, considerar y resolver si se llenaron o no los trámites prescritos por los Reglamentos de las Cámaras legislativas para la decisión y votación de cada uno de los preceptos de una ley”*. Esta sentencia, de fecha 11 de mayo de 1926, lleva la firma de los Ministros de la Corte de Apelaciones señores Maximiliano Ávalos, Ricardo Dueñas y Felipe Urzúa. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1936, Tomo XXXIV, 2° Parte, Sección 1°, pág. 154.

En efecto, el proyecto elaborado por la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados (Ley 3.733, N° 59 artículo 7°) cuando pasó al Senado, en el encabezamiento del artículo correspondiente, el N° 56 (59) fue objeto de modificaciones, cambiándose su redacción primitiva (“Los actos y contratos que a continuación se expresan, pagarán el impuesto...”) por la siguiente frase: “Los documentos que acrediten los actos o contratos...”. El Ministro del Ramo pidió reconsideración de lo acordado porque, en tal forma se excluían los contratos verbales; esta petición no fue acogida y el proyecto siguió su trámite, pasando a la Cámara de Diputados para que conociera de las enmiendas introducidas. Esta Corporación rechazó las modificaciones y ofició al Senado en tal sentido, y éste, por más de las dos terceras partes de los miembros presentes, acordó insistir en las modificaciones, que significaban gravar los documentos, eliminar el N° 56 (59) y crear el N° 54 en su reemplazo. En esta fase de la tramitación, al recibir la Cámara el proyecto, lo envió lisa y llanamente al Presidente de la República. Lo que debió ocurrir en cambio -según los demandantes y recurrentes de casación-, es haber obrado según los artículos 31 a 42 de la Constitución Política (de 1833), es decir, la Cámara debió pronunciarse sobre las modificaciones introducidas, entendiéndose que las aceptaba si no reunía el quórum exigido, y no actuar como lo hizo enviando directamente el proyecto al Jefe de Estado. Se alega por tanto que el referido precepto no era una ley, por cuanto visto el artículo 1° del Código Civil -que define la ley-, se llega a la conclusión que la disposición en estudio no es tal, porque la voluntad soberana no se ha manifestado en la forma prescrita por la Constitución. No siendo ley arguyeron, el mandato que grava con impuestos las operaciones efectuadas y el pago hecho en su cumplimiento era indebido, por lo cual procedía su devolución. El Fisco de Chile, observó que no correspondía al Juzgado que conocía de la acción entrar a examinar la formación de la ley, debiéndole bastar a este saber que fue promulgada y publicada en el Diario Oficial; no le correspondía por tanto a la Justicia Ordinaria declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley. Se agregó que la ley obliga sólo en virtud de su promulgación por el Presidente de la República según el artículo 6° del Código Civil; y que los artículos 7° y 8° del mismo cuerpo de leyes determinan la forma de hacerla y el plazo desde el cual se supone conocida, necesitándose sólo para que sea obligatoria esa promulgación y el transcurso de ese plazo.

La Corte Suprema, por unanimidad, rechazó la casación en el fondo por infracción del artículo 1° del Código Civil y del artículo 44 de la Constitución porque *“sería necesario en el caso de autos, estudiar y resolver sobre los actos legislativos que precedieron a la promulgación, como la demanda propone y el recurso reitera y ello equivaldría precisamente a prescindir de la prohibición impuesta a los Tribunales por el artículo 4° de la Ley de su Organización y Atribuciones...”* (Considerando 9°).

reconocería el derecho de interferir la acción propia de los otros Poderes del Estado; y haciendo referencia al caso concreto, en las atribuciones exclusivas que les corresponden en la 'formación de leyes' [...] Basta anunciar esta hipótesis para divisar a los extremos a que podría llegarse por esa vía"

El Tribunal Supremo no se detiene en su argumentación para rechazar el recurso. En el considerando siguiente, señala:

*"Repugna al sentido jurídico y al respeto que debe tener por las atribuciones de los otros Poderes, reconocer a la Corte Suprema en el caso previsto, colocarse sobre las atribuciones de ambas Cámaras del Congreso y dictar un pronunciamiento contrario al emanado de ese Poder del Estado, aceptando el veto presidencial y negarse a reconocer el carácter de ley a una que los organismos constitucionales han declarado como tal"*⁷⁰

Suscribieron esta argumentación los Ministros señores Pedro Silva F., Julio Espinoza Avello, Ciro Salazar, Eduardo Varas Videla, Miguel González Castillo, Enrique Urrutia Manzano y Víctor Ortiz Castro⁷¹. Estos magistrados consideraron además, que si entraban a pronunciarse sobre el real carácter de la Ley 14.834⁷², en cuanto a si es interpretativa o modificatoria, ello sólo les era posible si contaran con facultades para decidir sobre los trámites relacionados con la formación de esa ley.

⁷⁰ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1962, Tomo LIX, 2º Parte, Sección 1º, pág. 149.

⁷¹ En voto especial, los Ministros señores Eduardo Varas, Miguel González Castillo y Víctor Ortiz Castro, luego de manifestar que el recurso de inaplicabilidad sólo procede por causales de fondo y no de forma, abundaron en otras consideraciones, como las que ratifican que la denunciada Ley 14.834, era *interpretativa* y no una *ley modificatoria*.

⁷² Con fecha 11 de junio de 1962, la Excma. Corte Suprema, falló tres causas sobre inaplicabilidad del artículo único de la Ley 14.834. Estas causas todas correspondieron a entabladas por la institución de previsión social. Podemos ver tanto su resultado como la votación de los jueces que las suscribieron:

- a) **Recurso del Servicio de Seguro Social.** Es rechazado. Firman los Ministros señores Fontecilla, Silva, Illanes, Espinoza, Méndez, Varas, González, Eyzaguirre, Ortiz Castro y Ortiz Sandoval. El Presidente señor Fontecilla formuló indicación previa, la que fue rechazada, en orden a declarar inadmisibile el recurso interpuesto, atendido el estado de la causa, es decir, ya fallada, no concurriendo en la especie el requisito de que se halle *pendiente* el juicio, sin perjuicio de la facultad que tiene la Corte para proceder de oficio, y don Osvaldo Illanes Benítez votó disidentemente, estimando que la Corte Suprema tiene jurisdicción para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de forma.
- b) **Recurso del Servicio de Seguro Social.** Es desestimado. Lo suscriben los mismos señores Ministros que la que precede. Iguales prevenciones.
- c) **Recurso del Servicio Social.** Es desestimado. Lo suscriben los mismos señores Ministros firmantes, exceptuando a don Pedro Silva. Iguales prevenciones.

Por el contrario, en cuanto se declaró improcedente por no tratarse de inconstitucionalidad de fondo, se acordó el fallo en estudio con el voto en contra del Presidente del Tribunal, don Rafael Fontecilla Riquelme y de los Ministros señores Ramiro Méndez Brañas y José María Eyzaguirre Echeverría, quienes partieron señalando que efectivamente el alto tribunal, sí tenía la atribución para conocer y pronunciarse sobre la constitucionalidad formal de una ley, y ello no importaba menoscabar ni contrariar el axioma básico de Derecho Público de la separación de los Poderes del Estado. Por el contrario, afirmaron que al ejercer cada Poder su respectiva función, no se impide con ello el control recíproco de esos Poderes sino más bien un medio adecuado para obtener el normal funcionamiento del régimen jurídico democrático, sin el cual este carecería de la unidad y armonía que le son indispensables para lograr dicha finalidad. Por lo tanto, prosiguieron los disidentes, no es posible sostener la tesis que al ejercer la amplia jurisdicción que el artículo 86 de la Constitución le otorga, se están invadiendo atribuciones de otros Poderes, o que ello signifique desconocimiento de las funciones que a cada uno de ellos corresponde. Si hubiera una interpretación exagerada en ese sentido, ello conduciría a romper el equilibrio y la armonía de conjunto que exige el ordenamiento jurídico. El constituyente, al referirse a las relaciones del Poder Judicial con el Legislativo y el Ejecutivo lo demuestra de esa manera. Por ejemplo -insiste el voto de minoría-, le otorga la facultad a la Cámara de Diputados, como atribución exclusiva, la de acusar constitucionalmente a los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia; al Senado, la de actuar como jurado para conocer de esas acusaciones; y también para conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los Tribunales Superiores de Justicia. También se le reconoce expresamente al Presidente de la República la facultad para nombrar a los magistrados en sus cargos, desde los jueces de Letras hasta los de la cima de la carrera funcionaria, y también para velar por la conducta ministerial de los jueces y demás empleados del Poder Judicial; y por fin, a la Corte Suprema -también expresamente-, se le ha conferido la facultad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

En el punto 6° de la disidencia -que según nosotros, ella entera, puede pasar a la historia como una pieza jurídica en los anales de la justicia constitucional en nuestro país, en cuanto declara la amplia jurisdicción de la máxima autoridad judicial chilena en el control de la constitucionalidad de las leyes-, manifiestan, que, a cada órgano colegislador en las diferentes etapas de formación de las normas jurídicas, la Constitución también le ha señalado un procedimiento, al cual dichos órganos deben sujetarse. De lo que se colige que,

(7°) “... será contrario a ellas todo precepto legal en que se hayan quebrantado tales preceptos; y como no existe otra autoridad que pudiera declarar dicha inconstitucionalidad, es evidente que la referida decisión corresponde a la Corte Suprema [...] 8°) Que, en efecto, aprobado un proyecto de ley por el Congreso, el Presidente de la República, Poder colegislador, tiene derecho a vetarlo ⁷³; pero rechazado ese veto, no queda al Jefe del Estado otro camino que promulgarlo y ordenar su publicación como ley de la República, por medio de un decreto fundado, porque la Constitución no le otorga facultades para negar ésta por razones de inconstitucionalidad...” ⁷⁴

Para la disidencia, es relevante dejar establecido que la promulgación que hace el Presidente de la República de toda ley, afirma implícitamente la regularidad de la gestación de ella, mientras no se demuestre lo contrario en el recurso contemplado para ese efecto (el de inaplicabilidad por inconstitucionalidad); y por otra parte, si así no fuese, se llegaría a la interpretación contraria de que cualquier tribunal podría -sin la autorización constitucional correspondiente-, revisar el proceso legislativo de las normas legales y llegar a desconocer eficacia a leyes promulgadas y publicadas, con lo cual se quebrantaría todo el sistema jurídico constitucional de la República. Esa atribución -terminan diciendo-, le corresponde exclusivamente a la Corte Suprema,

“tribunal [que puede] declarar inaplicable para el caso cualquier precepto legal, es decir, cualquier regla de conducta social impuesta por la autoridad, cuando ella sea contraria a la Constitución Política tanto en lo material como en lo formal (porque), como se ha recordado, aquel precepto no hace distinción alguna al respecto y, por lo mismo el intérprete no puede hacerla; y porque en estricto derecho tan nula y sin valor es la norma viciada de inconstitucionalidad formal, como aquella que lo es intrínsecamente” ⁷⁵. Punto 9°, parte final. (Nota del Autor: el subrayado es nuestro.)

73 Dejó constancia S.E. el Presidente don Jorge Alessandri Rodríguez, que su veto -rechazado- se debía a las siguientes razones: “a) porque se avoca a causas de que actualmente conocen los Tribunales de Justicia; b) porque otorga una remuneración, indemnización o gratificación al ex personal aludido, sin contar con la iniciativa del Presidente de la República; c) **porque ha sido despachado sin el financiamiento con que deben ser aprobadas las leyes, contraviniéndose lo dispuesto en el artículos 4°, 44°, 45° y 80° de la Constitución Política del Estado**”.

74 Ibid., voto de minoría.

75 Ibid., voto de minoría.

Al discutirse nuevamente el punto, casi exactamente tres años después, el 24 de mayo de 1965, igual determinación tomó el máximo tribunal del país, al conocer de la inaplicabilidad solicitada por la Caja de Previsión de la Marina Mercante Nacional. Se alegaron por el Vicepresidente Ejecutivo de esta institución, esta vez, que la Ley N° 14.501 -al conceder un reajuste del 15% de las pensiones correspondientes al año 1961-, omitiendo el financiamiento debido, había violado la Constitución Política, porque no creaba o indicaba al mismo tiempo las fuentes de recursos necesarios para atender dicho gasto. El voto de mayoría, que estuvo por rechazar la mencionada acción, se remitió en sus fundamentos al fallo recién analizado *in extenso* (25 de mayo de 1962). Señalaron asimismo nuevamente, que cuando a la Corte Suprema le corresponde conocer de un recurso de esta especie, únicamente se encuentran bajo su órbita los defectos de fondo y no defectos de forma de una ley. Señalaron que, si la Corte tuviera las facultades de conocer vicios de forma en que pudieren incurrir las cámaras legislativas en las tramitaciones que originan la formación de las normas, podrían producirse conflictos provenientes de la invasión de atribuciones de un Poder en desmedro de otro. Reconocen, sin embargo, que la tendencia moderna ha reconocido a obtener un control recíproco de los Poderes de Estado ⁷⁶, pero que no es menos cierto que este control debe ser limitado y

⁷⁶ Es lo que se conoce como el necesario control recíproco que debe existir y deben efectuar entre sí los Poderes Públicos, el cual debe ser real no sólo la debida colaboración entre los tres Poderes clásicos, sino también su control en una suerte de pesos y contrapesos que se deben ejercer. En el artículo *La autotutela administrativa*, se trata esta institución, aunque reconoce que también podría designarse con el apelativo de principio, aunque en realidad confiesa es una construcción de la doctrina -en especial del destacado autor español recientemente fallecido Eduardo García de Enterría-. Habla su autor, el Catedrático de Derecho Administrativo Quadra-Salcedo del concepto de hetero tutela, con el que se “*expresa que la declaración, defensa, conservación y ejecución de los derechos de cada uno no le quedan encomendados a su propio titular; sino que debe acudir a un tercero, a un órgano del Estado y más concretamente del Poder Judicial, para solicitar que el mismo declare sus derechos, adopte medidas para su protección o los haga ejecutar o realizar [...] para impetrar su auxilio, para la declaración, defensa, conservación, aseguramiento o realización del derecho del que demanda tal auxilio*”, DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás, *La autotutela administrativa*, en *Instituciones Básicas del Derecho Administrativo*, Opencourseware de la Universidad Carlos III de Madrid, marzo del año 2009. Del mismo modo, un particular no tiene otro mecanismo de defensa más que las acciones de inconstitucionalidad que pueda intentar en este caso ante el máximo tribunal de justicia frente a un acto proveniente del Poder Legislativo -la ley- al que acusa de no cumplir con los requisitos que la Constitución ha establecido para su nacimiento, y que al mismo órgano legislador le son también aplicables. En el mismo sentido puede consultarse el artículo de investigación de CORTÉS ZAMBRANO, Sonia, *Equilibrio y Control del Poder Político en la Tradición Colombiana*, correspondiente a su Tesis Doctoral. En unos de sus pasajes, y siempre hablando del control de constitucionalidad, dentro del capítulo dedicado al **Principio de Separación del Poder en la tradición constitucional**, adelanta: “*La evolución del principio tiene su razón en las necesidades concretas de las sociedades complejas y contienen un desarrollo de la idea de Estado Constitucional, en la medida en que incorporan y amplían garantías frente a la posible arbitrariedad del Estado*”. En Revista *Vía Inveniendi et Iudicandi*, del Centro de Investigaciones Francisco de Vitoria de la Facultad

éste no puede llegar al extremo de que uno invada al otro en sus funciones básicas, puesto que si así fuera se desnaturalizaría el sistema todo. Recuerdan también que no es posible olvidar que en la Constitución existe un resguardo de dicho sistema, cual es la Nulidad de Derecho Público (artículo 4° de la Carta de 1925, y artículo 6° de la Constitución que nos rige actualmente), así como tampoco debe dejar de tenerse presente que el Código Civil, señala las reglas que deben seguirse en la interpretación de una norma, siendo la primera y fundamental, la que proporciona el sentido claro de ella, proveniente de su tenor literal. Del tenor del inciso 2° del artículo 86 de la Constitución, indicaron, no puede obtenerse su claro sentido, ya que no señala a cuál de las dos clases de vicios se refiere, por lo que ningún resultado satisfactorio puede obtenerse con esa regla interpretativa del párrafo IV del Título Preliminar de nuestra ley común, por lo tanto decidieron recurrir al siguiente orden de reglas de hermenéutica que da ese Código, cual es la intención o espíritu, siempre que éste o éstos se manifiesten claramente en la misma disposición o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Es entonces donde recurren a las propuestas de los constituyentes del '25 plasmadas en las Sesiones que se llevaron a cabo y que se encuentran registradas en Actas de la época. Cuando se contempló un título nuevo relativo a la Administración de Justicia, en ese entonces uno de los comisionados ya había propuesto que la Corte Suprema pudiera declarar la inconstitucionalidad de la ley no solo para los casos particulares en que se discutiera sino también con efectos generales, pero que había sido el propio Presidente de la República de la época, Arturo Alessandri Palma -que a su vez presidía la Comisión Constituyente- el que manifestó sus aprehensiones en torno a la disposición propuesta, porque ella si finalmente se aprobaba, investiría al máximo tribunal del país de una autoridad superior a la de todos los Poderes Públicos, enmendando a menudo la obra legislativa, declarando sin fuerza -por inconstitucionales- las leyes que se dictasen, es decir, asumiendo en los hechos todo el poder, cuando su rol debe ser pasivo y no activo. Al redactarse finalmente el inciso correspondiente al recurso de inaplicabilidad en la nueva Carta Política, se manifestaba claramente la intención o espíritu en el sentido de que ese recurso se otorgaba para los casos de infracciones de leyes cuyos preceptos se encontrasen en pugna o contradicción con prescripciones constitucionales. Estos eran, por tanto, los vicios de fondo. Además, en parte alguna de la discusión, se había hecho mención siquiera a los vicios de forma, a pesar de ser una materia -reconocieron- de importancia capital.

La mayoría de la Corte había recurrido a la historia fidedigna de la ley. Según esta, la historia demostraba que los demás comisionados, al no contradecir el pensamiento del Presidente de la República -en orden a acotar el campo de acción de la inaplicabilidad sólo a los casos que llegaran a la Corte Suprema en cuanto estos tratasen de conflictos entre ley y principios garantidos en la Constitución-, podía inferirse que ellos aceptaban implícitamente dicho pensamiento.

Además de concluir en su consideración 14°:

“Que la omisión de no crear o indicar una ley los recursos necesarios para solventar los gastos que ella demanda, no afecta a ningún principio constitucional que resguarde derechos o garantías que la Carta Fundamental establece. El financiamiento, dada su naturaleza, corresponde más bien a una situación de hecho que de derecho”.

Incluso, los jueces que conformaron el rechazo a la inaplicabilidad solicitada -el Presidente don Pedro Silva y los Ministros señores Osvaldo Illanes, Julio Espinoza, Manuel Montero, Eduardo Varas Videla, Miguel González Castillo, Víctor Ortiz, Israel Bórquez y Ricardo Martín- a modo de pregunta señalan en el considerando 10°:

“... ¿qué precepto le concede expresamente a la Corte Suprema la facultad de conocer, por medio del recurso de inaplicabilidad, de los vicios de forma ocurridos durante la confección de una ley? Ninguno. No procede, entonces, darle al tribunal una facultad tan fundamental, mediante la interpretación del precepto en estudio, cuando ella no ha sido concedida expresamente...”⁷⁷

Empero, nuevamente los magistrados señores Ramiro Méndez y José María Eyzaguirre⁷⁸, sin amilanarse -y ya sin contar con la presencia del ex presidente don Rafael Fontecilla⁷⁹- lanzaron en esta nueva oportunidad, otra vez en un voto de minoría, las mismas fundamentaciones que ya les

⁷⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1965, Tomo LXII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 106.

⁷⁸ Estos dos altos magistrados también alcanzaron la cúspide de la carrera judicial, eligiéndoseles como Presidentes de la Corte Suprema. El primero de ellos la dirigió entre los años 1969-1972 (había llegado en 1953); y el segundo fue su presidente entre 1975-1978 (había sido designado en 1960).

⁷⁹ Don Rafael Fontecilla Riquelme, disidente en el fallo de 25 de mayo de 1962, y que integrara la Excm. Corte Suprema entre 1948 y 1963, se había acogido a jubilación después de ejercer la presidencia del Tribunal, que ocupara entre 1960 y 1963.

fueran por nosotros conocidas, en orden a considerar que sí el Tribunal Supremo estaba revestido de la jurisdicción necesaria para escrutar y pronunciarse sobre los defectos de forma de una ley. Analizando nuevamente el problema, sostuvieron que era cierto que en el derecho positivo la norma inconstitucional tiene la misma fuerza obligatoria y debe ser respetada en iguales condiciones que la constitucional mientras no se declare expresamente aquel vicio que se le atribuye. Éste es el problema patente de la nulidad de las leyes inconstitucionales que plantea el artículo 86 de la Carta Política. Sus términos son tan amplios que no permiten restricciones ni distinciones entre leyes sustanciales y aquellas relativas a la formación del acto legislativo. Al pretender que un acto del legislador que ha llegado a su fase final, que se promulga y se toma razón de él por parte de la Contraloría General de la República, el que se enumera y se publica como ley, pero en el cual se ha producido un vicio constitucional procedimental, por lo que no tendría por ese hecho existencia como tal, importaría en los hechos una negación de la realidad jurídica formal, y el principio resulta inaceptable porque contraría una de las bases en que descansa el control recíproco de los Poderes del Estado (considerando 9°). En el punto 10° de su disidencia, expresaron que:

“en doctrina se sostiene que la ley que nace violando la Constitución no es ley, porque no guarda la conformidad que imperiosamente exige el orden jurídico, puesto que todo acto de una autoridad delegada contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo; y, por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido y que toda inconstitucionalidad, aún la de fondo, llega a ser inconstitucionalidad formal en el sentido de que una ley cuyo contenido está en contradicción con las prescripciones de la Constitución, dejaría de ser inconstitucional, si fuere aprobada como ley constitucional”⁸⁰

Para la posición de minoría de los Ministros señores Méndez Brañas y Eyzaguirre Echeverría, era necesario dejar en claro que la teoría que distingue los dos tipos de infracción constitucional (forma y fondo) tiene una clara falta de fundamentos: primero, porque el artículo 86 de la Carta Política no hace distinción alguna; y segundo, porque no es procedente acudir a un elemento subsidiario de interpretación -como lo hace la mayoría-, cual es la historia fidedigna del establecimiento de la ley para desentrañar aquel sentido, porque aún en el supuesto de que el texto en cuestión no fuera lo suficientemente claro y que,

80 Ibid., voto de minoría.

“en consecuencia, fuera dable desatender su tenor literal para consultar su espíritu, a la misma conclusión se llegaría, interpretándola con sujeción al artículo 19 del Código Civil...”

porque el inciso 2° de dicho precepto hermenéutico dispone que se puede interpretar una expresión obscura de la ley, recurriendo a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento. Para los Ministros disidentes, la fuente primaria de la labor del intérprete, esto es cuando se escudriña la intención de la ley, es decir, su razón de ser (*ratio legis*), es buscarla en la ley misma, en el propio precepto que se lee, antes de acudir a la historia de su establecimiento -al cual sitúan como un elemento de escaso valor, el que se encuentra además fuera de la propia ley-.

“Lo que interesa al intérprete no es, en primer término, la ‘voluntad del legislador’, la cual surge de la historia del Proyecto, sino la ‘voluntad de la ley’, manifestada en ella misma. Se trata de dos órdenes de ideas diferentes”^{81 82}

Por lo anterior, y a pesar de que el inciso 1° del artículo 11 de la Ley N° 14.501 dispuso que el costo de los reajustes serían de cargo de las respectivas instituciones de previsión social, infringió de igual modo la Carta Fundamental en su artículo 44 N° 4 inciso 2°, porque no creó ni indicó al mismo tiempo, de un modo preciso y determinado, las fuentes de recursos necesarios para atender los gastos que demandarían dichos reajustes, sino que obligó a pagarlos a las Cajas mencionadas, lo que importa no crear o indicar las fuentes de tales recursos. Por todas las razones expuestas, estuvieron por declarar inaplicables por inconstitucionales en el correspondiente juicio promovido, la mencionada Ley 14.501.

81 Ibid. Voto de minoría. Punto 13° de la disidencia.

82 En cuanto al concepto “*voluntad del legislador*”, la minoría sostiene en el fallo en comento, que éste “...es falso, por no corresponder a la realidad. Sin duda proviene de aquel tiempo en que el autor de la norma se identificaba con el que la dictara: el soberano o el príncipe; y entonces, el término legislador correspondía al concepto de una persona física; pero hoy, son los cuerpos legislativos los que confeccionan las leyes. Y ya no es una la voluntad que legisla, sino que son muchas las voluntades que intervienen”. Parte final del razonamiento 13°.

11. Los Decretos con Fuerza de Ley

a. Primera aproximación. Como bien sabemos, reciben el nombre de Decreto con Fuerza de Ley (D.F.L.), aquellos que por expresa autorización de una ley, dicta el Presidente de la República sobre materias que según la Constitución Política son propias de ley, y por tanto atribución propia del Congreso Nacional.

Se ha tendido a diferenciar en cuanto a leyes de *delegación legislativa*, que otorgan al Poder Ejecutivo facultades extraordinarias y lo autorizan para dictar decretos con fuerza de ley; y las denominadas *leyes normativas*. En cuanto a las primeras:

*“el Congreso Nacional entrega o delega simplemente sus facultades legislativas, que le son propias y exclusivas de acuerdo con la Constitución Política, en la persona del Presidente de la República, para que éste, con sujeción sólo a su personal criterio, actúe por la vía de la delegación de potestad de una materia que es propia de ley. En cambio, en una ley normativa el legislador, observando todo el procedimiento establecido en la Carta Fundamental y pronunciándose, aprueba los principios básicos y sustanciales de una determinada materia sometida a su conocimiento, imparte criterios orientadores generales sobre el particular; y señala los límites y finalidades al Presidente de la República para que, mediante el uso de su potestad reglamentaria, complementa, regule o adicione esas normas para un mejor funcionamiento, ejecución y aplicación de la ley”*⁸³

83 En doctrina se hace una distinción entre las leyes de *delegación legislativa propiamente tales* (que son las que otorgan por parte del Poder Legislativo al Ejecutivo las facultades extraordinarias y le autorizan a dictar el correspondiente decreto con fuerza de ley), y las llamadas *leyes normativas*. En estas últimas -según el Boletín N° 10.288 de la Cámara de Diputados, páginas b) y c)-, el legislador lo que hace a diferencia de las primeras, es dar un criterio general sobre la materia particular, señalando asimismo los límites y finalidades que el Presidente de la República debe seguir en el ejercicio de su potestad reglamentaria, complementando, regulando o adicionando las *“normas para un mejor funcionamiento, ejecución y aplicación de la ley”*.

Así lo definió un Informe de la Comisión de Gobierno Interior de la Cámara de Diputados, en su sesión de 7 de enero de 1965, que acordó recomendar el rechazo de la idea de legislar sobre la materia^{84 85}.

Por tanto, nos corresponde estudiar ahora cuáles son los alcances y el ámbito de incidencia del recurso de inaplicabilidad, a la luz de lo que le correspondió conocer y pronunciarse al máximo tribunal de justicia de nuestro país en torno a tan relevante materia.

Pero partamos ésta interesante parte de este trabajo diciendo que hay mucha y muy interesante bibliografía al respecto⁸⁶. Revisada ella es fácil darse cuenta de que, en nuestro medio jurídico y político, éste siempre fue un tema de real y profundo interés.

84 Como decía el Proyecto de Reformas Constitucionales de 1968 -el cual nunca llegó a concretarse en ley-, se le autorizaba al Presidente de la República para que dictara normas sobre materias de ley, salvo en ciertos asuntos en que expresamente estaba prohibido -y que se encontraban enumerados en el Proyecto mismo-. En lo medular este decía “que la autorización sólo podrá otorgarse por un tiempo no superior a un año, señalará las materias sobre las cuales dichas normas podrán recaer y los principios o criterios que las informarán...” En el Proyecto además se establecía, que jamás podía el Presidente de la República obtener esta legislación por medio del plebiscito”.

En las Cuartas Jornadas de Derecho Público, celebradas en el año 1965, se discutieron variados tópicos. En la Comisión de Derecho Constitucional se desarrolló un debate en torno al trabajo presentado por el profesor de dicha cátedra en la Universidad de Chile, don Jorge Tapia Valdés titulado “*Norma de clausura, ley de bases y delegación de facultades legislativas*”. Luego de realizar una definición de cada una de ellas -de las ‘leyes reglamentarias’, las ‘leyes bases o normativas’ y la ‘norma de clausura’-, la Comisión llegó al siguiente acuerdo en torno a la delegación de facultades legislativas: **“a) Debe constitucionalizarse el otorgamiento de facultades legislativas al Presidente de la República;** b) *esta delegación se consideró procedente para casos especiales y que atendidas las circunstancias requieran el rápido otorgamiento de poderes legislativos al Jefe de Estado. Se indicó a manera ejemplar los siguientes: agresión exterior; conmoción interior; calamidad pública, paralización de servicio y actividades fundamentales para la marcha del país. Por mayoría se aprobó una quinta causal, ‘y otras situaciones de emergencia calificadas por el Congreso Nacional’;* c) *Hubo acuerdo en el sentido de que el quórum requerido para su otorgamiento debe ser la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada rama del Congreso, con excepción de la última causal (quinta), que deberá requerir la mayoría absoluta de los miembros en ejercicio de cada Corporación;* d) *La disposición constitucional que estatuya la delegación de facultades debe estipular un plazo genérico, que especificará el legislador en cada otorgamiento;* e) *La propia ley de delegación señalará el sistema de control. Ej. Contraloría General, mediante el trámite de Toma de Razón;* f) *No existe trámite de insistencia en el despacho de estas leyes;* g) **La propia Constitución deberá enunciar las materias de ley que no podrán ser objeto de delegación, como asimismo aquellos órganos o servicios a los que no podrá extenderse. En general ellas coinciden con las materias propias de ley reglamentaria;** y h) *La ley señalará las materias a que se extienda la delegación”.* Cuartas Jornadas de Derecho Público, septiembre de 1965, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 1966, págs. 33 a 36.

85 Con todo, la H. Cámara aprobó el proyecto.

86 A modo de ejemplo pueden consultarse: SOLÍS PINO, Álvaro, *Estatuto Jurídico actual de los decretos con fuerza de ley en Chile*, Memoria de Licenciatura, Concepción, año 1965; ORTÚZAR SANTA MARÍA, Enrique, *La ley normativa y la delegación de facultades extraordinarias*, Memoria de Licenciatura, Santiago, año 1964; MURILLO SOFFIA, Guillermo, *Las leyes delegadas*, Memoria

b. Fallo de casación reconoce validez de esta legislación. Comenzaremos diciendo que el 16 de agosto de 1928, se rechazó por parte de la Corte Suprema un recurso de casación en el fondo, fundado en que -en juicio criminal por robo con violencia-, no se había deducido acusación en forma legal, y en que la deficiencia en la práctica de esta diligencia había producido nulidad porque esa era la sanción impuesta expresamente por la ley. En la especie, el máximo tribunal resolvió, que la supresión de los Promotores Fiscales -mediante Decreto N° 426, de 28 de febrero de 1927, que se dictó en uso de la facultad que al Presidente de la República confirmó el N° 3 del artículo 15 de la Ley N° 4.113, de 25 de enero del mismo año- tenía fuerza obligatoria, lo que permitió en cambio a que fueran los jueces de primera instancia -los que procediendo de oficio en los casos en que las leyes determinaban la intervención de aquellos funcionarios como acusadores públicos- suplieran ese trámite. En consecuencia, el auto dictado por el juez instructor -en ausencia de el del Promotor- había servido de suficiente acusación, por lo que:

“en consecuencia, no se ha incurrido en la omisión que sirve de base al recurso y el fallo no se halla con el vicio de nulidad que se alega”⁸⁷

Quedó así asentado tempranamente por el máximo tribunal -aunque a través de un recurso distinto, conociendo como Corte de Casación-, el reconocimiento a este tipo de legislación.

c. La delegación de facultades legislativas no puede ser juzgada por los tribunales de justicia. Se entendió por parte de nuestra Corte Suprema que las leyes delegatorias sólo podían ser examinadas por ella para determinar si reunían los requisitos externos propios de una verdadera ley, pero no creyéndose competente para pronunciarse acerca de si la *delegación de funciones legislativas* propiamente tales estaba o no dentro de las atribuciones señaladas por la Constitución Política al Congreso Nacional, estimando el máximo tribunal que no le era permitido en este aspecto su intervención

de Licenciatura, Editorial Universo, Valparaíso, s/f; CORREA OPASO, Pedro, *La delegación legislativa y el decreto con fuerza de ley*, Memoria de Licenciatura, Santiago, año 1956; SÁNCHEZ RISI, Armando, *La legislación delegada (D.F.L.)*, Memoria de Licenciatura, Santiago, año 1963; PÉREZ BÓRQUEZ, Arcadio, *La emergencia legislativa*, Memoria de Licenciatura, Santiago, año 1955; CALVO GARRIDO, Héctor, *El decreto de emergencia*, Memoria colectiva, Santiago, año 1956; OSORIO, Loma; PÉREZ Cecilia y MORENO OJEDA, Benjamín, *Los decretos*, Memoria colectiva, Santiago, año 1958; CABEZAS D., Fernando, *Las facultades extraordinarias*, Memoria de Licenciatura, Universidad Católica de Valparaíso, año 1961, entre otros.

⁸⁷ La sentencia fue pronunciada por el Presidente del Tribunal don Gustavo Sepúlveda; y por los Ministros señores Dagoberto Lagos Pantoja, Germán Alzérreca, Agustín Parada Benavente, Carlos de la Fuente y Romilio Burgos. *Gaceta*, 16 de agosto de 1928, 2° semestre, N° 84, pág. 490.

a través del recurso de inaplicabilidad. Mientras los decretos dictados por el Presidente de la República en uso de la potestad legislativa delegada se encuadraran en las facultades que específicamente se le delegaron, las cuestiones que podían surgir relativas a la obligatoriedad y legalidad de esos decretos, escapaban al conocimiento del Poder Judicial. No cabía resolver si el Jefe de Estado se había extralimitado en las funciones delegadas por el Legislativo, ni menos si éste último había podido hacer tal delegación ⁸⁸.

El 13 de septiembre de 1932, se entabló por parte de don Osvaldo de Castro -en un juicio minero por mensura-, recurso de inaplicabilidad en contra de las disposiciones del Decreto con Fuerza de Ley N° 103, de 16 de abril de 1931 y de la Ley N° 4.945, de 6 de febrero del mismo año. El artículo 1° de esta última disposición, señaló lo siguiente:

“Se autoriza al Presidente de la República, hasta el 21 de mayo del presente año, para dictar todas las disposiciones legales de carácter administrativo o económico que exija la buena marcha del Estado” ⁸⁹

El recurrente sostuvo que la facultad de legislar, es decir la de dictar normas obligatorias, competía exclusivamente al Congreso Nacional, y que el Presidente de la República sólo concurre a la formación de las leyes, sea presentando o proponiendo proyectos, sea interviniendo en la discusión de éstos, o bien vetándolas en la forma prevista por la Constitución. Corresponde además al Jefe de Estado, sancionar y promulgar las leyes y dictar los reglamentos, decretos e instrucciones para la ejecución de ellas; agregó asimismo que el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, que le es propia, ni tampoco puede autorizarlo en términos generales para dictar normas legales con carácter obligatorio, porque la Constitución no permite esta delegación que destruye la esencia misma del Poder Legislativo, y porque ningún precepto constitucional autoriza un procedimiento semejante, además que sería contrario a las disposiciones del artículo 4° de la citada Constitución que declara nulos los actos de las autoridades que sobrepasan las facultades y derechos que no sean los que en forma expresa les confieran las leyes.

⁸⁸ La Contraloría General de la República, por medio de Oficio 12930, del año 1944, había señalado que, respecto de la Ley N° 7.200, de 18 de julio de 1942 -que concedió facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo-, que la circunstancia de si el Presidente de la República se excedió o no de sus facultades delegadas, no podría ser materia de un recurso de inaplicabilidad, porque es una cuestión que ni la Carta Fundamental ni la ley han entregado a los tribunales. Y mientras tal declaración de inconstitucionalidad no se hiciera -declaración que tampoco es de carácter general-, sólo procedía acatar dichos preceptos.

⁸⁹ Se promulgó por S.E. el Presidente de la República don Carlos Ibáñez del Campo, y lleva además la firma del Ministro de Hacienda don Carlos Castro Ruíz.

Continuó el recurrente con su batería de argumentaciones: señaló además que el Código Civil establece la *nulidad absoluta*, por causa de *objeto ilícito* de todo acto que se ejecute en contravención al Derecho Público Chileno, y que la historia fidedigna de la Carta Fundamental confirma la anterior conclusión ⁹⁰. La Ley N° 4.945, en cuanto autorizó al Presidente de la República para dictar todas las disposiciones legales (de carácter administrativo o económico, como ya vimos), es abiertamente inconstitucional y, por tanto nula de nulidad absoluta, porque el Congreso no pudo conferir semejante facultad sin incurrir en una extralimitación de sus funciones. Si es nula la delegación que comporta esta ley, lo es también por consecuencia el Decreto con Fuerza de Ley N° 103 ⁹¹, dictado en ejercicio de la facultad conferida por la citada ley, por cuanto ambas disposiciones se habrían dictado con manifiesta infracción de lo preceptuado en los artículos 44 y 72 de la Constitución de 1925.

Pero el recurrente no se quedó ahí, sino que fue más allá: señaló que si se llega a suponer que el mentado DFL N° 103 sea calificado como *simple decreto* del Ejecutivo, y que en virtud de ese antecedente se diga que queda ajeno a la declaración de inconstitucionalidad que puede hacer la Corte Suprema sólo de las *verdaderas leyes*, y contemplando esa hipótesis, argumentó que si a ese decreto se le daba el carácter de *ley*, entonces quedaba sujeto al control del máximo tribunal, y si, por el contrario, es *simple decreto*, no ha podido versar sobre materias ajenas a la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Continuó expresando que, si se pretende excluir de la jurisdicción de la Corte Suprema al citado decreto en razón de su naturaleza, se llega al absurdo de que no habría medio alguno de invalidarlo, no obstante que tiene por fundamento una pretendida delegación de facultades legislativas que la Constitución no permite; pero que en verdad, del claro

90 En efecto, de las Actas Oficiales de las sesiones celebradas por la Comisión y Sub-Comisión que hizo el estudio del Proyecto, aparece que fue rechazada la indicación del Presidente de la República, don Arturo Alessandri Palma, para agregar al artículo 44 un precepto que hubiera permitido conceder al Primer Mandatario por parte del Congreso Nacional, la facultad de dictar ciertas leyes con sujeción a bases o normas generales prefijadas por aquella Corporación. Don Luis Barros Borgoño, dejó su opinión en el sentido de que “*seguramente tal indicación produciría mal efecto en el país, por bien intencionada que sea*”. Y don Guillermo Edwards Matte “*estima también que sería muy grave dar tal facultad al Presidente*”. Arturo Alessandri en virtud de estas opiniones, “*no insiste en su idea*”. Trigésimo segunda sesión de la Sub-Comisión de Reformas Constitucionales, 1° de agosto de 1925. Ver *Actas de la Comisión Revisora de la Constitución*. Imprenta Universitaria, Santiago, año 1925, págs. 504 y 505.

91 El referido Decreto con Fuerza de Ley -N° 103, de 16 de abril de 1931-, contiene disposiciones que modificaron el Código de Minas y la Ley N° 1.815, de 7 de febrero de 1906. Sancionó con nulidad absoluta las mensuras a que se refiere el artículo 3° de ese decreto, que autorizó además a los jueces a declararla de oficio. Calificó asimismo de delito determinados actos, señalando las penas correspondientes.

tenor del artículo 86 de la Carta Política, se desprende que cae bajo el control de la Corte por cuanto éste artículo habla de *cualquier precepto* que sea contrario a ella.

La Corte rechazó el recurso, señalando que correspondía al tribunal que conocía de la mensura de la pertenencia salitral, pronunciarse acerca de si los preceptos del decreto impugnado revestían o no fuerza obligatoria. Votaron en ese sentido el Presidente del Tribunal don Javier Ángel Figueroa, y los Ministros señores Humberto Trucco, Alberto Novoa, Romilio Burgos, Roberto Alonso, Gregorio Schepeler, Alfredo Rondanelli, Guillermo Silva Cotapos y José Miguel Herмосilla, quienes consideraron que:

“4°) ...sólo bajo el punto de vista formal puede la Corte Suprema considerar si la Ley N° 4.945 reúne los requisitos externos propios de la verdadera ley, sin que le sea permitido pronunciarse acerca de si la delegación de funciones legislativas que ella comporta excede o no las facultades asignadas por la Constitución al Congreso Nacional, por cuanto no existe en el orden jurídico los arbitrios que garanticen que esas facultades se ejerciten en toda circunstancia dentro de los límites que la Constitución señala; y dado que la jurisdicción de la Corte, para declarar inaplicable las leyes, alcanza únicamente a los casos precisos que consulta el artículo 86 de la Carta Fundamental, es obvio comprender que, en general, la arbitrariedad inevitable de los poderes atribuidos a los cuerpos superiores del Estado sólo se limitan por simples doctrinas que inspiran la razón y el buen sentido público ante la necesidad de mantener un equilibrio entre los distintos organismos constitucionales; 5°) Que cualesquiera que sean los vicios internos que pueda adolecer la Ley N° 4.945 [...] y aun cuando esta delegación en teoría importa el desconocimiento de las normas escritas de la Constitución [...] se interpone reconocer que el respeto y cumplimiento de esas normas depende de factores de orden político y social que son de todo punto ajenos a un juzgamiento propiamente jurídico; [...] 10°) Que el Decreto con Fuerza de Ley N° 103 dictado en virtud de la autorización conferida al Presidente de la República por la Ley N° 4.945 contiene preceptos dirigidos a la reforma de leyes sustantivas y de procedimiento judicial que regían con

*anterioridad, y prescriben sanciones penales y nulidades, abarcando así materias que son de exclusivo resorte de la verdadera ley”*⁹²

Para quien lea lo anterior puede resultar increíble lo resuelto por nuestro máximo tribunal, porque decide rechazar el recurso de inaplicabilidad, aunque reconoce en forma explícita los vicios denunciados en torno a la Ley N° 4.945, pero evita declararlos, pues a su entender, hay factores más allá de lo jurídico que impiden restarle valor. En el punto 6° incluso llega a señalar que una vez dictada una ley

“según las normas constitucionales, no hay medios jurídicos que permitan eludir su fuerza obligatoria”.

Pero precisamente eso es lo que se había denunciado en el recurso: el incumplimiento de “*las normas constitucionales*”, para resolver acto seguido, dejar en manos de la Justicia Ordinaria la posibilidad de apreciar su legalidad y fuerza vinculante. Es decir, entrega un asunto de relevancia total a la responsabilidad de jueces que recién vienen comenzado su carrera funcionaria^{93 94}.

Pero nuevamente, un voto de minoría viene a poner perspectiva en el delicado punto que venimos tratando en este trabajo: entra derechamente a un tema de fondo, cual es la infracción del decreto tachado en contraposición a un derecho consagrado por la Constitución Política. El Ministro don Mariano Fontecilla Varas, si bien no se pronunció sobre el aspecto de la delegación de facultades, fue de la opinión de declarar la inaplicabilidad del mencionado DFL en referencia, porque entendió que este decreto contrariaba derechos patrimoniales garantidos por la Constitución al conceder a los

92 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1932, Tomo XXX, 2° Parte, Sección 1°, pág. 36.

93 Considerando 12° del fallo en estudio: “*Que los vicios imputados al Decreto N° 103 cuyas disposiciones pugnan con los preceptos de distintas leyes que se estiman como vigentes, suscitan una cuestión que no sería ya la de inconstitucionalidad prevista por el artículo 86 de la Constitución, sino la de ilegalidad de un decreto dictado por el Presidente de la República excediendo sus facultades constitucionales*”. Para continuar en el siguiente -13°-: “*Que corresponde a la justicia ordinaria apreciar la legalidad y fuerza obligatoria de los preceptos de ley y decretos que deban aplicarse en la resolución de las contiendas sometidas a su conocimiento, puesto que, si se privare al Juez de la libre apreciación de la eficacia que revistan las leyes, quedaría impedido de ejercer cumplidamente sus funciones*”.

94 El fallo cuenta también con la prevención de los Ministros señores Novoa, Alonso y Rondanelli, quienes estuvieron por desechar el recurso lisa y llanamente, porque en el caso de autos no cabía poner en ejercicio la Ley N° 4945 ni como consecuencia de ello, el DFL N° 103. Arguyen, además, que el recurso de inaplicabilidad es con relación a preceptos legales que estén en pugna con la Constitución, “no con leyes de otra naturaleza”.

*“tribunales que no tenían atribuciones para rever si la pertenencia salitrera estaba bien o mal concedida, según fueren las facultades de las autoridades correspondientes sino que se limitaban, como en cualquier cumplimiento de fallo, a conceder todo lo que aquellas sentencias hubiesen declarado, bien o mal, mientras que el decreto actual obliga de oficio a que los tribunales revean el juicio anterior, cuyos fallos se trata de cumplir, y se pronuncien nuevamente sobre si las concesiones han sido o no ajustadas a derecho”*⁹⁵

El magistrado recién nombrado más arriba será protagonista en lo sucesivo, de interesantes discrepancias con el resto de sus colegas según tendremos ocasión de apreciar en el desarrollo de nuestro trabajo.

Nuevamente -el 27 de septiembre de 1933-, se resolvió por la Corte Suprema en recurso de inaplicabilidad interpuesto por don Marcos González Ronda, en esta ocasión que el Decreto con Fuerza de Ley N° 119, de 20 de abril de 1931, sobre contribución de herencias y donaciones, dictado en virtud de la misma Ley N° 4.945 delegatoria de funciones legislativas, no podía atacarse por esa vía. Claramente toca el punto de la discordia, resolviendo que:

“no está dentro de las facultades de este Tribunal [...] decidir, ni aún en casos determinados, si el Poder Legislativo ha podido delegar sus funciones...” (considerando 4°). En el fundamento siguiente, señala *“que tampoco puede resolver si el Presidente de la República extralimitó las facultades que el Poder Legislativo le había delegado; ya que la Constitución en la disposición citada [artículo 86] no le confiere este derecho...”*

⁹⁶

También, en sentencia fechada el 10 de agosto de 1936, vuelve a rechazar la inaplicabilidad solicitada, esta vez intentada contra el Decreto con Fuerza de Ley N° 29, de 11 de marzo de 1931 -que nuevamente tenía como base la delegación de facultades de la ya consabida Ley N° 4.945-. Se trató de un juicio arbitral, entre la Compañía Chilena de Electricidad Ltda. con la Municipalidad de Santiago, del cual pasó a conocer por vía de apelación el

⁹⁵ *Ibíd.*, voto de minoría.

⁹⁶ El Ministro don Mariano Fontecilla previno que no aceptaba el considerando 6° del fallo, es decir en cuanto el DFL N° 119 -cuando deroga la Ley N° 5002 del año 1931-reconoce y confirma su propio valor- *“como mandato legislativo válido, debidamente autorizado, y dado sin salirse de las facultades que delegó por la Ley 4945, lo que ha vuelto a confirmarse por la Ley N° 5154, de 10 de abril último, que también hace referencia a aquel Decreto con Fuerza de Ley N° 119...”*. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1933, Tomo XXXI, 2° Parte, Sección 1°, pág. 63.

máximo tribunal. El mentado DFL, que aprobó el contrato celebrado entre el Gobierno de Chile, el Fisco, la Municipalidad referida y las Compañías de Chile y de Tracción y Alumbrado de Santiago, vino a modificar leyes procesales en cuanto a la competencia de los tribunales ordinarios, plazos, recursos y procedimientos en general, entre otras importantes materias. La Corte Suprema, señaló que procede el recurso en los negocios que se siguieren ante otro tribunal distinto de ella, sacándose de encima de ese modo una nueva decisión sobre el particular. Por esa razón declara la acción sin lugar; pero resolviendo derechamente la apelación de la sentencia arbitral, la confirmó. Esa decisión la tomaron los Ministros Alberto Novoa, Romilio Burgos, Gregorio Schepeler, Alfredo Rondanelli, José M. Hermosilla, Eulogio Robles, David Carvajal y Juan B. Ríos, después de desechar la indicación previa de los magistrados señores Mariano Fontecilla Varas y Malcom Mac Iver. Estos jueces propusieron como primera medida que se declarase inaplicable el DFL N° 29, por los siguientes fundamentos:

“... según la Constitución ‘sólo en virtud de una ley podrán hacerse innovaciones en las atribuciones de los Tribunales’, de manera que no es susceptible de reformas sino por otra ley [...], siendo también precepto constitucional el que dice que una ley especial determinará la organización y atribuciones de los Tribunales, tampoco es dable aceptar que los ciudadanos, por convenio particular, le alteren la competencia... Que la Constitución de 1833 contemplaba la autorización del Congreso al Presidente de la República para que usara de facultades extraordinarias; pero tal precepto fue expresamente suprimido en la reforma de 1874 y no volvió a aparecer en la de 1925, a pesar de que hubo proposiciones al respecto; y ahora ni expresa ni implícitamente se autoriza a nadie, fuera del Poder Legislativo para dictar disposiciones con fuerza de ley, ni tampoco para que éste delegue atribuciones [...] Que, en consecuencia, carecen de valor legal las disposiciones que excedan las facultades que le competen al Presidente de la República, aun cuando hayan sido dictadas en virtud de expresa delegación de la autoridad competente, por cuanto en derecho público únicamente es lícito a las autoridades ejecutar los actos que les estén expresamente permitidos; [...] respecto a las resoluciones, hasta de carácter general, sobre la validez de los decretos leyes no pueden hacerse extensivas a decretos con fuerza de ley, dictados por el Ejecutivo en circunstancias de que en el país existía en ejercicio el Poder Legislativo, único a quien competen tales atribuciones; Que en el supuesto de

que la Ley N° 4.945 no fuera susceptible de ser declarada inaplicable y abordando el problema bajo el aspecto de simple legalidad también se arriba a la misma conclusión, puesto que no es dable considerar ‘carácter administrativo o económico que exija la buena marcha del Estado’ los preceptos que cambian la competencia del Tribunal Supremo, únicos casos a los cuales podrán referirse los decretos con fuerza de ley en conformidad con dicha ley”⁹⁷ (Nota: el subrayado es nuestro).

En esta indicación previa desechada de los Ministros mencionados -que estuvieron por declarar la inaplicabilidad del mentado DFL- queda reflejada la discusión que tuvo lugar en el seno del mayor tribunal de la República, en un proceso donde se alteraban las reglas de competencia de los propios tribunales, donde se establecía que el máximo ente jurisdiccional, conociera como uno de segunda instancia en virtud de lo dispuesto en el artículo 153 del Contrato ya mencionado. Y no sólo eso, se modificaban además la Ley de Municipalidades, al otorgárseles a los Juzgados de Policía Local competencias especiales; también había franquicias, modificación de plazos de reclamo, etcétera.

Volvió a reiterar su doctrina, el 7 de octubre de 1939, en recurso interpuesto por don Manuel Rodríguez Pérez y otro, que pedía la inaplicabilidad de los artículos 8° N° 4°, 12 a 18 inclusive del Decreto con Fuerza de Ley N° 245, que estableció, entre otros, un impuesto a favor de las Municipalidades por la extracción de basuras, por cuanto según el recurrente en la Constitución Política se señala que sólo en virtud de una ley se pueden crear impuestos o contribuciones, y la contribución de aseo domiciliario fue creada por el Presidente de la República, mediante las facultades de la -nuevamente- Ley N° 4.945. Aseveró la Corte, en su consideración 4°, que al dictar el Jefe de Estado dicho DFL, lo ha sido

“en virtud de una autorización legal que le fue delegada, y no en uso de una facultad que le otorgue la Constitución”. En razón de lo anteriormente expuesto, siguió: “5°) ...que el inciso 2° del artículo 86 no le confiere derecho a este Tribunal para pronunciarse acerca de dicha delegación”, y que la Corte “no está facultado por la Constitución para juzgar acerca de la constitucionalidad de la Ley N° 4.945, ya que los recurrentes

⁹⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1936, Tomo XXXIII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 475.

no piden se declare su inconstitucionalidad, sino que se limitan a invocar ésta como antecedente de la inaplicabilidad de los preceptos que expresan...” (Cons. 6°)^{98 99}

En este último punto, la Corte Suprema parece olvidar que la declaración de inaplicabilidad incluso puede hacerla de oficio.

Idéntica determinación tomó en referencia al mismo decreto con fuerza de ley, el 15 de mayo de 1944, cuando, conociendo el recurso solicitado por don Juan Tamargo. Lo rechazó, explicitando que:

98 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1940, Tomo XXXVII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 318.

99 Con ocasión de un recurso de inaplicabilidad interpuesto por las señoras Blanca y Lucrecia, ambas de apellido González, quienes se presentaron ante la Corte Suprema, expresando que seguían juicio contra el Fisco y la Caja de Retiro y Montepío de las Fuerzas de Defensa Nacional, porque se les había modificado el goce de un montepío militar mediante Decreto con Fuerza de Ley N° 2729, en virtud de las facultades especiales que le fueron concedidas al Presidente de la República por las Leyes 4113 y 4156 -que son su fundamento-, cuando aquel precepto dispuso que dichos derechos invocados se solicitasen habiendo transcurrido un año del fallecimiento del deudo, se concederían sólo desde la fecha de la respectiva solicitud. La recurrente alegó que las dos últimas normas nunca se han referido en forma alguna al goce de montepíos, por lo cual al modificar su goce el referido DFL ha derivado en que la privación o incautación del dinero que le correspondía durante el tiempo indicado significaba en los hechos una contribución indirecta o una exacción, lo que sólo puede ser autorizado por una ley, lo que, no habiendo ocurrido en la especie, da lugar a que se configure una carencia constitucional. El Consejo de Defensa, evacuó traslado en el sentido que dicho DFL no establece en modo alguno una contribución, sino que tan solo reglamenta las condiciones en que dichos derechos previsionales deben otorgarse y la forma cómo éstos se gozan, y que, si se le niega el carácter de ley, el recurso fallaría por su base, por cuanto el hecho de que el Presidente de la República en sus atribuciones en la concesión del montepío de autos se hubiere excedido, tal materia no es propia del objeto de un recurso de inaplicabilidad. Agregó que era contradictorio deducir esta acción, ya que por un lado se estima por las recurrentes el haberse infringido una disposición constitucional -la del N° 9 del artículo 10-, lo que equivale a reconocer al DFL en cuestión el carácter de ley, y por otro lado, decir al mismo tiempo que han sido violadas las leyes que reglan la concesión y goce de montepíos, como si este DFL no fuera una ley. Termina diciendo que siempre el Tribunal Supremo ha reconocido la fuerza obligatoria de tales actos gubernativos.

Al respecto, la Corte por unanimidad -después de oír a la Caja de Retiro, quien señaló que en el caso de que pudieren existir extralimitaciones, no sería el máximo tribunal el indicado para juzgarlas, pues el propio Congreso ha reconocido implícitamente validez al DFL de marras, pues con posterioridad ha dictado leyes sobre la misma materia, modificando o enmendando lo establecido en él, por lo cual aunque se considere que el Ejecutivo se extralimitó en sus facultades, una ley posterior modificatoria vino a sancionar la validez del anterior-, resolvió que la Constitución Política “no contiene ningún precepto que determine la fecha desde la cual debe pagarse un montepío, de manera que el Decreto con Fuerza de Ley impugnado, al fijar esa fecha, no contraría a ningún precepto constitucional”. Además, si fuere el caso que el Jefe de Estado en su obrar se haya extralimitado en las facultades concedidas, y que no le fuera autorizado por las respectivas normas nombradas relativas a la materia en cuestión, ya sea en cuanto a dictarlas, ya sea en cuanto a modificarlas, ello “**no puede servir de base a un recurso de inaplicabilidad, porque ello suscita una simple cuestión de legalidad y no de inconstitucionalidad**”. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1940, Tomo XXX, 2° Parte, Sección 1°, pág. 290.

*“tratándose de facultades concedidas por un Poder Público a otro de igual naturaleza, la Corte Suprema no podría declarar su inaplicabilidad”*¹⁰⁰

d. Decretos con Fuerza de Ley que exceden o contrarían las facultades legislativas delegadas. Ilegalidad y no inconstitucionalidad. Mientras los decretos dictados por el Jefe de Estado haciendo uso de las potestades legislativas que le ha delegado el Parlamento se mantengan dentro de los límites de las facultades que específicamente el Congreso Nacional le invistió, su obligatoriedad y legalidad no son materia del conocimiento de los tribunales de justicia. Pero si dichos decretos contravienen o exceden las facultades otorgadas, su origen ya no emana de la potestad delegada sino simplemente de la *reglamentaria* que la Constitución Política atribuye al Presidente de la República, y entonces el asunto que se genera es de mera ilegalidad y no de inconstitucionalidad. No correspondía, por tanto, pronunciarse a la Corte Suprema en torno al problema que se suscitara por la vía del recurso de inaplicabilidad, sino a los tribunales que conocen del juicio¹⁰¹.

En juicio caratulado “*Cuevas con Bigas*”, en el cual nos detendremos por toda la información disponible que ha podido recopilarse, el señor Juez del

100 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1945, Tomo XLII, 2º Parte, Sección 1º, pág. 115.

101 En juicio que siguió al Fisco, don Federico Duncker, interpuso recurso de inaplicabilidad contra el Decreto con Fuerza de Ley N° 308 (dictado en uso de las facultades extraordinarias, en virtud de la Ley 4.945), que, según el recurrente dejó sin efecto la expropiación que se había llevado a efecto, desconociendo por acto unilateral, una deuda fiscal proveniente de ésta. El DFL N° 308, importa -siguió el recurrente- una violación de su derecho de propiedad, una confiscación de su crédito hecha por el Estado, proveniente precisamente de una expropiación efectuada; al dictar el decreto, el Presidente de la República don Carlos Ibáñez del Campo -y que fuera refrendado por los Ministros señores Gustavo Lira y Rodolfo Jaramillo-, ha ejercido una función judicial, puesto que ha dejado sin efecto un contrato celebrado por escritura pública sin que el Fisco haya obtenido de los Tribunales de Justicia la declaración de nulidad o resolución correspondiente, constituyéndose así en juez y parte, y como quiera que ordena, además, cancelar una inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. La Corte Suprema, al rechazar el recurso en todas sus partes, por voto unánime de los ocho magistrados que concurrieron a la vista de la causa el 11 de abril de 1933, en su considerando 3º, señala: “*Que de la simple lectura de (los) términos (del decreto N° 308), deja ver que su contenido no es materia propia de la ley, sino del decreto gubernativo, porque se limita a derogar otro decreto expedido por el Presidente de la República...*”, para continuar en el N° 14, expresando medularmente: “*... la circunstancia de no ser el referido decreto una ley, por no estatuir sobre materias propias de esta clase de disposiciones, sino un simple decreto gubernativo que no pierde tal carácter por haber sido impropriamente expedido en uso de las facultades extraordinarias que la Ley N° 4.945 confirió al Presidente de la República (...); y como tal decreto, susceptible de ser apreciado por los tribunales del pleito en cuanto a los efectos llamados a producir respecto de quienes se consideren afectados con su dictación y cumplimiento*”. El Ministro don Mariano Fontecilla, previno que los títulos a que se ha hecho mención “*quedarían sujetos a la apreciación que les mereciere a los jueces de la causa, y surgiría la cuestión jurídica de averiguar si esas escrituras han podido dejarse sin valor ni efecto ya sea por un decreto o por una ley...*”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1940, Tomo XXX, 2º Parte, Sección 1º, pág. 290.

Segundo Juzgado Civil de Santiago don Jorge Vallejo, con fecha 4 de enero de 1954, siguiendo ese predicamento emanado de la jurisprudencia de la Corte Suprema se pronunció en el sentido antedicho, en orden de que es correspondencia de los tribunales de la instancia resolver en forma precisa la validez y fuerza obligatoria de los decretos con fuerza de ley. En la especie, en juicio sobre desahucio seguido por don Luis Cuevas contra don Joaquín Bigas, se dictó sentencia acogiendo el desahucio y ordenándose la restitución de la propiedad arrendada. Encontrándose ejecutoriado el fallo y en víspera del lanzamiento, la Superintendencia de Abastecimientos y Precios se hizo parte en el juicio formulando declaración de que enervaba la acción por haber requisado el uso y goce del inmueble objeto de ella, habiendo tomado su administración. El tribunal de primera instancia no admitió como parte a la Superintendencia y revalidó su orden de lanzamiento, la que había sido suspendida en forma momentánea. Entretanto la Superintendencia y el desahuciado solicitaron la suspensión inmediata de dicha orden de lanzamiento, peticiones que fueron desestimadas por el juez. Se presentó por el demandado recurso de reposición contra esa resolución denegatoria, basándose en el mérito de los preceptuado en el Decreto con Fuerza de Ley N° 424, de 26 de octubre de 1953 ¹⁰². Se confirió traslado por el tribunal al actor y a la Superintendencia, sosteniendo ésta última su punto de vista legal, en orden a que operaba, en la especie, el precepto invocado del decreto con fuerza de ley por cuanto el juicio subsistía aún, por no estar cumplida la sentencia. El Juez de la causa al resolver la incidencia en una sentencia interlocutoria, señaló entre otras consideraciones lo siguiente:

“(12°) el Decreto con Fuerza de Ley N° 424 ha introducido una modificación al artículo 9° del Decreto con Fuerza de Ley N° 211 y ha dispuesto, sustituyendo su inciso 1° que: ‘en los casos que la Superintendencia de Abastecimientos y Precios requiese el uso y goce de una propiedad y asuma la administración de ella’ -de acuerdo con las normas legales que en el mismo se consignan- ‘este organismo podrá hacerse parte en cualquier estado del juicio en los litigios que se susciten entre el arrendatario y el arrendador con el objeto de suspender el lanzamiento de éstos. El Tribunal acogerá esta petición de inmediato con el sólo mérito de la copia autorizada de la autorización que haya requisado el uso y goce del inmueble respectivo’, modificación que, a juicio de este Tribunal, ha

102 El Decreto con Fuerza de Ley N° 424, que modificó el DFL N° 211, sobre regulación de rentas de arrendamiento, es de fecha 26 de octubre de 1953, y lleva la firma S.E. el Presidente de la República don Carlos Ibáñez del Campo y de los Secretarios de Estado señores Santiago Wilson y Guillermo del Pedregal.

infringido la prohibición impuesta al Ejecutivo por el Poder Legislativo y que se contiene en la letra b) del artículo de la ley delegatoria, por haberse modificado atribuciones privativas de los Tribunales de Justicia como se pasa a demostrar”;

y en el considerando 16°, sentencia:

*“que de todo lo anterior fluye en forma incontrovertible que el Decreto N° 424 en que la Superintendencia de Abastecimientos apoya su petición de fojas 39, no constituye un decreto con fuerza de ley y, por lo tanto, no puede ser aplicado por este tribunal de justicia en la causa de que está conociendo”*¹⁰³
(Nota: subrayados nuestros).

Por esas consideraciones, declara sin lugar la reposición solicitada. En contra de esa resolución, la Superintendencia se alzó ante la Corte de Apelaciones de Santiago, presentando recurso de queja. El Juez recurrido, informando a sus superiores la queja interpuesta, sacó a colación que ha sido la propia Excma. Corte Suprema la que ha conformado mediante sus resoluciones los principios doctrinarios a que él ha hecho referencia, pues así, reiteradamente lo ha resuelto cuando ha conocido de recursos de inaplicabilidad que han sido interpuestos a su conocimiento¹⁰⁴. Pero el magistrado no se quedó ahí: hizo también alusión directa al Dictamen N° 63276, de 3 de diciembre de 1953, que había evacuado el señor Contralor General de la República don Enrique Bahamonde Ruiz, al dar curso -con

103 La sentencia interlocutoria de que se trata fue pronunciada por el señor Juez del Segundo Juzgado Civil de nuestra capital, don Jorge Vallejo Carvajal, el día 4 de enero de 1954, y aparece íntegra en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1953, Tomo L, 1° Parte, Sección Derecho, pág. 158.

Entre las consideraciones ya reseñadas que tuvo en vista el Tribunal de primera instancia para emitir su sentencia, hay otra de suma relevancia, contenida en el considerando 13°, donde cita directamente el artículo 80 de la Constitución Política, que establece que *“la facultad de juzgar las causas civiles y criminales 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 o hacer revivir procesos fenecidos”*. El transcrito artículo 80 de la Constitución de 1925 fue repetido exactamente por la de 1980, originalmente en su artículo 73; hoy, después de las Reformas Constitucionales introducidas por la Ley N° 20.050, ocupa el artículo 76.

104 Informando la queja, el Juez señala que ha sido precisamente el Tribunal Supremo el que ha *“resuelto que cualesquiera que sean las omisiones o vicios en que se haya incurrido en la dictación de un decreto ley en cuanto a los requisitos o formalidades establecidos en la ley que les hubieren dado origen, y aun dándolos por efectivos, no autorizan el recurso de inaplicabilidad, porque es esencial para su procedencia que infrinja algún precepto constitucional y que en aquellos casos en que es improcedente el recurso de inaplicabilidad sometido a su conocimiento quedan a salvo las facultades del Tribunal de la causa, para apreciar la legalidad y eficacia de determinado decreto...»*, correspondiendo por tanto a la Justicia Ordinaria apreciar la legalidad de los preceptos de leyes y decretos que deban aplicarse en la resolución de las contiendas sometidas a su conocimiento.

alcance-, al Decreto del Ministerio de Justicia N° 5342 y al Decreto con Fuerza de Ley N° 424, insistido por el anterior (sobre dicho Dictamen, por su importancia incluiremos un párrafo especial en la siguiente parte).

La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo del recurso de queja, lo acoge. La Segunda Sala de este Tribunal, determinó que:

“6°) ... la cuestión que se ha planteado y resuelto en la incidencia dice relación con la aplicación y eficacia jurídica de preceptos legales, contenidos en los artículos 1° y 2° del tantas veces citado DFL, que se dicen contrarios a la Constitución, esto es, en ella concurren los elementos que configuran el caso de una materia contenciosa que sólo puede ser objeto del recurso especialísimo de inaplicabilidad a un caso particular de un precepto legal contrario a la Constitución, que contempla su artículo 80 y cuyo conocimiento atribuye exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia”.

Para después señalar en el considerando siguiente (7°) donde una vez más se puso en evidencia la otra tesis, que puso nuevamente sobre la mesa las dos formas de entender un mismo asunto:

“Que, consecuente con las ideas anteriormente expuestas, es obvio que el juez recurrido careció de jurisdicción al entrar a considerar las aparentes causales de ilegalidad que se invocaran contra una manifestación valedera como es un decreto con fuerza de ley, dictado en virtud de una delegación del Congreso Nacional, ni pudo menos declarar su ilegalidad [...], ni tampoco su inaplicabilidad al caso del juicio que conocía, porque dentro de la natural separación de los Poderes Públicos, que es la base necesaria de la organización jurídica de la Nación, es inaceptable, en principio, que los Tribunales de Justicia hagan semejantes declaraciones [...] que invaden el campo de acción de otro Poder Público, salvo, naturalmente, el único caso especialísimo en que, por excepción de este principio básico de la separación de los poderes, concede nuestra Carta Fundamental [...] al sólo conocimiento de las más alta magistratura judicial de la República”¹⁰⁵ (los subrayados siguen siendo nuestros).

105 Recurso de Queja. Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, integrada por los Ministros señores Miguel González Castillo (presidente), Oscar Acevedo Vega y por el Abogado Integrante don Julio Zenteno Casanueva, y cuyas principales consideraciones pueden encontrarse en el Informe en Derecho elaborado por LARRAGUIBEL Z., Santiago, *El Decreto con Fuerza de Ley N° 424 y la suspensión del lanzamiento*, quien entre algunas de sus

Los autos se fueron entonces al máximo tribunal del país, quien se encontró con profusa información disponible más allá de la abarcada por los jueces inferiores en sus respectivas sentencias, a saber: el Dictamen de la Contraloría, Informe en Derecho, y comentarios de destacados profesores de la cátedra que habían sido publicitados. Conociendo en grado de apelación del recurso de queja interpuesto por la Superintendencia de Abastecimientos y Precios, en el caso caratulado “*Cuevas con Bigas*”, resolvió una Sala de la Corte Suprema -en una votación de cuatro votos contra tres-, revocar lo resuelto por la Corte de Apelaciones, declarando que no ha lugar al recurso de queja. Votaron por esa determinación los Ministros señores Miguel Aylwin, Pedro Silva y Domingo Godoy, y el Abogado Integrante don Darío Benavente, quienes fundamentaron su decisión en que efectivamente una de las atribuciones exclusivas del Poder Judicial es hacer *ejecutar* las sentencias que los jueces dictan en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Y que el lanzamiento del arrendatario queda suspendido de inmediato, con el sólo mérito del decreto de la Superintendencia, según lo dispone el DFL 424 cuando señala que “*el tribunal acogerá esta petición de inmediato con el solo mérito de la copia autorizada de la resolución que haya requisado el uso y goce del inmueble*”. Por lo tanto, señalaron en su considerando 5°, que ese

*“mandato evidencia que él modifica la atribución denominada ‘imperio’, que corresponde privativamente al Poder Judicial, dado que no autoriza a la Superintendencia para **hacerse parte** con el objeto de **hacer valer un derecho**, que quedaría sujeto al estudio y decisión del Tribunal, sino que la comparecencia de aquel organismo tiene por finalidad precisa suspender el lanzamiento, y al juez de la causa le ordena acoger esta petición de inmediato...; 6°) Que, por consiguiente no se trata aquí de la formulación de **un derecho** o de la interposición de **un recurso** [...] sino de un mandato que interfiere en el atributo*

largas reflexiones, sobre el particular expresa: “No es feliz el Juez Vallejos al decir que los decretos con fuerza de ley son productos de una delegación efectuada por el Legislativo en el Poder Ejecutivo, de una facultad delegada. Tal concepto es inaceptable respecto de un decreto con fuerza de ley dictado en virtud de la Ley 11.151, como el N° 424, sobre el cual se pronunció. La historia fidedigna de (esa) Ley nos lleva a rechazar ese procedimiento. Al estudiarse el aspecto de su constitucionalidad en el Informe de las Comisiones Unidas (de Constitución, Legislación y Justicia y Hacienda del Senado), se dice: ‘El Congreso no puede delegar sus facultades sin infringir abiertamente la Constitución Política’, y se agrega que las Comisiones Unidas al proponer el reemplazo del proyecto ‘se inspiraron en el principio de que la ley, por esencia, es una norma de carácter general y **que su aplicación a casos particulares o su ordenamiento minucioso corresponde a la potestad reglamentaria del Presidente de la República**’. Según esta doctrina un decreto con fuerza de ley sería ilegal, si rebasa los límites que se fijaron en la ley delegatoria; e inconstitucional si en alguna forma es contrario a la Constitución Política”. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1954, Tomo LI, 1° Parte, Sección Derecho, págs. 32 a 72.

del 'imperio' que la ley reconoce a los Tribunales de Justicia". En consecuencia -finaliza la sentencia-, el DFL 424 "no se ha atendido a la prohibición que contempla el artículo 12, letra b) de la Ley 11.151, y, por lo mismo, aquélla sobrepasa las facultades otorgadas al Presidente de la República...". Y por haberse excedido el cuestionado DFL 424 en esos límites, "debe considerarse un simple decreto, emanado de la potestad reglamentaria..."¹⁰⁶,

donde se suscitan problemas de mera ilegalidad y no de inconstitucionalidad. Por lo tanto, el juez recurrido, al negar eficacia legal a la prescripción ya citada, procedió correctamente y dentro del ámbito de sus facultades, descartándose actuación arbitraria susceptible de ser corregida por la vía del recurso de queja.

Dicha decisión se acordó después de desechada la indicación previa del Ministro don Osvaldo Illanes Benítez, en orden a que el Tribunal Supremo se pronunciara sobre la inconstitucionalidad o inaplicabilidad del artículo 9° del DFL N° 424, ya que el precepto de un decreto con fuerza de ley equivale a una ley por tener el Poder Ejecutivo facultades legislativas en virtud de la ley delegatoria, debiendo la Corte Suprema declarar la inconstitucionalidad del precepto si es contrario a alguna disposición constitucional. También, entre sus fundamentaciones, delineó los contornos en que se mueven el decreto en general y éste en particular.

Si dicho decreto -como se pretende que sea el que aquí se discute- contiene la creación de una situación jurídica -cuyo es el fin esencial de toda ley- y teniendo además todas las formalidades externas de una, otorga en el presente caso la suspensión del cumplimiento de un derecho ya declarado por sentencia ejecutoriada, lo convierte dicha circunstancia en

"un acto ejecutivo y unilateral y nunca puede contener una nueva relación jurídica, sino su objetivo único y principal, en este caso, es dar cumplimiento a una ley en atención a la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República. En la especie, ¿cuál sería la ley a que se intenta dar cumplimiento por medio de ese simple decreto? ¿Acaso la ley delegatoria? Imposible. Esta ley sólo facultó al Ejecutivo para dictar Decretos con Fuerza de Ley acerca de señalados puntos que se especifican concretamente. Y nada más. En consecuencia, ese precepto del referido Decreto con Fuerza de Ley, que equivale a una ley, por tener el Poder

¹⁰⁶ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1954, Tomo L, 2° Parte, Sección Primera, pág. 334.

Ejecutivo facultades legislativas, según la ley delegatoria número 11.151, es contrario a los artículos 45 y 80 de la Constitución Política...”

Empero -y por ello su indicación previa a la Corte-:

*“y mientras [ella] no declare que esa disposición del Decreto con Fuerza de Ley N° 424 es inaplicable e inconstitucional, el Juez de la causa tiene que considerarlo como una ley, con todos sus atributos”*¹⁰⁷

Al rechazarse la indicación propuesta, éste magistrado estuvo por adherirse al voto de minoría que estuvo por confirmar la resolución apelada, en cuanto acogió el recurso de queja interpuesto, pero sin entrar en las consideraciones que sostuvieron don Humberto Bianchi (presidente de la Corte Suprema)¹⁰⁸ y el Abogado Integrante señor Rafael Correa, quienes opinaron que, en la especie, los decretos con fuerza de ley no infringían la ley delegatoria, por lo que no se presenta cuestión de ilegalidad y menos de inconstitucionalidad, debiendo el tribunal de la causa sólo cumplir con sus deberes funcionarios de aplicar conjuntamente la ley delegatoria y los decretos atingentes: 211 y 424, y en cumplimiento de estos últimos suspender la orden de lanzamiento con el sólo mérito de la copia autorizada de la resolución de la Superintendencia de Abastecimiento y Precios, siempre que aparezca en esa resolución se han respetado y aplicado los mencionados cuerpos legales y, en especial, aquella ley matriz.

Oficio de la Contraloría General de la República al señor Ministro de Justicia. Ilegalidad del Decreto con Fuerza de Ley N° 424¹⁰⁹

107 Ibid., prevención del Ministro señor Illanes Benítez.

108 En único voto disidente, nuevamente el Presidente del Tribunal don Humberto Bianchi Valenzuela, hizo la misma consideración que había efectuado en el caso a que nos referimos. Esta vez hablamos de la sentencia de 12 de agosto de 1954, que acogió por seis votos a uno, el recurso de queja interpuesto, en caso donde casi exactamente se discutieron las mismas problemáticas: aplicación del DFL N° 424 y atribuciones conferidas al Primer Mandatario por la Ley 11.151, además de la intervención que le cupo a la Superintendencia de Abastecimientos y Precios. Por acoger el recurso de queja, dejando sin efecto la resolución por la cual el Juez de primera instancia don Jorge Díaz de Valdés admitió -en esta ocasión- como parte a ésta última, a objeto de suspender el lanzamiento decretado, estuvieron en la mayoría los Ministros señores Octavio del Real, Manuel Montero, Ramiro Méndez, Domingo Godoy y Gonzalo Brañas, además del Abogado Integrante don Luis Cousiño. Para la mayoría conformada por estos magistrados, que revocan la resolución apelada, dando lugar a la queja -la que acogen- porque el juez de primera instancia “*ha hecho mal uso de sus facultades*” al tener como parte a la Superintendencia “*para los efectos de suspender el lanzamiento*”, al dar aplicación a una “*disposición [que] carece de fuerza legal*” como lo es el DFL N° 424. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1954, Tomo LI, 2° Parte, Sección 1°, pág. 300.

109 Oficio del Contralor General de la República don Enrique Bahamonde Ruiz, al señor

Como se expresó con antelación, se incluye en este trabajo -tanto por su importancia desde el punto de vista del Derecho Administrativo mismo, tanto porque fue citado por la Justicia Ordinaria en el fallo de primera instancia que analizamos- el Oficio N° 63276, de 3 de diciembre de 1953, donde el Contralor General de la República, da curso, con alcance, al DFL N° 424 cuando procedió a tomar razón de él. En este oficio, que contiene los elementos con los cuales el Organismo Contralor, a pesar de la consideraciones que expuso, debió darle curso al mentado Decreto con Fuerza de Ley, por cuanto el Presidente de la República insistió, con la firma de todos sus Ministros de Estado ¹¹⁰, a pesar de que fuera previamente *representado* por exceder el marco de atribuciones delegadas en el Poder Ejecutivo por la Ley N° 11.151 ¹¹¹. La Contraloría, ya había estimado (mediante Oficio N° 55635, de 4 de noviembre del mismo año -1953-), que el N° 2° del artículo único del DFL N° 424, excedía los límites de las autorizaciones concedidas al Primer Mandatario por la Ley N° 11.151, porque:

Ministro de Justicia. N° 63276, de 3 de diciembre de 1953, que puede encontrarse en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1953, Tomo L, 1° Parte, Sección Derecho, pág. 146.

110 En efecto, el artículo 13 de la Ley N° 10.336, que fijó el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General, estatuye lo siguiente:

“**Artículo 10.-** El Contralor tomará razón de los decretos supremos y se pronunciará sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de que puedan adolecer, dentro del plazo de treinta días, contados desde la fecha de su recepción, pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros. [...] El Contralor deberá, en todo caso, dar cuenta al Congreso Nacional y al Presidente de la República de estos decretos dentro de los treinta días de haber sido dictados, enviando copia completa de ellos y de sus antecedentes”.

A su vez, el artículo 99 de la actualmente vigente Constitución de 1980, señala lo que sigue: “**Artículo 99.-** En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer; pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros, caso en el cual deberá enviar copia de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados. En ningún caso dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la misma Cámara. Corresponderá, asimismo, al Contralor General de la República tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución. Si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, el Presidente de la República no tendrá la facultad de insistir, y en caso de no conformarse con la representación de la Contraloría deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de que éste resuelva la controversia”. (Nota: los subrayados son nuestros).

111 La Ley N° 11.151 concedió al Presidente de la República facultades para reorganizar las diferentes ramas de Administración Pública. Fue publicada en el Diario Oficial el 3 de febrero de 1953.

*“en la medida que un decreto con fuerza de ley respete esos límites y modalidades [los de la ley delegatoria] puede decirse que ha sido dictado **en virtud** de lo dispuesto en esa ley...”*,

asegurando que él -el Contralor-,

“no conoce preceptos de nuestra legislación positiva que señalen a la requisición el efecto de alterar en manera alguna la atribución privativa de los Tribunales de Justicia, que conocen de pleitos entre arrendadores y arrendatarios, para hacer ejecutar libremente sus sentencias, a causa de que el lanzamiento es la particular forma prevista en el Código de Procedimiento Civil de ejecutar las sentencias que acogen la demanda en los juicios de desahucio y demás en que se solicita la restitución de la propiedad arrendada, y tal facultad, con la disposición substituida, le es negada al órgano jurisdiccional; debido a que, conforme a los artículos 80 de la Constitución Política y 1º del Código Orgánico de Tribunales, la facultad de administrar justicia o potestad jurisdiccional, comprende las de conocer de las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado...”,

para continuar expresando que, en uso de las atribuciones conferidas al Presidente de la República, le está impedido modificar atribuciones del Poder Judicial, una de las cuales es precisamente, ejecutar o cumplir libremente, en uso de su imperio, las sentencias que dictare:

“con estos antecedentes sin duda no escapa al elevado criterio de S. S. [el Ministro de Justicia] la circunstancia de que la disposición representada por la Contraloría, que imperativamente manda al Juez acoger la petición de suspensión del lanzamiento que, como se dijo, es la forma de cumplir o hacer ejecutar las sentencias que acogen la demanda en ciertos juicios de arrendamiento, interfiere la facultad del tribunal de hacer ejecutar libremente el fallo e infringe la letra b) del artículo 12 de la Ley N° 11.151”¹¹²

112 A pie de página de dicho Oficio del Contralor General, puede leerse el comentario realizado por el entonces Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile, don Patricio Aylwin Azócar, también ex Presidente de la República (1990-1994). Aparece a pie de página del Dictamen del Órgano Contralor, y en él pueden apreciarse las ideas matrices que tuvo en consideración para señalar las causas por las que el llamado Decreto con Fuerza de Ley N° 424, “carece de fuerza de ley”, según el comentarista.

Veamos pues, los pasajes más relevantes de dicho comentario:

Nota: los epígrafes son nuestros.

En cuanto a la separación de funciones de los Poderes Públicos y la legislación denominada irregular: “... la función legislativa compete, entre nosotros, al Poder Legislativo. Ni el Presidente de la República, ni el Poder Judicial poseen atribuciones para legislar. El Derecho Público conoce, sin embargo, ciertas formas excepcionales de legislación emanadas del Poder Ejecutivo, que algunos autores califican de ‘legislación irregular’. Situaciones anormales o de ‘emergencia’ obligan a los estados a alterar las normas ordinarias y determinan legislaciones también de emergencia. Es lo que ocurre con los Decretos con Fuerza de ley: por una ‘ley de emergencia’ se <<capacita al Ejecutivo para que, por medio de la potestad reglamentaria, sirva la función legislativa>>” (cita en esta frase a AMUNATEGUI, Gabriel, en su obra *Principios Generales del Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 1953, págs. 247 y siguientes): “Para que un decreto supremo tenga fuerza de ley, esto es, que valga como ley, es preciso que se dicte en virtud de una delegación especial de atribuciones hecha al Ejecutivo por el Poder Legislativo. No es esta la oportunidad para tratar del valor de esa delegación. **Bien se sabe que en nuestro régimen constitucional ella es improcedente; precepto alguno la autoriza [...] pero nuestra práctica legislativa admite la delegación, el Poder Judicial se ha creído incapacitado para pronunciarse acerca de si ella excede o no las atribuciones asignadas por la Constitución al Congreso Nacional y éste a su vez ha creído salvar los obstáculos jurídicos que la impiden mediante la fórmula de ‘delegaciones especiales’ puesta en práctica en las leyes 7200 y 11.151, según la cual la ley señala taxativamente las materias sobre las cuales se quiere disponer; la finalidad que deba perseguirse al hacerlo y las normas esenciales a que esas disposiciones han de sujetarse y autoriza al Gobierno para elaborar, por la vía de la potestad reglamentaria, el detalle de esas disposiciones dentro de los límites establecidos por el Poder Legislativo**”. En este último punto se remite al Informe de las Comisiones Unidas de Legislación y Justicia y de Hacienda del Senado, de 28 de abril de 1942, con motivo de la discusión de la ley 7200. Dichas Comisiones Unidas usaron los siguientes términos para referirse a la función que le cabía al Presidente de la República en este sistema: según ellas tiene “la tarea de completar, rellenándolas” las líneas generales contenidas en la ley delegatoria “dentro del marco estricto de las definiciones y limitaciones hechas por el Congreso, con todas las disposiciones adjetivas o secundarias que fueren menester para llevar a la práctica la solución o la medida autorizada”. (Boletín del Senado, Período Extraordinario 1941-1942, tomo 2º, pág. 1056 e Informe de las mismas Comisiones, de 26 de diciembre de 1952 al discutirse la Ley 11.151, Boletín del Senado, Período Extraordinario 1952-1953, pág. 361).

Para que un decreto tenga fuerza de ley: “... es preciso que sea dictado, en uso de la autorización legislativa, para realizar la voluntad del legislador [...] en cuanto salga de ese margen será un simple decreto, sin fuerza de ley, y como tal no podrá invadir la esfera reservada por la Constitución al legislador... **es lo que ha resuelto nuestra Corte Suprema en reiteradas ocasiones...**”*

- * Cita en esta nota los fallos por nosotros estudiados a propósito de los DFL y la delegación de funciones: 13 de septiembre de 1932; 27 de septiembre de 1933; y 7 de octubre de 1939.

En cuanto a la Ley 11.151: ella “**encuadró dentro de un doble marco la facultad que concedió al Presidente de la República para dictar decretos con fuerza de ley. Por una parte, señaló de manera precisa las materias sobre las cuales lo autorizó para disponer; los fines que debería perseguir al hacerlo y aún, en ocasiones, la forma cómo debería proceder. Por otra parte, estableció ciertas prohibiciones tendientes a impedir que, al hacer uso de las facultades que le otorgó, el Ejecutivo pudiera invadir determinados campos que el legislador quiso reservarse (artículo 12). El Decreto con Fuerza de Ley 424 viola, evidentemente, este doble límite, tanto porque la Ley 11.151 no concedió autorización alguna para disponer sobre juicios de arrendamiento ni sobre lanzamientos, sino tan sólo sobre ‘rentas de arrendamiento’, cuanto porque, como bien lo anota la Contraloría, el precepto de que la simple solicitud de la Superintendencia de Abastecimientos y Precios para que se suspenda el lanzamiento del arrendatario de la propiedad requisada obligue al Tribunal a acoger esa petición, modifica las atribuciones del Poder Judicial [...] incurriendo así en la prohibición contenida en la letra b) del artículo 12 de la ley delegatoria**”.

En cuanto a la “Toma de Razón” de la Contraloría General de la República: “La Ley 11.151 hizo aplicable a los decretos con fuerza de ley que en su virtud se dictaran, lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 10.336, orgánica de la Contraloría, precepto éste que establece el trámite de la ‘toma de razón’ de los decretos y el mecanismo de la insistencia gubernativa”. Éste trámite “constituye una forma de

El Contralor además recuerda que el artículo 13 de la Ley N° 10.336, le otorga la facultad de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de que puedan adolecer los decretos supremos. Esta facultad se ejerce, ya *tomando razón, ya representando dichos decretos*; pero el Contralor deberá

*control de juridicidad de la actividad administrativa, tendiente, a asegurar que éste se realice dentro del marco del Derecho. Es un control administrativo, en oposición al jurisdiccional, porque emana de un órgano de la propia administración y no de un Tribunal. Y es un control previo, porque se verifica en la génesis misma del decreto, con la mira de que nazca perfecto [...] Naturalmente la apreciación sobre la constitucionalidad o legalidad de un decreto puede dar origen a una discrepancia o diferencia de interpretación entre el Ejecutivo y el Contralor. Para ese caso, la ley ha establecido el procedimiento de la **insistencia** con el fin de solucionar el conflicto, **autorizando al Presidente de la República para hacer prevalecer su criterio a condición de que lo acompañen en él y asuman las consiguientes responsabilidades todos sus Ministros**. Pero la insistencia no es un mecanismo destinado a autorizar la ilegalidad en la actuación administrativa, que permita al Ejecutivo hacer cualquier cosa a sabiendas de que la ley la prohíbe. De aquí que el Congreso Nacional en ocasión no muy lejana, haya censurado severamente la funesta práctica de los decretos de insistencia [...] en que el Presidente de la República, anticipándose al reparo de ilegalidad que el Contralor tendría que oponerle, expedía desde un principio su decreto con la firma de todos los Ministros y en el carácter de insistido”.*

La circunstancia de que la Contraloría dé curso a un decreto no sana el vicio de ilegalidad de que pueda adolecer: Rechaza definitivamente el comentarista la opinión sustentada en la Memoria de Prueba de MACÍAS CAMPOS, Leopoldo, *Los decretos de insistencia* -contenida en la página 34-: “...cumplido con dicho trámite, el decreto supremo adquiere pleno valor y obligatoriedad, no sólo para las autoridades administrativas y para los particulares que deben darle cumplimiento, sino también para otras autoridades y poderes, especialmente tribunales ordinarios de justicia, que deben abstenerse de entrar a considerar, en un caso particular, su legalidad y constitucionalidad”. Para don Patricio Aylwin, esta opinión que “carece de todo fundamento jurídico y aún racional, puede considerarse ya definitivamente rechazada. Es más, la Contraloría “no ha insistido en ella y don Enrique Silva Cimma, actual Subcontralor, que la sostuvo, aunque tímidamente, en su tesis de Licenciatura, enseña ahora en su clase de Derecho Administrativo que un decreto totalmente tramitado puede ser ilegal y que si bien la toma de razón establece una verdadera presunción de legalidad, ‘es evidente que tal presunción no puede ser más que simplemente legal y en todo caso puede destruirse como consecuencia de un estudio posterior’; (Derecho Administrativo, Apuntes de clases. Editorial Universitaria, Tomo I, pág. 172) ... en el caso de insistencia gubernativa el asunto está fuera de toda discusión: ella no purga el vicio de ilegalidad de que pueda adolecer el decreto (aquí según VARAS CONTRERAS, Guillermo, en su obra *Derecho Administrativo*, pág. 49) ...”

Función de los Tribunales: Para el comentarista la “tarea de los jueces no es meramente mecánica, sino racional”, y aunque el legislador no haya dicho nada en orden de prevalencia cuando hay conflicto entre una ley y un decreto, “es inconcuso que la primera debe ser preferida (pues) así resulta de la naturaleza misma del decreto, que tiene por objeto la ejecución de las leyes”, según la Constitución Política. Y no podrá argüirse -cuando en un juicio determinado un juez prescinda de un decreto y haga primar una ley, cuando entre aquél y ésta existan contradicciones- “que al proceder de esta manera (ese juez) invade la esfera del Ejecutivo, porque no enjuicia al decreto para dejarlo sin efecto u ordenar su modificación -como podría hacer un tribunal de lo contencioso administrativo- sino que juzga de él únicamente en cuanto es imprescindible para cumplir su misión específica de declarar el derecho en el caso, propio de su jurisdicción, sometido a su conocimiento. La solución contraria sí que importaría invasión de lo judicial por el Ejecutivo, porque si bastara que en el pleito se hiciera valer un decreto favorable a una tesis en disputa para que el juez debiera decidir conforme a él y aún contra la ley, en el hecho se transferiría la atribución de fallar el litigio a la autoridad encargada de dictar el decreto”.

darles curso a dichos decretos, cuando a pesar de su representación, el Primer Mandatario insista con la firma de todos sus Ministros del Gabinete

113.

El Contralor por tanto comunica que procedió a *dar curso* al decreto con fuerza de ley representado. No obstante ello, estimó indispensable formular algunas consideraciones relacionadas con el *alcance* de dichas disposiciones legales y con los fundamentos que le permitieron afirmar que dicho DFL excedía abiertamente el ámbito de la ley delegatoria, debiendo exponer los fundamentos por los cuales estimó que en la especie se había desvirtuado la institución misma de la *insistencia* gubernativa.

Pues bien, para la entidad fiscalizadora, fue la propia Ley 11.151 que concedió facultades al Ejecutivo,

113 A modo ilustrativo, puede verse lo sucedido con el Decreto N° 482, de 1971, del Ministerio de Relaciones Exteriores. El Contralor General señor Héctor Humeres Magnan devolvió, mediante Oficio N° 42.998, de fecha 28 de junio de 1971, el mentado decreto, por el cual se ponía en vigencia el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, aprobado por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en su Tercer Período de Sesiones Extraordinarias, de 31 de diciembre de 1970. El Órgano de Control se abstuvo de darle curso, pues estimó que la ejecución del Acuerdo de Cartagena “o la puesta en marcha de mecanismos propios de un derecho derivativo de un ‘Tratado Marco’, en la medida en que implican la modificación de regímenes legales plenamente vigentes, deben recibir la aprobación o ratificación del Congreso Nacional, única sanción que dentro de nuestro régimen institucional podría darles fuerza necesaria para su debido acatamiento como ley de la República”. El <<Tratado Marco>> se refiere al Tratado de Montevideo, promulgado como Ley de la República por Decreto N° 269, de 1961, también del Ministerio de Relaciones Exteriores. Así, se entendía por el Ejecutivo que las ejecuciones de todas y cada una de sus disposiciones no requerían de otro texto legal autorizante que incorporara todas sus disposiciones al derecho interno chileno, pero, para este efecto “es preciso que la dictación de tales normas se ajuste a la estructura jurídica interna de Chile, respectando las materias que son propias de ley o que están contenidas en un ordenamiento legal”, recordó el Contralor.

Con todo, S. E. don Salvador Allende -y con la firma de todos los Ministros de su Gabinete-, adujo que fue la propia Contraloría General -mediante anterior Dictamen N° 1152, de 19 de agosto de 1969-, la que estimó que el Tratado de Montevideo era un ‘tratado marco’, es decir, una convención que sólo fija principios generales, crea mecanismos y establece órganos destinados a los fines de ella, los que van llenando con su actuar la estructura toda del convenio, mecanismos destinados a ejecutar el Tratado que no requieren nueva aprobación parlamentaria. El Jefe de Estado, señala que ahora el ente Contralor, al objetar el Decreto N° 428, lo hace “arguyendo que éste modifica ‘regímenes legales plenamente vigentes’ y que, por lo tanto, para su debido acatamiento como Ley de la República, requiere necesariamente de la aprobación o ratificación del Honorable Congreso. O sea, con dicha argumentación se está desconociendo la facultad del Presidente de la República para ejecutar ‘sin necesidad de texto legal autorizante’ el Tratado de Montevideo. Precisamente es en estas situaciones que se puso el legislador al dar al Presidente de la República las amplias atribuciones que se señalaran en los primeros considerandos mencionados. De otra manera, sólo el Congreso Nacional estaría reiterándole al Presidente de la República el uso de una potestad reglamentaria que le es inherente...”. Por tanto, decretó que la Contraloría tomara razón del Decreto Supremo N° 482 de 1971 del Ministerio de Relaciones Exteriores; así ocurrió. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1972, Tomo LXIX, 1° Parte, Sección Derecho, pág. 42.

“la que expresamente quiso evitar toda interpretación, demarcando, mediante las prohibiciones consignadas en su artículo 12, la órbita dentro de la cual el Presidente de la República ‘no podría’ dictar disposiciones ‘en virtud’ de esa misma ley. Al invadir esa órbita el Presidente de la República actuaría, pues, fuera de su propia competencia y más allá de la competencia que le delegó el Poder Legislativo; [lo que] no daría origen, entonces, ni a un decreto supremo, dentro de su potestad reglamentaria, ni a un decreto con fuerza de ley, emanado de la Ley N° 11.151”

Por esas razones -prosigue el Contralor-:

“...resulta inconcuso que, por la vía de los decretos con fuerza de ley, no puede el Ejecutivo dictar disposiciones sobre todas las materias propias de ley, sino, únicamente, sobre aquellas que de un modo especial le ha dado autorización el Congreso Nacional” ¹¹⁴

Estimamos que más claro no pudo haberse dicho.

En seguida, en abono de su tesis, insiste que ese principio ya fue incidentalmente enunciado en el Oficio anterior (N° 43.809), cuando dijo que cursaba el decreto porque venía

“a poner fin a diferencias de interpretación...”,

porque la institución de la *insistencia* tiene su fundamento, precisamente, en la necesidad de dirimir -en favor del Presidente de la República-, meros conflictos de interpretación, y esta

“por lo tanto, no puede tener cabida cuando lo que está en juego, no es una controversia de esa clase, sino la invasión -infringiéndose prohibiciones expresas- de jurisdicciones constitucional y legalmente ajenas” ¹¹⁵
(Nota: el resaltado es nuestro).

114 Ibid.

115 El Contralor señor Bahamonde, en el Oficio estudiado (N° 63276) al referirse a la insistencia del Presidente de la República con un decreto que llevó la firma de todos los Ministros del Despacho, estimó que “se ha desvirtuado la naturaleza de la insistencia gubernativa al emplearla, no para dirimir un conflicto de interpretación de ley, sino para exigir que se curse un decreto con fuerza de ley que ha invadido una materia expresamente prohibida por el Legislador; la calificación de esta infracción no puede quedar entregada al Contralor General de la República, pues la Constitución ha consagrado los recursos necesarios para conocer de ella. Justamente con tal finalidad es que se ha impuesto a la Contraloría la obligación de remitir todos los antecedentes del Decreto Supremo -y en la especie- del decreto con fuerza de ley insistido-, al Honorable Congreso Nacional”.

Asimismo, no podemos de dejar de mencionar que el Contralor, entre las razones esgrimidas para su actuar, es que éste le permite dejar a salvo su responsabilidad, la que no podría ser afectada por esa causa. Además, resuelve que no rechazará la *insistencia* del Jefe de Estado, aunque sí en el mismo Oficio don Enrique Bahamonde Ruíz, no dejando pasar la oportunidad, recordó que el 10 de julio de 1950, por Dictamen N° 22042¹¹⁶, la Contraloría, dirigida a la sazón por don Humberto Mewes Bruna¹¹⁷, al rechazar la insistencia de un decreto supremo:

“demostró cómo estaba vedado al Poder Ejecutivo o Administrador invadir la competencia de otro Poder Público, mediante este arbitrio, y recordó que el artículo 4° de la Constitución Política declara nulo y sin valor alguno el acto de cualquiera magistratura por el que se atribuya otra autoridad que la que expresamente le haya conferido la ley”.

Hasta aquí podemos dar por terminado todo lo interesante que resultó lo ocurrido con el tantas veces citado DFL, pero continuamos con el tema de este capítulo.

Con fecha 4 de enero de 1956, en la inaplicabilidad presentada por don Alfredo Melossi, se discutieron asuntos nuevamente relacionados con la Ley N° 11.151. En el ejercicio de esa ley, que como vimos concedió

¹¹⁶ Se refiere al Dictamen N° 22042, de 10 de julio de 1950, donde el señor Contralor General de la República de la época, devuelve los Decretos N° 1769 y 2273, de 6 de abril y 6 de mayo de ese año, respectivamente, ambos del Ministerio de Educación. Éste último decreto ordenaba a la Contraloría y a las Oficinas de Hacienda que dieran curso al primero de ellos. “... una orden del Presidente de la República aunque revista el aspecto formal de Decreto Supremo, no es tal, si por ella se atribuye una autoridad o derechos que pertenecen a otro Poder Público [...] Así tampoco es decreto supremo, sino una orden nula de pleno derecho el Decreto del Ministerio de Educación N° 1769 cuya materia -suspensión por el término de seis meses de ciertas disposiciones del DFL N° 4129 (que había aprobado el Estatuto de la Carrera Profesional de los funcionarios de Educación)- es función del Poder Legislativo...”. A propósito de este Dictamen pronunciado por el Contralor don Humberto Mewes, puede consultarse el trabajo de VARGAS DELGADO, Iris, *El Decreto de Insistencia y la Doctrina Mewes: límites del decreto supremo y la nulidad de derecho público “ipso jure” en la Constitución de 1925*, Magíster en Derecho Público, en el cual hace un muy interesante comentario al respecto, y que puede consultarse en la Revista Chilena de Derecho, N° 27, Vol. 27 N° 2 (abril/junio año 2000), págs. 439 a 444.

¹¹⁷ El período servido en el cargo por este funcionario corresponde al abarcado entre los años 1946 a 1952, año este último donde se acogió a retiro. Siendo Ministro de la I. Corte de Apelaciones de Valdivia, fue elegido Contralor General. Para el ex titular del Organismo don Ramiro Mendoza -quien desde abril de 2007 al 2015 ocupó su máximo puesto-, de la dirección de don Humberto Mewes, refiere: “la toma de razón se apartó de la simple revisión contable y la Contraloría General empezó a capturar el mérito de la decisión administrativa”, además de destacar que bajo aquel mandato “la autonomía constitucional y financiera [del órgano fiscalizador] fue conseguida...”. Departamento de Comunicaciones y RR.PP. CGR. 13 de abril de 2007. Disponible en: <<http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2>>

al Presidente de la República facultades para reorganizar las diferentes ramas de la Administración Pública, el Jefe de Estado procedió a dictar el Decreto con Fuerza de Ley N° 285, que el recurrente alegó cercenaba del conocimiento de la Corte Suprema del recurso previsto en el artículo 35 de la Ley N° 5.604, (que le daba intervención propia y exclusiva para resolver acerca de la procedencia de la expropiación decretada por el Presidente de la República, al disponer en uno de sus artículos que los afectados podían reclamar en el plazo de 15 días contados desde la fecha del respectivo decreto de expropiación), y que, en el juicio seguido ante el Primer Juzgado Civil de la capital pretendía aplicársele en su contra por la Corporación de la Vivienda.

Adolecía por tanto dicho DFL N° 285 de inconstitucionalidad porque al promulgarlo, el Primer Mandatario se excedió en las atribuciones que le dio el Congreso Nacional -y en cuya virtud pudo dictarlo-. La Ley 11.151 enumeró las restricciones a que sometía la delegación, siendo una de ellas el que no se permitió dictar disposiciones que modificasen la organización y atribuciones de los tribunales de justicia y de los servicios que de él dependieran, ni las normas que las leyes vigentes señalasen para el desempeño y continuidad de sus funciones y ejercicio de sus atribuciones por parte de los miembros y empleados en servicio de dicho Poder Público- letra b)-.

La Corte Suprema en cuanto a esto último, dijo:

“15°) Que aun dando por cierto que con algunas de sus disposiciones que contiene el decreto con fuerza de ley N° 285, el Presidente de la República hubiera prescindido de la limitación que consultó la letra b) del artículo 12 de la Ley N° 11.151, y que efectivamente se hubiera quitado del conocimiento de la Corte Suprema un recurso consultado en una ley anterior; ello en caso alguno podría importar una infracción de carácter constitucional, sino la mera infracción de un precepto de otra ley en que se restringía la delegación que se hizo; y en este supuesto, sólo procedería discutir su eficacia legal por falta de fuerza obligatoria, en razón de haberse excedido el límite fijado...”,

por lo cual no admitió el recurso en esta parte; sin embargo, en lo tocante al inciso final del artículo 33 del DFL N° 285, en relación con los artículos 26 y 33 de la Ley N° 5604, en cuanto ellos

“permiten al expropiante tomar posesión material del bien expropiado, obtener escritura pública de transferencia e

inscribirla en el Conservador de Bienes Raíces, antes de haberse determinado en el juicio correspondiente la indemnización a que tiene derecho el dueño del inmueble que se pretende expropiar y habersele pagado el precio” ¹¹⁸,

por lo que decide declarar sólo estos últimos preceptos legales, inaplicables al proceso en que inciden, tal y como lo había manifestado el señor Fiscal, habida cuenta que ellos se oponían al artículo 10 N° 10 de la Carta de 1925.

El 26 de abril de 1960 ¹¹⁹, volvió el máximo tribunal a manifestar lo que ya para él era una doctrina asentada. En esa ocasión, rechazó otro recurso de inaplicabilidad -deducido esta vez, en juicio por delito de contrabando-, contra las disposiciones de la Ordenanza de Aduanas, aprobada por el Decreto con Fuerza de Ley N° 213, que se tachaban de inconstitucionales por ir en contra del artículo 11 de la Constitución, que estatuyó a la época que: *“nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio”*, referente por cierto al Principio de Legalidad en Derecho Penal. Se rechazó por unanimidad.

En otro caso, nuevamente un tribunal de primera instancia propinaría un duro golpe a un decreto con fuerza de ley. En denuncia del Presidente del Consejo de Censura Cinematográfica contra el Rector de la Universidad de Chile, por exhibiciones de películas no sometidas previamente a la censura, se resolvió -con fecha 11 de octubre de 1963-, que las disposiciones dictadas por el Presidente de la República (DFL 37, de 17 de noviembre de 1959, donde la Censura Cinematográfica se hallaba regulada), en virtud de la potestad delegada

118 Concurrieron a acoger el recurso, los Ministros señores Miguel Aylwin, Pedro Silva, Julio Espinoza, Ciro Salazar, Ramiro Méndez, José M. Alzérreca y Domingo Godoy. El Presidente don Humberto Bianchi rechazó la acción por no considerar al artículo 26 de la última de las disposiciones citadas contrario al derecho constitucional del artículo 10 N° 10, pero estuvo por concederlo en la parte que atañe al artículo 33 de la misma ley, *“porque esa disposición importa privar al expropiado de su dominio que se transfiere al expropiante por medio de la tradición, antes de estar cumplido el requisito constitucional de darse previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él o se determine en juicio”*. En tanto el magistrado don Marcos Vargas, estuvo por rechazarlo, básicamente porque la Carta Fundamental junto con asegurar a todos los habitantes la inviolabilidad de todas sus propiedades sin distinción alguna, subordina el interés privado de éstos al interés general de la sociedad, por el hecho de autorizar la expropiación de un inmueble por razón de utilidad pública calificada por ley. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1956, Tomo LIII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 4.

119 Contó con la prevención de los Ministros señores Ciro Salazar Monroy y Emilio Poblete, quienes no admitieron la frase del considerando quinto que dice: *“y el precepto sólo podría emanar de la Potestad Reglamentaria que la Constitución otorga al Presidente de la República”*, en orden que si el Jefe de Estado, en uso de la potestad delegada por una ley dicta un precepto que excede los límites de la facultad que se le ha delegado, tal disposición deja de tener el carácter de ley, sujeta a la revisión del recurso de inaplicabilidad. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1960, Tomo LVII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 72.

*“...pasa a convertirse en un decreto ordinario, que en todo caso sólo cabe dentro de la potestad reglamentaria privativa del Poder Ejecutivo [...] en tal caso, no puede llegar en ningún momento a abarcar materias propias de la ley que contradigan preceptos legalmente establecidos”*¹²⁰

El fallo fue pronunciado por el titular del Tercer Juzgado Civil de Santiago, don Edmundo Montecinos Rozas.

En la sentencia de 5 de noviembre de 1964, correspondiente al recurso de inaplicabilidad interpuesto por la Caja de Previsión de Empleados Particulares -en juicio donde fue demandada por la Corporación de Fomento de la Producción-, se acogió este medio por infringir la inviolabilidad de la propiedad de la primera. Se declaró que los artículos 2º, 3º y 4º del Decreto con Fuerza de Ley N° 263, en cuanto obligó a dicha Caja a transferir a la Corporación de Fomento un inmueble de su dominio destinado al funcionamiento de un hotel (con el fin de aportarlo a la Hotelera Nacional S.A), y a recibir en compensación acciones de dicha sociedad, eran contrarios a la Constitución Política. Procedió la Corte, a declararlos inaplicables por unanimidad. Pero en cuanto a la cuestión relativa a si el Presidente de la República se excedió o no de las facultades que le otorgara la ley delegatoria al dictar el referido DFL, se sostuvo que no planteaba un problema de inconstitucionalidad, sino de ilegalidad, sobre el cual no le corresponde pronunciarse a ella, sino que le

*“compete a los tribunales que conocen del juicio en que surjan tales cuestiones”*¹²¹

e. Decreto gubernamental dictado en virtud de la autorización que le otorga una ley, no tiene fuerza obligatoria en lo que modifica la ley, excediéndose de las facultades concedidas. Así fue decidido en la Corte de Apelaciones de Valdivia, con fecha 6 de octubre de 1948, en las reclamaciones por liquidaciones efectuadas por la Dirección General de Impuestos Internos, porque el Decreto Supremo N° 4097 -que fijó

120 A su turno, el Secretario titular del Tribunal -subrogando al magistrado-, señaló en su consideración 11º: *“Que cualquier juez, por limitada que sea su competencia, puede, cuando la autoridad, sea la que fuere, excede las facultades que la ley le confiere, apreciar y señalar el alcance de las resoluciones o decretos que deban aplicarse en los asuntos de que conozca, ya que, de no ser así, no tendrían en qué fundar sus sentencias ni cómo resolver las controversias propias de su ministerio”*. Juez subrogante don Eduardo Fernández Z. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1964, Tomo LXI, 2º Parte, Sección 2º, pág. 51.

121 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1964, Tomo LXI, 2º Parte, Sección 1º, pág. 383.

normas para el pago del impuesto global complementario y adicional a los propietarios de bienes raíces agrícolas-, dictado por el Poder Ejecutivo en virtud de la facultad que le otorgara la Ley N° 7200,

*“modificó sustancialmente el artículo 20 de la Ley de la Renta...”, por tanto, “excediendo las facultades acordadas por la Ley N° 7200 -que únicamente autorizó al Presidente de la República para modificar la fecha del pago de los diversos impuestos y contribuciones y dictar las medidas tendientes a su expedita y correcta percepción-, y no, como es obvio, para modificar la ley; y por tanto carece de fuerza obligatoria para resolver el caso, porque no se circunscribió a las materias señaladas por aquélla”*¹²² (subrayado nuestro).

f. Decretos con fuerza de ley que no se sujetan a requisitos o formalidades establecidos por la ley que los autoriza. Se discutió si el Decreto con Fuerza de Ley N° 239, dictado según las facultades -nuevamente de la Ley N° 4.945-, cumplía con los requisitos y formalidades fijados por ésta. El máximo tribunal resolvió con fecha de 16 de octubre de 1931, que cualesquiera que hayan sido los vicios u omisiones que se acusaban en el escrito de inaplicabilidad -que los decretos sólo podían dictarse hasta el 21 de mayo de 1931; que sólo podían ser de carácter administrativo o económico; y que debían llevar además de la firma del o los Ministros respectivos, la del Ministro de Hacienda-, ellos no daban margen para entablar el recurso de inaplicabilidad, porque para la procedencia de éste es esencial que el precepto reclamado infrinja alguna disposición constitucional. Y, aparte del artículo 75 de la Carta Fundamental (que establece que todas las órdenes del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro del departamento respectivo, y no serán obedecidas sin este esencial requisito):

*“no se indica ningún otro, no se expresa de qué manera el artículo 58 del Decreto N° 239 violenta la Constitución y cuál de sus preceptos”*¹²³

g. Saneamiento de un precepto ilegal de un decreto con fuerza de ley. Si en un DFL el Presidente de la República incorpora una norma penal para la cual no habría estado autorizado por la respectiva ley delegatoria -Ley 11.151-, y más tarde otra ley faculta al Presidente para modificar el referido

122 Ministros señores Federico Peña Cereceda, Enrique Correa Labra y Abogado Integrante don Guillermo Ekdahl. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1949, Tomo LXVI, 2° Parte, Sección 2°, pág. 59.

123 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1931, Tomo XXIX, 2° Parte, Sección 1°, pág. 91. También en *Gaceta* 2° semestre, N° 32, pág. 179.

decreto con fuerza de ley (el N° 224, que además coordinaba y refundía las disposiciones de la Ley de Ordenanza General de Construcciones), debe concluirse que los posibles defectos de origen de aquella norma penal quedan subsanados al mantenerse ella y modificarse en el nuevo DFL (N° 357, de 1961), pues tal decisión del Jefe de Estado deriva de la expresa autorización de la última ley delegatoria (Ley N° 14.171). Por lo tanto, se declaró sin lugar el recurso de inaplicabilidad, en proceso criminal por el delito de estafa, contemplado en el artículo 117 del Decreto con Fuerza de Ley 224, por decisión unánime de la Corte Suprema, pronunciada el 12 de junio de 1965 ¹²⁴.

h. Decretos con fuerza de ley que contienen materias propias de ley y otras de la potestad reglamentaria ¹²⁵. En recurso de casación en el fondo, la Corte Suprema estimó -al rechazarlo el 4 de julio de 1942 ¹²⁶-, que éste sólo procede por contravención a la ley, por lo que no cabe fundarlo en infracciones de los preceptos contenidos en el Reglamento Orgánico del Registro Civil, aprobado por Decreto N° 2.128, el que no tiene el carácter de ley en cuanto se refiere al otorgamiento de testamento, pues en lo que respecta a esa materia se expidió en ejercicio de la autorización que confiere al Presidente de la República el artículo 72 N° 2 de la Constitución Política (relativo a la facultad especial del Primer Mandatario para “*dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea conveniente para la ejecución de las leyes*”).

i. Decretos reglamentarios dictados por autorización de un decreto con fuerza de ley. Potestad Reglamentaria. El decreto reglamentario dictado por el Jefe de Estado dentro de las facultades que le fueron conferidas en un decreto con fuerza de ley, dictado a su vez en ejercicio de la facultad que le otorgó una ley propiamente tal, para dictar dentro de cierto plazo, todas las disposiciones legales de “carácter administrativo o económico que exigiere la buena marcha del Estado” -como ya hemos repetido en casos anteriores-, tiene el carácter de norma legal y, en consecuencia, la omisión en la celebración de un contrato de un requisito por él establecido en consideración a la naturaleza del mismo, produce los efectos contemplados en el artículo 1682 del Código Civil, es decir nulidad absoluta.

Así se resolvió en un fallo dividido de la Corte Suprema, en sentencia fechada el 11 de enero de 1949, cuando declaró sin lugar un recurso de

124 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1965, Tomo LXII, 2° Parte, Sección 4°, pág. 184.

125 Por corresponder al ejercicio de las facultades exclusivas del Poder Ejecutivo, pueden modificarse o alterarse por decreto; es una modificación a un decreto supremo. En SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo chileno y comparado*, Tomo I, 2° Edición, Santiago, año 1962, págs. 129 y 130.

126 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1943, Tomo XL, 2° Parte, Sección 1°, pág. 71.

casación en el fondo, por cuanto el Presidente de la República había obrado dentro de los términos de la ley cuando ejerció la potestad reglamentaria. Sólo en ese evento las normas que dictase son obligatorias para el cumplimiento y ejecución de las leyes. Sin embargo en voto disidente, el Ministro don Humberto Bianchi y el Fiscal don Urbano Marín Rojas, en la especie consideraron que en uso de esa potestad, el Primer Mandatario al dictar dicho Reglamento (en éste caso el General de Cementerios, N° 421), que éste no podía tener el vigor y carácter de un decreto con fuerza de ley, puesto que fue dictado fuera del plazo que contempló la Ley 4.945, por tanto, sólo había que considerarlo como un decreto expedido por el Presidente en el ejercicio de su potestad reglamentaria; y dicho Primer Mandatario,

*“debe obrar dentro de la ley; pero los decretos que dicte no son fuente de derechos. No puede crear ni modificar los derechos existentes, porque entonces se arrogaría la facultad del legislador...”*¹²⁷

Podemos decir, que, en virtud de este trabajo, hemos terminado esta parte de la entrega referida a los decretos con fuerza de ley y todas las implicancias que tuvieron a la luz de la doctrina, de los destacados comentarios de diversos autores y, como era de esperarse, debido a la naturaleza misma de este trabajo, a la labor que tuvo la jurisprudencia, y su actitud ante tamaño tema del derecho público. Pero antes, resumiremos dos relevantes estudios que se llevaron a cabo sobre la tantas veces mencionada Ley 4.945: uno de ellos versa sobre su constitucionalidad; y el otro sobre los decretos con fuerza de ley que la tuvieron de base. Pasados revista a ellos, nos remitiremos a otro capítulo, cual es el alcance y actitud de los Poderes Públicos -por supuesto en especial referente al Judicial-, sobre otro tipo de legislación denominada “irregular”, cuales son los Decretos-Leyes.

Estudio realizado por don Luis A. Vergara. “La Ley N° 4.945, de 6 de febrero de 1931, es inconstitucional”¹²⁸

Como ya tuvimos la ocasión de apreciar, esta disposición legal fue utilizada en innumerables ocasiones por la Administración. El artículo 1°,

127 Voto de mayoría de una Sala compuesta, además, por los Ministros señores Manuel Rivas, Miguel Aylwin, Rafael Fontecilla y Franklin Quezada, además del Abogado Integrante Domingo Godoy. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1949, Tomo XLVI, 2° Parte, Sección 1°, pág. 349.

128 El abogado Luis A. Vergara Ruíz (1865-1946), fue Diputado de la República; y ocupó además la Presidencia del Senado entre el 29 de diciembre de 1909 y el 8 de agosto de 1911. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1932, Tomo XXIX, 1° Parte, Sección Derecho, pág. 5.

dijo lo siguiente: “Se autoriza al Presidente de la República, hasta el 21 de Mayo del presente año, para dictar todas las *disposiciones legales de carácter administrativo o económico que exija la buena marcha del Estado*”.

El significado claro de esta ley es el de una delegación hecha al Jefe de Estado por el Congreso Nacional de sus atribuciones legislativas. Veremos pues, los puntos más relevantes de este acucioso estudio referente a la ya tantas veces citada Ley N° 4.945.

Según el autor las atribuciones legislativas que se le delegaron el Presidente de la República, han sido

“limitadas a aquellas disposiciones que fueran indispensables, -pues no significa otra cosa el verbo ‘exigir’- para el buen funcionamiento del Estado y que, además, tuvieran el carácter de administrativas o económicas, es decir, que fueran referentes a la administración o a la hacienda pública”

Dejando en claro ese primer punto de partida, y despejando cualquier duda sobre otros objetivos tenidos a la vista para su dictación, luego señala que no pretende demostrar por medio de argumentos la inconstitucionalidad de la ley en estudio, pues se remitirá al axioma de derecho público -que no necesita ser demostrado-, que el Poder Legislativo no puede delegar sus atribuciones sin infringir la Constitución. Por ello más bien se limitará

“a hacer una breve y descarnada exposición de antecedentes, lo más completa posible, que permitirá apreciar, sin esfuerzo alguno, la incalificable infracción constitucional que se cometió...”

Por ello a continuación expresa que la Constitución Política de 1833, no reformada -que trataba de las atribuciones exclusivas del Congreso-, en su artículo 36, enumera que una de ellas, era: “Autorizar al Presidente de la República para que use de facultades extraordinarias, debiendo siempre señalarse expresamente las facultades que se le conceden, y fijar un tiempo determinado a la duración de esta ley”¹²⁹. Revisemos pues los puntos que a continuación se pasan a transcribir, y que sirven para ilustrar no sólo el punto en cuestión, sino que también para el debido conocimiento en este punto de nuestra historia constitucional e institucional el objetivo propuesto:

“I.- El artículo 161 [de la Constitución de 1833], señaló que, ‘declarado algún punto de la República en estado de sitio, se suspende el imperio de la Constitución en el territorio

129 Artículo 36 parte sexta de la Constitución Política de 1833.

comprendido en la declaración; pero durante esta suspensión, y en el caso en que usase el Presidente de la República de facultades extraordinarias especiales concedidas por el Congreso, no podrá la autoridad pública condenar por sí ni aplicar penas. Las medidas que tomare en estos casos contra las personas, no pueden exceder de un arresto a translación a cualquier punto de la República”

Prosiguiendo con ese estudio de la historia del país -amén de nosotros recordar que dichas facultades extraordinarias tuvieron como base una fuerte reclamación de la Corte Suprema en esas fechas y que fueran por nosotros expuesta- el autor explicita que:

“Durante la vigencia de estos preceptos constitucionales, se dictaron las leyes llamadas de facultades extraordinarias (de 9 de Noviembre de 1836, de 14 de Septiembre de 1851, de 15 de Septiembre de 1852 y 20 de Enero de 1859); Cumpliendo lo dispuesto en el art. 36 N° 6° de la Constitución [...] en todas estas leyes se señalaron expresamente las facultades extraordinarias que se concedían, y se fijó el tiempo determinado a su duración”

Estas leyes lo que hacían eran autorizar al Jefe de Estado para que:

“pudiera aumentar la fuerza del Ejército permanente, hasta el número que las circunstancias lo exigieren; invertir caudales públicos sin sujetarse al presupuesto; destituir empleados públicos, sin observar las formalidades constitucionales, y arrestar y trasladar personas de un punto a otro de la República”

Sólo mediante la ley de 31 de enero de 1837, el Presidente de la República procedió a dictar decretos con fuerza de ley ¹³⁰, donde quedó establecido que el Congreso Nacional:

130 El autor de este informe también recuerda lo que jurisconsultos franceses definen en cuanto a los decretos leyes (y que estudiaremos más adelante) como “los actos legislativos emanados de los poderes de hecho que han regido en Francia durante los períodos de perturbaciones políticas”, agregando que estos decretos “tienen fuerza de ley cuando han sido ulteriormente sancionados por la autoridad legislativa regular”. Opinión extraída de *Lois et Décrets*, núm 34. PAND. FRANC.

Asimismo, señala que “es curioso observar que el Senado Romano acostumbraba también legalizar, aunque sin entrar en los detalles, según parece, los actos ejecutados por los generales victoriosos en las contiendas civiles, durante el tiempo que ejercían de hecho el gobierno, al conferirles los derechos y prerrogativas inherentes a la potestad imperial. En un fragmento del decreto que esa Corporación expidió en favor de Vespasiano, inserto en una tabla de bronce descubierta en Roma a mediados del siglo XIV, que se conserva en el Museo Capitolino, que se lee lo siguiente: ‘Que todo cuanto antes de la presente ley ha sido hecho, ejecutado, decretado y mandado por el emperador Cesar Vespasiano Augusto, o por toda otra persona por orden o mandato suyo, sea considerado legal y como si hubiese sido ejecutado por orden del

“... declaraba en estado de sitio el territorio de la República por el tiempo que dure la actual guerra con el Perú, y queda, en consecuencia, autorizado el Presidente de la República para usar de todo el poder público que su prudencia hallare necesario para regir el Estado, sin otra limitación que la de no poder condenar por sí, ni aplicar penas, debiendo emanar estos actos de los tribunales establecidos, o que en adelante estableciere el mismo Presidente”¹³¹; Conforme al art. 161[...] la consecuencia necesaria e inmediata de esta declaración era la de suspender el imperio de la Constitución en el territorio comprendido en ella, que fue todo el país, en el caso de que se trata. Ahora bien, si en virtud de ese sólo hecho quedaba, por el ministerio de la ley, detenida, paralizada la autoridad de la Carta Fundamental, era deber ineludible de quien podía legítimamente hacer una declaración que semejante efecto producía, el de prevenir sus posibles y lamentables consecuencias, supliendo aquella autoridad con la del jefe de estado, a quien podía otorgar facultades extraordinarias, de acuerdo con el precepto expreso del art. 36 N° 6° de la

pueblo’. (Citando a TÁCITO.- *Historias*, lib. IV, nota al cap. III). En *Historia Romana*, lib. II, cap. III (Mommsen), aparece que cuando el Senado suspendía de sus funciones a los cónsules, entonces se nombraba un dictador. En Chile -continúa el articulista-, contrariando los principios fundamentales de la Constitución Política, es decir, infringiéndola, no se ha seguido esta costumbre. Pero, a los menos, en el siglo pasado hubo dos conatos para legalizar los decretos-leyes dictados por el gobierno del señor (José Joaquín) Prieto. El senador don Manuel José Gandarillas, presentó una moción en agosto de 1837 para declarar subsistente el imperio de la Constitución. El art. 5° del proyecto de ley, decía: **‘Se suspenden todos los actos librados por el Presidente de la República, con el nombre de leyes, a virtud de las facultades concedidas.... hasta que nos sean revisados, discutidos y acordados constitucionalmente’**. (Sesiones de los Cuerpos Legislativos, Tomo XXV, pág. 404). Y en junio de 1839, el diputado por Santiago, presbítero don Rafael Valentín Valdivieso, que ocupó el puesto más elevado en la jerarquía eclesiástica chilena, formuló un proyecto de ley, que decía en su art. 1°: **‘Las providencias que el Poder Ejecutivo, en uso de las facultades conferidas por la ley de 31 de enero de 1837, ha dictado, y las cuales, según la Constitución del Estado, debían emanar del Poder Legislativo, para que produzcan efectos permanentes y se tengan por verdaderas leyes, deberán ser sometidas a la revisión y sanción del Congreso Nacional’**. (Mismas Sesiones, Tomo XXIV, pág. 508).

131 El artículo de doctrina, *La Delegación de Facultades Legislativas en el Ordenamiento Jurídico Chileno*, refiere de la siguiente manera la cuestión aquí analizada: **“La Constitución de 1833, en su artículo 36, referente a las atribuciones exclusivas del Congreso, en el numeral 6, posibilita autorizar al Presidente de la República que utilice facultades extraordinarias, debiendo señalarse expresamente las facultades que se le conceden, y la fijación de un tiempo determinado a la duración de la ley. En virtud de dichas facultades, de febrero a mayo de 1839, se dictaron un conjunto de preceptos en diversas materias que poco o nada tenían que ver con los poderes extraordinarios concedidos en virtud de la guerra contra la Confederación Perú-boliviana, en base a la cual se había aprobado la Ley de 31 de enero de 1837 de delegación de facultades legislativas por el tiempo que durara la guerra, dando lugar a las ‘Leyes Marianas’ denominadas así en atención a don Mariano Egaña”**. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La Delegación de Facultades Legislativas en el Ordenamiento Jurídico Chileno*, Revista Ius et Praxis, Año 7 N° 2, Universidad de Talca, año 2001, págs. 73 a 85.

*Constitución*¹³²; Admitieron algunos que el Presidente de la República podía expedir disposiciones de carácter legal mientras el imperio de la Constitución estuviera suspendido, pero a la vez creían que restablecido el orden constitucional esas disposiciones, para que tuvieran valor, debían someterse a la aprobación del Congreso;

Enseguida recuerda lo acontecido en el Senado del año 1871, cuando éste discutió y deliberó sobre la reforma de los artículos 36 N° 6 y 161 de la Constitución no reformada de 1833:

“Con respecto al primero de ellos, se aprobó la indicación del presidente del Senado, don (Álvaro) Covarrubias. El objeto de esta disposición fue el de negar al Congreso el derecho de conceder al Ejecutivo facultades extraordinarias en asuntos políticos, pero manteniendo el de poder delegarle sus atribuciones; fácil es notar las diferencias sustanciales que existen entre los preceptos reformados por la ley de 1874 y los originales de la Constitución de 1833. La atribución exclusiva del Congreso de poder autorizar al Presidente de la República para que use ‘de facultades extraordinarias’, se convirtió en la de ‘dictar leyes extraordinarias’, relativas únicamente a la libertad personal, a la de reunión y a la de imprenta, quedando todo lo demás de lado;

Hace notar asimismo el proyecto que tuvo el patrocinio del jurista Jorge Huneeus, a la sazón Diputado por La Serena, quien dijo:

*“Hoy, mediante la reforma de la parte sexta del art. 36, el Congreso no puede delegar sus atribuciones legislativas en el Presidente de la República...”*¹³³

132 Luis A. Vergara Ruíz, cita a don Manuel Carrasco Albano, en el comentario al artículo 161 de la Constitución no reformada de 1833, que dice:

“Este artículo establece nada menos que la anarquía legal, el desgobierno constitucional, si esas palabras pueden conciliarse. Una vez suspendida la Constitución, el orden político que ella establece cae por tierra, o por lo menos queda en suspenso... Sin embargo, en este desquiciamiento del orden social y político, la autoridad pública, se dice, no podrá condenar por sí ni aplicar penas, ni las medidas que tomare contra las personas, excederán de un arresto a traslación de un punto a otro de la República. Pero ¿quién es esa autoridad pública que queda en pie?..... Lo que se ha querido llamar autoridad pública es el Presidente; pero de aquí nace una nueva dificultad. ¿Qué llegarán a ser en tal caso los demás poderes públicos, las demás autoridades? Se pierden, se disipan, desaparecen ante el Presidente dictador”. (CARRASCO ALBANO, Manuel, obra cit., Imprenta de El Mercurio, 2° edición., pág. 195).

133 HUNEEUS ZEGERS, Jorge, obra cit., Imprenta Los Tiempos, Edición de 1879, primera parte, págs. 125 y 126.

Pasa luego a señalarnos lo que ocurrió ahora bajo el mandato de la Constitución de 1925, la que mantuvo en toda su integridad la reforma efectuada, para lo cual nos da detalles que nosotros ya estudiáramos con ocasión de los decretos con fuerza de ley y el recurso de inaplicabilidad como medio de impugnación de la delegación:

“Y fue precisamente, cuando se estudiaba lo que sería después la futura Constitución de 1925, cuando ocurrió un hecho muy significativo. En la página 502 de las ‘Actas Oficiales de las sesiones celebradas por la Comisión y Sub-Comisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política de la República’, se lee lo siguiente, en orden a que S.E. (el Presidente don Arturo Alessandri Palma) propuso a los señores miembros de la Comisión la idea de establecer un artículo que permitiera al Congreso Nacional facultar al Presidente de la República para dictar ciertas leyes, con sujeción a bases o normas generales que el mismo Congreso le fije. Tres de los miembros de la Comisión objetaron la proposición presidencial, y uno de ellos, recordó que ‘las leyes dictadas por don Mariano Egaña (refiriéndose a algunos de los decretos-leyes dictados en 1837, mientras estuvo suspendido el imperio de la Constitución) fueron muy sabias y dieron muy buenos resultados, pero eso no impidió que el procedimiento fuera enérgicamente condenado’. Esta parte del acta de la sesión, termina diciendo que ‘S.E. declaró que en vista de estas opiniones no insiste en su idea’”

Por lo que no cabía sino concluir que, si la Comisión Constitucional encargada había rechazado de forma tan categórica esa posibilidad, bajo ninguna forma pudo ocurrir lo que posteriormente tuvo lugar:

“En los 3 meses y 15 días que permaneció en vigor la Ley N° 4.945, o sea, desde el 6 de febrero hasta el 21 de mayo de 1931, se dictaron 361 decretos fundados en ella, que se denominaron y se continúan denominando con el título impropio, bajo todos respectos, de Decretos con Fuerza de Ley; de estas 361 ‘disposiciones legales’ 24 son de interés particular, en las que será difícil, sino imposible, encontrar la relación que puedan tener con la administración o la hacienda públicas y con la marcha buena o mala del Estado.

Por todos los antecedentes que acompañó a su estudio, en particular los históricos y los de discusión al interior de la Comisión de Proyecto de la Nueva Constitución, le hacen obligadamente concluir al autor que:

“...la mencionada Ley N° 4.945, de 6 de febrero de 1931, es inconstitucional y, por lo tanto, absolutamente nula, de modo que los decretos que el Presidente de la República dictó en uso de la autorización concedida por ella, carecen de eficacia legal, a lo que se agrega que estos decretos no cumplen con los requisitos que debe tener la ley, con arreglo al artículo primero del Código Civil”. (Nota: las palabras ennegrecidas y los subrayados son nuestros).

Como podemos apreciar de la lectura de cada uno de los puntos que hemos extraído del trabajo que en su oportunidad entregó don Luis A. Vergara, éste quiso realizar una secuencia histórica del tema en cuestión, partiendo -como no podía ser de otra forma-, por lo preceptuado en la Constitución Política de 1833, y consultando por supuesto a las Actas (de la Comisión y Sub-Comisión de la futura Constitución de 1925) donde quedó contenida la discusión particular cuando el Presidente de la República de la época, quiso dar andamiaje constitucional a la idea de establecer un artículo que permitiera al Parlamento entregar al Jefe de Estado la facultad de dictar ciertas leyes, lo que deja una claridad meridiana en orden a hacer inaceptable dichas delegaciones, y por consiguiente creemos pudo ser un buen argumento para que la Corte Suprema se mostrara proclive a acoger los recursos de inaplicabilidad impetrados, y a los cuales hemos hecho oportuna referencia. Éste estudio fue citado por otro que a continuación tendremos la oportunidad de revisar.

Estudio realizado por don Víctor V. Robles. “Observaciones sobre los Decretos con Fuerza de Ley dictados en virtud de la Ley 4945” ¹³⁴

Dentro de los estudios que se llevaron en esos años en el tema que aquí tratamos, el efectuado por don Víctor V. Robles ¹³⁵ es de mucha importancia, porque versó sobre los decretos con fuerza de ley que nacieron a la vida en virtud de la ya tantas veces mencionada Ley N° 4.945, cuyos ejemplos viéramos a propósito de los recursos de inaplicabilidad interpuestos, que atacaban -algunos- a los DFL en sí mismos, como a la que necesariamente era su causa de origen.

¹³⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1934, Tomo XXXI, 1° Parte, Sección Derecho, pág. 133 a 148.

¹³⁵ Víctor Vicente Robles Valenzuela (1879-1961), fue Diputado de la República, y Ministro del Interior S.E el Presidente don Juan Esteban Montero entre el 7 de abril y el 4 de junio de 1932.

Dividió el mismo autor en distintos puntos su estudio ¹³⁶. En cuanto al aspecto constitucional -y sin redundar en la semblanza dada por el trabajo anterior- dijo:

“Es esencial en los Poderes Públicos que no pueden delegar sus facultades. Tan inconstitucional es que el Presidente de la República delegue en el Congreso sus facultades administrativas, como que el Senado y la Cámara de Diputados le entreguen las facultades legislativas que pertenecen al Congreso. No corresponde al Poder Ejecutivo declarar la inconstitucionalidad de una ley dictada en forma regular y debidamente promulgada. En cuanto al Poder Judicial, en los casos que se ha pedido la declaración de inaplicabilidad o inconstitucionalidad de la Ley 4945, o de los decretos con fuerza de ley dictados en virtud de ella, por vía del recurso que otorga el artículo 86 de la Constitución, se han declarado sin lugar los recursos;

En cuanto a la gran limitante temporal para legislar establecida en el artículo 1° de la Ley en estudio, se señalaba las siguientes: no podían extenderse sino entre el 6 de febrero al 21 de mayo de 1931. A su vez la autorización sólo comprendía la dictación de “medidas de carácter administrativo o económico que exija la buena marcha del Estado”. Por lo primeramente dicho, el autor preliminarmente se pregunta si hubo decretos con fuerza de ley que no cumplieran con este esencial requisito. Antes de responder, da un dato: el día 20 de mayo -un día antes de vencer el plazo delegatorio- existe la

“cifra fantástica de 108 expedidos el 20 de mayo ¿no habrán antedatados, al menos en parte? En el ‘Diario Oficial’ aparecen dictados sin fecha: el DFL N° 307, ‘Diario “Oficial” de 29 de mayo de 1931, pág. 2624; el N° 293, pág. 2631 de la misma fecha; y el N° 239 publicado en el ‘Diario Oficial’ de 30 de mayo del mismo año” ¹³⁷

136 En este aspecto y antes de entrar de lleno en su escrito, el autor refiere unas palabras al artículo publicado por don Luis A. Vergara -y que aquí le antecede; lo menciona como el que sienta una doctrina del todo evidente, además de llamarlo “luminoso”.

137 Hubo una “Recopilación de Decretos con Fuerza de Ley”. Para el articulista no existe disposición legal alguna que haya dado carácter oficial a esa publicación, a pesar de que se la trató de “Edición Oficial”, apelativo que también llevó en su carátula. Agrega que sólo hubo una comisión encomendada por el Subsecretario del Interior al archivero del Ministerio para que recopilara todos los decretos con fuerza de ley.

Tampoco se habría cumplido con la imposición de tener una numeración correlativa de todos los decretos con fuerza de ley que se dictasen, para lo cual el Ministerio del Interior debía llevar un correspondiente registro. Ante esto, refiere:

“Pues bien, la numeración no es regular. Así el Decreto con Fuerza de Ley N° 60 es de fecha 23 de marzo, y los que llevan números 54 al 59 están fechados el 24 del mismo mes; el N° 68 es de 24 de marzo, y los números 66 y 67 del día 27; el número ciento es de 10 de abril; y el 94 del 14; el 120 es de abril 30, y los 121 a 129 son anteriores a esa fecha; los 329, 330, 336, 341, 350 y 351 tienen fecha 15 de mayo; y son muchos los que tienen una numeración más baja y aparecen dictados el 20 de mayo. La publicación en el ‘Diario Oficial’ es en cuanto a sus fechas sumamente irregular. Así, en el ‘Diario Oficial’ de 30 de mayo se publican cuarenta y nueve decretos con fuerza de ley fechados el 20 de mayo; treinta y dos fecha 15 de mayo; tres de mayo 13; uno de mayo 12; uno de mayo 8; uno de mayo 7; uno de mayo 4; dos fechados el 24 de abril y dos el 27 de abril; uno de abril 11; uno de abril 7; uno de abril 6; uno de marzo 19; dos de marzo 13 y uno de marzo 4. Igual descompaginación hay en las demás publicaciones.”

Lo anterior pondría de relieve que no hubo regularidad en la dictación de los decretos con fuerza de ley. Además:

“Hubo decretos con fuerza de ley que llegaron a la Contraloría en los primeros días de junio. Son estos antecedentes que dan algún aspecto de verdad a haberse antedatados algunos decretos con fuerza de ley. Siendo esta una cuestión de hecho, los Tribunales deberán resolver cada vez que se presente con sujeción a las pruebas que se rindan”

En cuanto al otro requisito imperativo sobre la exigencia para la *buena marcha económica y administración del Estado*, para el articulista toda disposición que no esté debidamente encuadrada en los términos de la ley 4.945, la contraviene en sí misma, y, por lo tanto no constituye fuente alguna de obligaciones y derechos.

En el punto cuando trata el aspecto de la historia de la norma legal en estudio, se confirma que el Poder Ejecutivo, además de lo resuelto por las dos ramas de las Cámaras Legislativas, y del estudio efectuado por las comisiones asesoras, donde:

*“concuerdan en el sentido de que no podía el Presidente de la República extenderse a otro orden que no fuera del económico o administrativo de exigencia para la buena marcha del Estado”*¹³⁸

Sobre la posibilidad de que se hayan dictado decretos con fuerza de ley contrarios a la misma Ley 4945, que no se condijeran con el esencial requisito impuesto por ella, es tajante al asegurar que del

“examen de los 363 decretos con fuerza de ley expedidos, prueban que en su mayoría no responden a medidas de carácter administrativo o económico que haya exigido la buena marcha del estado; y que muchos de ellos son absolutamente contrarios a las declaraciones oficiales hechas en la discusión de la Ley 4945. Ejemplo de ello: a) los decretos con fuerza de ley que son de mera gracia, abono de servicios para jubilar; prórroga de los plazos para la vida de ciertas corporaciones; las de carácter meramente local, como ser nombres de calles; autorización a ciertas corporaciones o fundaciones para desprenderse de bienes; servicios pequeños del Estado; los que se refieren a ascensos y nombramientos para los cuales era menester el acuerdo del Senado; los que se refieren a gracia para determinados funcionarios, como ser viáticos, exención de pago de patente de abogados fiscales y que corresponden una mitad a Municipalidades y otra mitad a Colegios de Abogados; b) decretos con fuerza de ley que crearon o aumentaron contribuciones. Estos no legislan exclusivamente sobre los nuevos impuestos, pero contienen disposiciones que los aumentan o los crean. En cuanto a las contribuciones se refiere, que su creación en Chile, como en todas partes, es genuina facultad del Parlamento; c) en materia de empréstitos, también se quebrantaron las atribuciones conferidas al Presidente de la República. No tienen explicación algunos decretos con

¹³⁸ Se presentó el proyecto a la Cámara de Diputados el 26 de enero de 1931, (página 1749 del Boletín de Sesiones) con un Mensaje que dijo así: *“La actual crisis política y económica, una de las más serias que registra la historia, ha producido en todos los países graves trastornos cuyas consecuencias deben ser encaradas con presteza. La tendencia mundial a robustecer el principio de autoridad para hacer frente a las fuerzas de anarquía que dirigen sus ataques contra los fundamentos mismos de la civilización ha tenido entre nosotros franca consagración en la reciente ley referente a los delitos contra la seguridad interior del Estado. Pero la rapidez de los acontecimientos exige que el Ejecutivo especialmente **durante el receso del Congreso**, esté además dotado de las facultades que habiliten al Gobierno para resolver sin retardo **los problemas urgentes del Estado**. Por las razones expuestas y considerando las eventualidades que puedan producirse, someto a vuestra consideración, en el carácter de urgente, el siguiente proyecto de ley, a fin de que pueda ser tratado en el actual período extraordinario de sesiones”*.

fuerza de ley que comprometían la responsabilidad del Estado para un préstamo del Ferrocarril de Arica a La Paz, y de los contratados por la Caja de Fomento Salitrero”

Al efectuar un tratamiento sobre la actuación de la Corte Suprema en particular frente a los recursos de inaplicabilidad, nos recuerda que invariablemente han sido rechazados los se le han deducido ante sus estrados ^{139 140}.

En cuanto a la actuación de las instituciones en el plano administrativo:

139 El autor cita el ejemplo de un recurso distinto pero que sirve a su tesis. El caso es el siguiente: el Fisco, demandado por don Guillermo Hoppin, dedujo recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago. El abogado del Fisco firmó el recurso; se probó con las certificaciones de la Tesorería, que no había pagado patente para ejercer la profesión de abogado. En conformidad al Código de Procedimiento Civil, es condición esencial para que el recurso de casación sea procedente que lo firme un abogado, y de acuerdo a la jurisprudencia y a la Ley sobre Colegio de Abogados, el jurista debía haber pagado la patente para estar habilitado para firmar el recurso en cuestión. El Decreto con Fuerza de Ley N° 246, -Ley Orgánica del Consejo de Defensa Fiscal- artículo 21 -y que fue dictado en uso de la atribución de la Ley 4945- y que no había sido derogado ni modificado en las fechas a que nos referimos, decía: “sin perjuicio del pago de la patente profesional, los abogados fiscales no necesitarán de patente para el ejercicio de la profesión en defensa del Fisco ante la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones”. La parte de Hoppin adujo en la vista de la causa, entre otras razones para que se declarara improcedente el recurso, que las patentes de abogados eran una mitad para los Colegios de Abogados; que los abogados fiscales sólo eran veinte incluyendo a los auxiliares; que el total de las patentes en su máximo eran por \$ 10.000, o sea, cinco mil para Municipalidades y cinco mil para los Colegio. Que, en consecuencia, el favor que el Decreto con Fuerza de Ley concedía no era *una exigencia para la buena marcha económica y administrativa del Estado*, y que dicha disposición no cabía dentro de los términos de la Ley 4945.

La Corte Suprema resolvió con fecha 16 de agosto de 1932, que atendido lo dispuesto en el artículo 21 del DFL N° 246, de 20 de mayo de 1931, el recurso del Fisco estaba debidamente enablado*.

* Nota: Éste fallo al cual hace referencia don Víctor V. Robles en su estudio, no fue publicado por la Revista de Derecho y Jurisprudencia.

140 También hace alusión a la sentencia ya estudiada por nosotros: la de 13 de septiembre de 1932 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XXX, año 1933, página 36, que contara con el único voto en contra correspondiente al Ministro de la Corte Suprema don Mariano Fontecilla Varas, en el juicio por mensura en la Región de Antofagasta), que rechazó el recurso de inaplicabilidad deducido por don Osvaldo de Castro en contra del Decreto con Fuerza de Ley N° 103, de 16 de abril de 1931 -que nace en virtud de la Ley N° 4.945, y que diera nuevas reglas sobre la prescripción; estableciendo además que el Fisco no podía ser demandado por acciones de nulidad de mensuras y otras acciones que pudieren alterar la ubicación o cabida de un acta de mensura ya aprobada-, pero donde había reconocido la ilegalidad de este DFL, al estimar que no fue dictado con el objeto de la mentada buena marcha económica y administrativa del Estado. Para el señor Robles, el máximo tribunal entró en una contradicción total, porque primero, desestimó la petición en el caso Hoppin, y después -sólo veintiocho días más tarde- resolvió todo lo contrario, pues en el caso de don Osvaldo de Castro, dijo que dicho DFL “*no era de exigencia para la buena marcha económica y administrativa del Estado*”, cuando bien pudo estimarse que sí.

“El Ejecutivo ha respetado y cumplido los decretos con fuerza de ley, salvo contadas excepciones, pero de gran importancia. El 2 de enero de 1933 se declaró disuelta la Compañía de Salitres de Chile (Cosach) por un simple decreto. Esa Compañía se había formado en virtud de las leyes 4863 y 4866 de 21 de julio de 1930, con las modificaciones y franquicias de los decretos con fuerza de ley números 12, 49, 250 y 329. Por un simple decreto del Presidente de la República se desconocieron esos decretos con fuerza de ley, especialmente el N° 12¹⁴¹. El 18 de agosto de 1933 se dictó por el Presidente de la República el decreto N° 2930 que ordenó restablecer en todas sus partes la vigencia del estatuto Universitario aprobado por Decreto con Fuerza de Ley N° 280, de 30 de marzo de 1931. Así por un mero decreto se revalidó un decreto con fuerza de ley”

Para finalizar exponemos sus conclusiones:

“a) Tiene fundamento la duda sobre si todos los decretos con fuerza de ley fueron dictados antes del 21 de mayo; b) gran parte de ellos se expidieron con infracción al texto de la Ley 4945, a su historia fidedigna y a su espíritu; c) no hay uniformidad en cuanto a la validez legal ya en su aplicación por el Ejecutivo, ya por la Corte Suprema; d) no es uniforme la doctrina sobre si rigen desde su publicación en el ‘Diario Oficial’”

Para el articulista, después de pasar revista a cada uno de los puntos que incluyó en su estudio, las innúmeras creaciones de nuevas situaciones jurídicas que nacieron mediante los decretos con fuerza de ley dictados en virtud de la Ley 4945, debían ser materia de una ley propiamente tal que los declarase existentes, o bien derogados o modificados. Para él esa era la única manera de dar claridad a una situación irregular como la anteriormente descrita. No se pronuncia sobre la cuestión constitucional, porque en la práctica -como señala en el preámbulo-, ésta hubo de dejarla a un lado, aunque por cierto el origen legal de todos y cada uno de los decretos con fuerza de ley a los que se vino haciendo referencia, tiene como cuestión basal la mentada Ley 4945, cuya inconstitucionalidad ya fue cantada a los cuatro vientos por don Luis A. Vergara Ruíz en el estudio que antecede a este. Por ello, las observaciones del actual arrancan de la base dentro de un aspecto legal, no constitucional.

141 Según el autor, sobre el particular, “los decretos leyes dictados durante los gobiernos de facto del año 1932, han sido acatados como verdaderas leyes”.

Pues bien, como se dijera en la antesala de la vista de estos dos estudios, nos corresponde ahora seguir con los decretos-leyes, y la importancia rotunda que han tenido en la vida política, institucional y constitucional de Chile. Por supuesto no podremos abarcar todos los períodos y resoluciones que quisiéramos, pero nos detendremos en su conceptualización, práctica y respuesta, como debe ser, de los Tribunales de Justicia.

12. Los Decretos-Leyes

¿A qué se denomina decretos-leyes? ¿cuál es su valor? ¿si es *legislación irregular* como se la denominado comúnmente, ha recibido acatamiento por parte de nuestros Tribunales de Justicia? ¿lo ha recibido de otras autoridades? ¿deben ser respetados una vez vuelta la normalidad constitucional? ¿abandonan notablemente sus deberes los magistrados superiores si no son capaces de hacer valer sobre ellos la Constitución? Éstas son algunas de las importantes y dramáticas interrogantes que buscaremos responder en esta parte de nuestra entrega. Por no tener la última palabra, diremos *a priori*, que quizá no logremos del todo el cometido propuesto. Y será, en parte, porque se busca, asimismo, que el propio lector, pueda eventualmente responderlas ¹⁴².

Según el autor italiano Paolo Biscaretti (1879-1959), llámense

“decretos leyes los decretos que, sin autorización alguna del Parlamento, dicta el Poder Ejecutivo sobre materias que según la Constitución son propias de ley. Mediante ellos legislan los gobiernos de facto; pero algunas Constituciones, como la italiana, los prevén para gobiernos legítimos en casos extraordinarios de necesidad y urgencia, imponiendo al Ejecutivo la ulterior obligación de presentarlos rápidamente al Parlamento para su ratificación o conversión en ley” ¹⁴³

142 Bibliografía que hemos consultado al respecto sobre los decretos-leyes, cuyos referencias se ampliarán más adelante: v. gr. el artículo de CLARO SOLAR, Luis, *Los decretos leyes y el recurso de inaplicabilidad que establece el artículo 86 de la Constitución*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1933, Tomo XXXI, 1º Parte, Sección Derecho, págs. 13 a 18; ALESSANDRI, CLARO SOLAR, MONTERO, ORTEGA, SALAS ROMO y OTROS, *Informe Jurídico de la Comisión nombrada por el Gobierno para el estudio de los decretos leyes y decretos con fuerza de ley*, Editorial Progreso, Santiago, año 1934; VARELA, Alex, *Decretos leyes y decretos con fuerza de ley*, en *Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Chile*, N° 2 y 3, Santiago, año 1934; AMUCHÁSTEGUI, José Antonio, *Facultades de los gobiernos de facto*, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1933, Tomo XXXI, 1º Parte, Sección Derecho, pág. 19 a 24, entre otros.

143 BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, traducción española, Editorial Tecnos, Madrid, año 1965.

En esta primera aproximación, a través de un autor extranjero, podemos apreciar que no es del todo exacta la idea -muy arraigada-, que los decretos-leyes sólo provienen de gobiernos *de hecho*.

a. Fuerza obligatoria. No se puede comenzar éste crucial punto a tratar, sin dejar de mencionar la sentencia muy conocida por todos quienes escribieron y aún escriben de la importancia que a través de la historia ha desempeñado la institución de los decretos-leyes. Nos referimos a las razones que se tuvieron en cuenta en dicha sentencia y que se vertieron para dejar asentado tempranamente y en forma explícita -desde la cabeza del Poder Judicial- a la validez de estas disposiciones. Nos referimos a la ocasión en que nuestro más alto Tribunal se pronunció por primera vez sobre el particular. Fue el 19 de agosto de 1925, en recurso de queja interpuesto contra una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, que había desconocido la fuerza legal al Decreto-Ley N° 24, de 4 de octubre de 1924^{144 145}

144 Aunque el tema en cuestión referente a los decretos-leyes, lo hemos insertado dentro del sistema constitucional de 1925, sabemos que la Carta Política fue promulgada el 18 de septiembre de ese año, y su entrada en vigencia, lo fue un mes después. Con ese dato, hemos decidido incorporarlo en el presente capítulo, y no en el correspondiente a la Constitución de 1833.

145 Decreto-Ley N° 24. Aparece firmado por los miembros de la Junta de Gobierno señores Luis Altamirano, Francisco Neff y Juan Pablo Bennett; refrendando el Ministro del Interior don Alcibíades Roldán. Se tuvo en *consideración primera* para dictarlo:

“Que el trabajo nocturno, en términos generales, es profundamente dañoso a la salud de los obreros, y causa, además, perjuicios en la moralidad y el orden público, por lo cual debe ser prohibido, salvo en aquellos casos en que es absolutamente indispensable. Que la industria de la fabricación del pan es una de aquellas que sin necesidad ocupan a los empleados en las horas que debieran destinarse al sueño...”

Esta Junta de Gobierno, estuvo al mando del país entre el 11 de septiembre de 1924 y el 23 de enero de 1925, fecha en que cesó, cuando otro Golpe de Estado, organizado por Marmaduke Grove y Carlos Ibáñez del Campo, la depuso. En esta fecha, se le entregó el poder al Inspector General del Ejército, don Pedro Pablo Dartnell, quien hasta cuatro días más tarde, tendría el mando de la Nación, pero que declinó continuar con el poder en solitario, optando por convertirse en uno de los miembros de la denominada *Junta de Enero*, que tomó el poder unos días más tarde. Asume en su reemplazo don Emilio Bello Codesido, con el título de Presidente interino de la República, siendo elegido Presidente de la Junta integrada además, por el mencionado General Pedro Dartnell y el Almirante Carlos Ward, a la espera del regreso del Presidente constitucional, esto es hasta el 12 de marzo de 1925 (fecha en que Arturo Alessandri recupera el Gobierno). Luis Altamirano, era Ministro del Interior de Alessandri Palma, y, en esa calidad, debió jurar como Vicepresidente de la República el 9 de septiembre de 1924, hasta el día 11 del mismo mes y año, cuando dio el Golpe de Estado, asumiendo dos días más tarde en la Junta de Gobierno -*la Junta de Septiembre*- a la que se ha venido haciendo referencia. La primera medida que tomó dicha Junta fue declarar disuelto el Poder Legislativo.

146¹⁴⁷, sobre prohibición del trabajo nocturno de las panaderías, estableciendo

146 El antiguo Tribunal de Cuentas, antecesor de lo que más tarde sería la Contraloría General de la República, reunido con fecha 16 de septiembre de 1924, “con la asistencia del Presidente accidental don Alfredo Echeverría C., y de los Ministros: don Eduardo Larraín y don Pedro Cifuentes y de su Fiscal don Eduardo Puelma, tomó conocimiento del decreto expedido por la Excm. Junta de Gobierno el 11 del presente mes de septiembre, por el cual se constituye dicha Junta y asume la dirección de los negocios públicos con la declaración que mantendrá el Poder Judicial y respetará la Constitución y las leyes de la República en cuanto sean compatibles con el nuevo orden de cosas. Considerando: que la situación de hecho producida ha traído como consecuencia la supresión o término del funcionamiento de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, establecidos por la Constitución Política del Estado [...] Que razones de bien público aconsejan acatar la nueva situación producida, y que es obligación de las autoridades constituidas coadyuvar a los propósitos de administración que declara perseguir el nuevo Gobierno establecido; Que finalmente en el decreto constitutivo de la Excm. Junta de Gobierno declara que en el objetivo de esa misión mantendrá el Poder Judicial y respetará la Constitución y las leyes de la República, en cuanto sean compatibles con el nuevo orden de cosas. La Corte de Cuentas, oído a su Fiscal, acuerda: 1°) **Dar curso al decreto supremo de 11 de septiembre del presente año, por el cual se constituye la Excm. Junta de Gobierno;** 2°) **Ejercer sus atribuciones legales ciñéndose a la Constitución, a las leyes y al Decreto Orgánico por el cual se constituye la Excm. Junta de Gobierno, en la misma forma que dicho decreto expresa;** 3°) **Dirigir a la Excm. Junta de Gobierno las representaciones de los decretos supremos que considere ilegales y que, en cumplimiento de lo dispuesto en el número 1 del artículo 5° de la ley de 20 de enero de 1888, modificada por la ley número 3.620, debe elevar a S.E. el Presidente de la República;** y 4°) **Transcribir este acuerdo a la Excm. Junta de Gobierno para su conocimiento**”. Además de los asistentes, aparece la firma de Carlos Iñiguez, Secretario. En Boletín Cámara de Diputados, Anexo 7, 19° Sesión Ordinaria, martes 27 de junio de 1933, págs. 954 a 955.

147 Aunque en recurso de amparo, es útil recoger lo que se resolvió por sentencia unánime de la Corte Suprema con fecha 12 de enero de 1925 -que confirmó a su vez la de la Corte de Apelaciones de Santiago-, donde se rechazó dicha acción en favor de don Pedro León Ugalde, Diputado por Quillota, detenido por orden de la Comandancia General de Armas, después del movimiento militar de Luis Altamirano. Se alegó por su abogado don Carlos Vicuña Fuentes, que al ser el detenido un parlamentario tenía este fuero constitucional, no pudiendo por tanto ser arrestado, sin que antes se hiciera lugar a formación de causa. En segundo lugar, se alegaba, la Comandancia de Armas funcionaba al amparo de un Gobierno ilegal, carente de toda facultad para arrestar a los ciudadanos, y en ningún caso con derecho para ejercer potestad sobre civiles. Y, en tercer lugar, el tribunal militar no podía legalmente investigar delitos que no fueran exclusivamente militares, importando infracciones a las leyes especiales de esa rama.

El Gobierno instituido había dictado un decreto-ley con fecha 27 de septiembre de 1924 -que el amparado llamó sólo «Reglamento»-, por el cual quedaron sometidos a los tribunales militares los delitos contra la Seguridad Interior del Estado. Se quejó enseguida, que los tribunales ordinarios y las Cortes en especial -por ser tribunales de derecho-, no podían aceptar que su competencia les fuera arrebatada mediante un reglamento, que no es ley, y que tampoco puede serlo, ya que aparece dictado “por personas que carecen de facultad para ello y hasta de toda investidura pública”. Solicitaba, en definitiva, que fuera puesto inmediatamente en libertad. La Sala de la Corte de Apelaciones -cuyos párrafos más relevantes y que tienen atinencia con nuestro trabajo hemos resaltado-, dictaminó, por dos votos contra uno, que “es un hecho de pública notoriedad reconocido, además, en el presente recurso de amparo, que el Congreso Nacional se halla actualmente disuelto, habiendo cesado, por lo tanto, en sus respectivos cargos los diputados y senadores; **Que sea o no inconstitucional o ilegal esta disolución del Congreso, ello es que no toca a esta Corte de Apelaciones declararlo, porque ni la Constitución Política ni la ley le han conferido semejante atribución;** Que, de consiguiente, habiendo cesado en sus respectivos cargos, como queda dicho, los diputados y senadores, no tienen éstos ya el fuero de que gozan los miembros del Congreso

multas por sus infracciones. El máximo tribunal decidió que:

“(1°) ... desde los pronunciamientos militares de 5 de septiembre [de 1924] y de 23 de enero último [1925] no ha existido en el país Congreso Nacional y, en consecuencia, no se han podido dictar leyes en conformidad a las prescripciones de la Constitución Política; 2°) Que no obstante, constituidas sucesivamente dos Juntas de Gobierno y restituido más tarde el Presidente de la República al ejercicio de sus funciones, se ha tratado de salvar la excepcional y transitoria situación creada por dichos procedimientos, dándose a la promulgación de decretos-leyes la fuerza que debía corresponder a leyes propiamente tales, lográndose así subvenir en la forma correspondiente a las necesidades de orden público en el crecido número de exigencias; (...) 4°) Que el Poder Judicial, que ha logrado mantener y hacer respetar dentro del período expresado su entera libertad de acción, ha aplicado dichos decretos-leyes dentro de las facultades y prerrogativas que particularmente le pertenecen, aceptando sin restricciones su fuerza y eficiencia como leyes emanadas del poder único que ha podido dictarlas, mientras no se constituya el país en la forma que lo acuerde la soberana voluntad popular...”

*que se hallan en posesión de sus respectivos cargos; [...] Que en orden a la incompetencia que se dice afecta al Tribunal Militar para juzgar a Ugalde, el recurrente ha reconocido que el decreto-ley de 27 de febrero último ha dispuesto que todos los delitos contra la Seguridad Interior del Estado [...] quedan sometidos a la jurisdicción militar [...]; Que es cierto, sin embargo que el recurrente ha objetado el mencionado decreto-ley [...] pero no es menos cierto también que esta Corte no tiene facultad para declarar nulas o sin valor ni efecto las disposiciones de los otros Poderes Públicos, fundada en los motivos que se apunta, porque ni la Constitución ni la ley se la han conferido; [...] Que en orden a la alegación del recurrente de no ser el actual un Gobierno legalmente constituido [...] hay que considerar que en el caso de autos, no existiendo, como en realidad no existe, otro Gobierno, es inoficioso entrar a considerar este punto, porque la ley, al prescribir y penar el delito de que se trata, ha tenido que referirse indudablemente a la entidad que ejerza las funciones gubernamentales, toda vez que de otro modo, la propia ley autorizaría la disolución del orden social...”, por lo tanto desecharon el amparo solicitado. Votaron en ese sentido los Ministros señores Moisés Lazo de la Vega (presidente) y José Miguel González. En tanto, en voto en contra, el Ministro don Filidor Rodríguez -sin entrar a desconocer la competencia de la Comandancia General- estuvo por acogerlo, disponiendo la libertad del amparado. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1926, Tomo XXIII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 17.*

Por lo tanto, decide acoger el recurso de queja en contra de la Corte de Apelaciones, declarando que:

*“la indicada Sala ha debido aplicar el referido decreto-ley con la fuerza obligatoria que corresponde a las leyes de la República”*¹⁴⁸

Al tomar esa decisión, el Tribunal Supremo se dividió en una sentencia de 6 votos contra 4 -y que tendría en el futuro inesperadas consecuencias-. Por acoger la queja estuvieron los Ministros Braulio Moreno (Presidente), José Agustín Rojas, Santiago Santa Cruz, Fermín Donoso Grille, Ricardo Anguita y Moisés Vargas Mardones. En tanto, la mencionada sentencia se acordó con el voto en contra de los magistrados señores Eliseo Cisternas Peña, Alejandro Bezanilla Silva, Antonio María de la Fuente y Javier A. Figueroa, quienes estuvieron por no dar lugar al recurso, teniendo en consideración que aún en el supuesto de existir los errores que se le atribuyen a la Sala sentenciadora en la resolución que ha motivado la queja, ellos en el fondo no podrían ser otra cosa que el resultado de la apreciación jurídica que han hecho los que la dictaron:

*“y esta apreciación no podría dar motivo a medidas disciplinarias, sin atentar contra la independencia que tienen los miembros del Poder Judicial en el ejercicio de sus funciones”*¹⁴⁹

A su vez, y respecto de la caracterización formal de los decretos-leyes, es necesario que el lector tenga en consideración que las disposiciones de los decretos de un Gobierno de hecho que contemplan materias propias de la ley carecen de eficacia suficiente para obligar como leyes propiamente tales, si esos decretos no reúnen los caracteres y solemnidades mínimas establecidas por el mismo Gobierno que las promulga¹⁵⁰. Para esa ilustración y debida inteligencia de lo anotado -también en recurso de queja-, la Corte Suprema dispuso -en voto unánime el 1° de septiembre de 1926-

148 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1926, Tomo XXIII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 488.

149 *Ibíd.*, voto de minoría.

150 En la especie, los decretos-leyes que dictó el año 1925 la Junta de Gobierno presidida por don Emilio Bello Codesido e integrada además por los señores Pedro Pablo Dartnell (General de División) y Carlos Ward (Vicealmirante), se caracterizaban por la mención expresa de las palabras “*decreto ley*”; por llevar las firmas de todos los miembros de la Junta; por el número de orden, que era general y correlativo; además -aunque no todos-, en su gran mayoría decían que se dictaban por la Junta de Gobierno “*de acuerdo con el Consejo de Secretarios de Estado*”. En contraposición, los decretos simplemente administrativos se encabezaban, por la sola palabra “*decreto*”, y eran firmados sólo por el Presidente de la Junta y el Ministro respectivo y su número de orden era independiente por cada Ministerio.

que el Primer Tribunal de la Vivienda debía abstenerse de dar curso a las peticiones de *inhibitoria de competencia* que se suscitaren futuramente -y que ya se habían suscitado-, tendientes a obtener que el Quinto Juzgado de Letras de Menor Cuantía de Santiago se entorpeciera al conocer los juicios especiales de contrato de arrendamiento, ya que el primero de estos tribunales había insistido sistemáticamente en promover nuevas y repetidas contiendas de competencia, que impedían al segundo de los nombrados, la regular sustanciación de numerosos juicios, llegando así a suspender en la práctica -indefinidamente- el ejercicio de las acciones que la ley concedía a los arrendadores, lo que causaba perjuicio irreparable a los particulares interesados y comprometía el correcto desempeño de la misión encomendada por la ley a los Tribunales de Justicia. En la práctica, el Decreto-Ley N° 261, de Alquileres de Habitaciones, de 19 de febrero de 1925 ¹⁵¹, sometía al conocimiento de los Tribunales de la Vivienda las denuncias que hicieran los Consejos de Habitaciones para Obreros respecto de las propiedades que se estimasen insalubres, así como la de fijación de las rentas de arrendamiento de las propiedades construidas con sujeción a las disposiciones de la Ley de Habitaciones para Obreros, entre otras tantas facultades. Pero otro decreto-ley posterior (el N° 363, de 21 y 23 de marzo del mismo año 1925 ¹⁵²), previno acerca de que correspondía a los tribunales ordinarios de justicia, conocer e intervenir en los juicios de contrato de arrendamiento,

“y de esta suerte, aún en el supuesto de que fuera aceptable presumir que hubo el propósito de conferir a los Tribunales de la Vivienda el conocimiento de [tales] negocios, esa competencia, como lo advierte el Fiscal de esta Corte en su dictamen, habría cesado por derogación tácita en razón de lo dispuesto por el Decreto-Ley N° 363 antes aludido, que en forma terminante atribuye a los Juzgados de Menor Cuantía el juzgamiento de los referidos juicios”

Y ahora en la parte que nos interesa: el máximo tribunal dejó asentado que el Decreto N° 137 , que aprobó un Reglamento que estableció que eran los Tribunales especiales de la Vivienda los que conocieran de *todas* las dificultades que se produjeran entre arrendadores y arrendatarios, y

151 En efecto, el Decreto-Ley 261 aparece firmado por los integrantes de la Junta reseñados, más el Ministro de Higiene, Asistencia, Trabajo y Previsión Social, don José Santos Salas.

152 Y el Decreto-Ley 363 por los miembros de la Junta, más el Ministro de Justicia don José Maza.

el Decreto-Ley N° 259, que señaló que correspondía a la propia Justicia Ordinaria declararse incompetente para intervenir en los juicios de arrendamiento, lo que significaría para la Corte que:

“debe reconocerse que los decretos citados [son] de índole meramente reglamentaria, [y] no reúnen ninguno de los caracteres y solemnidades peculiares de los que se han promulgado con fuerza de ley;” por lo tanto (considerando 6°) “esos decretos se distinguen por los números de orden asignados a los que se tienen como simplemente administrativos del departamento de Estado correspondiente, y están privados por lo tanto, de eficiencia que sea bastante para innovar acerca de la competencia de los Tribunales existentes, la cual, conforme a preceptos constitucionales que son notorios, no han podido ser alterados sino por intermedio de la ley”¹⁵³. (Nota: los subrayados son nuestros).

También sobre la fuerza obligatoria de los decretos-leyes -esta vez en un juicio criminal por conspiración seguido contra don Daniel Fábregas-, se pidió a la Corte Suprema de Justicia -la que resolvió con fecha 12 de abril de 1933-, que declarara derechamente inaplicables por inconstitucionales, los Decretos-Leyes N° 637 y 650 (éste último que aprobó el Código de Justicia Militar), por ser contrarios a la Constitución, fundándose dicha solicitud, en que sólo en virtud de una ley se puede juzgar a un ciudadano; y que la ley es la declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prescrita en dicha Carta Fundamental, y que la manera establecida para su declaración, es por su aprobación por el Congreso Nacional. Para rechazar el recurso, por unanimidad la Corte tuvo en vista que:

“esta clase de preceptos dictados por Gobiernos de hecho, han sido reconocidos con la fuerza obligatoria en todos los países en que han imperado tales gobiernos y en el nuestro el propio Poder Legislativo así lo ha declarado implícitamente al dictar leyes derogatorias de algunos decretos leyes, dejando en vigor

¹⁵³ Por lo tanto, se declaró la competencia del Quinto Juzgado de Letras, debiendo abstenerse el Primer Juzgado de la Vivienda a dar curso a peticiones de inhibitoria que incidieran en los expresados pleitos: los ya iniciados o los que se iniciaren más adelante. Decisión unánime de los Ministros señores Javier Á. Figueroa (Presidente); Juan Agustín Rojas, Alejandro Bezanilla, Ricardo Anguita, Antonio M. de la Fuente, Moisés Vargas, José Astorquiza, Dagoberto Lagos, Manuel Cortés y Luis David Cruz. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1927, Tomo XXIV, 2° Parte, Sección 1°, pág. 140.

*los demás; al negarse a prestar su aprobación a proyectos de ley encaminados a dejar sin efecto otros y al reformar el propio Código de Justicia Militar por medio de otras leyes”*¹⁵⁴

Firmaron dicha sentencia, los Ministros señores Humberto Trucco, Alberto Novoa, Romilio Burgos, Gregorio Schepeler, Guillermo Silva Cotapos, Eulogio Robles y David Carvajal, y se constituyó, a la postre, en una suerte de declaración de principios de las sentencias futuras que nuestro máximo tribunal dictaría sobre el mismo punto.

Pocos meses más tarde, el 11 de julio de 1933¹⁵⁵, se confirmó dicha tesis, al rechazarse nuevamente y por unanimidad, un nuevo recurso de inaplicabilidad, esta vez deducido contra los Decretos-Leyes N° 50 y 637, en proceso por delito contra la Seguridad Interior del Estado¹⁵⁶.

Las dos sentencias a que hemos hecho referencia anteriormente (sin tomar en cuenta las recaídas en recursos de queja), se refieren a procesos criminales sustanciados en aquellos años.

Pero el 11 de octubre de 1933, se discutió en la Corte Suprema un recurso de inaplicabilidad contra los Decretos-Leyes N° 128 (de 4 de julio de 1932) y 592 (de 9 de septiembre del mismo año), que vinieron ambos a modificar las leyes de impuesto a la renta. Don Juan Brown expuso en su escrito ante el máximo tribunal -después de no ser escuchadas sus pretensiones en primera instancia, donde el juez declaró sin lugar la excepción opuesta por estimar éste que mientras el Tribunal Supremo de la República no declarara la inaplicabilidad de los preceptos tachados,

154 *Gaceta*, 1er. semestre, sentencia N° 51, pág. 239.

155 *Gaceta*, 2° semestre, sentencia N° 60, pág. 216.

156 En procesos seguidos ante la justicia castrense, en particular ante Consejos de Guerra, el 15 de noviembre de 1926, conociendo de un recurso de casación en la forma contra la sentencia expedida por la Corte Marcial, a la que se le consideraba manifiestamente incompetente para pronunciarse de una apelación en virtud del Decreto-Ley N° 806, por carecer éste de fuerza legal, ya que éste entró en vigencia después del 18 de octubre de 1925 -fecha en la que se puso en vigor la Constitución Política, y que ella dispuso que la dictación de leyes correspondía al Poder Legislativo-, se rechazó este medio de impugnación por la Corte Suprema en forma unánime, reconociendo la efectividad de la afirmación del recurrente, en cuanto a que la Carta Fundamental se promulgó antes que el decreto-ley que aprobó el Código de Justicia Militar, empero asimismo reconociendo que por Disposición Séptima de las transitorias, se mandó que el Congreso empezara su período constitucional el 21 de mayo de 1926.

Con fecha 16 de noviembre del mismo año, se rechazó idéntico recurso. El casante en la forma, estimó que el Código de Justicia Militar “*no habiéndose promulgado en conformidad a la Constitución que actualmente rige*”, consecuentemente provoca que la sentencia dictada por la Corte Marcial carezca de valor, estimándose competente para pronunciarse a la Corte de Apelaciones de Iquique -la misma que había ordenado pasar los antecedentes al Tribunal de Alzada castrense-. El primer fallo puede encontrarse en *Gaceta*, 2° semestre, sentencia N° 68, pág. 346; y el segundo en la misma revista y semestre, sentencia N° 69, pág. 347.

ellos gozaban de fuerza obligatoria-, que el Fisco, entabló juicio ejecutivo en su contra, referente al impuesto complementario a la renta del segundo semestre de 1932 y al impuesto de cesantía correspondiente al mismo período. La Dirección de Impuestos Internos hizo la correspondiente liquidación que motivó la ejecución consecucional, debido a que la cantidad pagada era inferior a la que correspondía. Todo lo anterior en virtud de los decretos-leyes mencionados. El recurrente expresó que la legislación sobre la materia, modificada por las mentadas disposiciones, no han podido serlo por personas que usurparon el poder a mano armada, y, por lo tanto, habían sido dictadas contrariando claramente a la Constitución en cuanto ésta prescribe, que sólo por ley pueden imponerse contribuciones directas o indirectas y que tales leyes además sólo pueden tener principio en la Cámara de Diputados.

La Corte, después de repetir las consideraciones que tuvo a la vista en los dos fallos anteriormente recordados, señala en su considerando 6°, que:

*“es forzoso concluir que los dos decretos leyes impugnados por este recurso, deben tenerse como manifestación de la potestad legislativa encarnada en gobiernos de hecho que derribaron los Poderes Legislativo y Ejecutivo existentes y, sin que éstos fueran restablecidos, los sustituyeron hasta la instalación de los nuevos poderes constitucionales”*¹⁵⁷

Sin embargo, la sentencia en comento contó nuevamente con el voto en contra del Ministro don Mariano Fontecilla Varas, quien primeramente dejó establecido que los jueces al conocer de un pleito, deben aplicar e interpretar la ley, dando en sus conclusiones, una graduación de importancia entre los mandatos legales, donde tienen preferencia o primacía los principios sustentados en la Carta Fundamental:

“cuando se encuentran en lucha con simples disposiciones legales” (considerando 1° de su disidencia);

para continuar en el siguiente, afirmando que es equivocado un juez:

“en el sentido de estimar obligatorios todos los preceptos que la Corte Suprema no declare inaplicables, toda vez que este Tribunal carece de facultad para hacer declaraciones genéricas...”

157 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1933, Tomo XXXI, 2° Parte, Sección 1°, pág. 85.

Para este magistrado, no hay duda alguna que sólo por ley que tenga principio en la Cámara de Diputados pueden imponerse contribuciones directas o indirectas, y, sin su especial autorización, es prohibido -como lo había expresado el recurrente- a toda autoridad del Estado y a todo individuo imponerlas; estos predicamentos son los:

“preceptos que constituyen las más trascendentales garantías de nuestro derecho y se refuerzan con la sanción de nulidad que acuerda esa Carta [Fundamental], para todo acto de autoridad emanado fuera de las atribuciones o derechos conferidos expresamente por las leyes, aún a pretexto de circunstancias extraordinarias”

Pero el disidente no se quedó ahí. Continuó ahora encargado de la tarea de definir qué se entiende por ley: señaló que la Constitución no lo hace, siendo el Código Civil el que dice que es una declaración de voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita en la Constitución, manda, prohíbe o permite, y:

*“al armonizar todo lo expuesto con la reglamentación que el Estatuto Fundamental contempla para la formación de las leyes, se llega a la conclusión ineludible que los preceptos en estudio **no**¹⁵⁸ son leyes propiamente hablando, cualquiera que sea la denominación con que se los designe”*

158 Nota: en la redacción de la *Revista* del voto de minoría en comentario, efectivamente no aparece el adverbio “no”, pero del examen general de dicha disidencia queda demostrado que sí debió incluirse. En el fundamento final 8º, puede leerse: “Que, en consecuencia, no se requiere mayor detención para concluir sosteniendo que se está en presencia de disposiciones que **no son leyes y debiendo serlo** por la materia que abarcan, procede declararlas inaplicables para el caso sub-lite”. Además, en el tratamiento respectivo del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas, Editorial Jurídica de Chile, en lo que respecta al estudio del Código Civil, en la redacción a pie de página (pág. 45) se contempla dicho adverbio de negación, por lo que puede estimarse fundadamente que hubo un error de redacción, omitiendo dicho morfema en el fallo del año de 1933, por lo que aquí se ha determinado contemplarlo en la sentencia misma.

En los considerandos 5º y 6º además, en cuanto al remedio procesal contemplado para corregir los errores jurídicos en que puedan incurrir los jueces de la causa -cuyo sería el caso de aplicación con la obligatoriedad de una ley un precepto que no es tal-, agrega: “*existen recursos de otra índole, como el de casación en el fondo por infracción del artículo 1º del Código Civil con influencia sustancial en lo dispositivo, supuesto que si no se hubiere aplicado el precepto que no se considera ley de acuerdo con su definición, se habría resuelto el problema en diverso sentido; de la misma manera si se fundara por ejemplo una acción declaratoria de derechos en una circular del Ministerio*”. Y en cuanto al recurso de inaplicabilidad: “6º) *Que no obstante, el recurso instaurado tiende a ese mismo fin desde que procede precisamente para declarar inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución sin distinguir si esa pugna es en la forma o en el fondo y carece de objeto seguir por todos los trámites un proceso que tendría vida sólo al amparo de una disposición que no tiene, como se ha demostrado, la fuerza de una ley, en circunstancias que la materia de que trata así lo obliga*”.

agregando que procede por tanto contra los decretos leyes el recurso de inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad, pues dicho recurso sirve precisamente para declarar inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución, sea en la forma o en el fondo. Además, que, para los efectos de

*“determinar si se reúnen o no los requisitos necesarios para resolver si se está en presencia de un precepto legal no puede influirle al Tribunal Supremo la apreciación que le hayan merecido a los otros Poderes Públicos tales disposiciones, tanto por la diversidad de puntos de vista que pueden influir en ellos, cuanto por la independencia absoluta con que debe obrar”*¹⁵⁹ el Poder Judicial.

Terminó diciendo que la Corte Suprema, al dar su veredicto sobre un caso particular, debe desentenderse de cualquiera situación de hecho, de práctica o de jurisprudencia y aplicar exclusivamente su criterio propio en derecho.

Dicho fallo recién anotado, contó con un vehemente artículo publicado por el notable abogado civilista don Luis Claro Solar. En él, a la vez de exponer los detalles del proceso en donde reside la cuestión -detalles ya desarrollados por nosotros-, lanza hondas reflexiones sobre el grave tema que en este capítulo hemos venido profundizando. Asimismo, destaca que el Ministro señor Fontecilla Varas fue el único en sostener la tesis correcta.

Pasemos entonces a estudiar los principales pasajes de dicho artículo.

“Los decretos-leyes y el recurso de inaplicabilidad que establece el artículo 86 de la Constitución”:

“La Corte Suprema de Justicia, con sólo un voto disidente, acaba de rechazar un recurso de inaplicabilidad de los decretos-leyes N° 128 y 592, dictados por los Gobiernos de hecho

159 Ibid., voto de minoría.

que se apoderaron del Poder Público el 4 de junio de ese año, derrocaron al Presidente constitucional y disolvieron el Congreso ^{160 161}.

160 Se refiere a la Administración del Presidente de la Junta de Gobierno de la República Socialista de Chile, General don Arturo Puga Osorio, que detentó el Poder Ejecutivo entre los días 4 y 16 de junio de 1932, en una Junta que conformaron además, los señores Carlos Dávila Espinoza y Eugenio Matte, después de efectuar el derrocamiento del Presidente constitucional don Juan Esteban Montero (4 de diciembre 1931- 4 de junio de 1932). Don Marmaduke Grove fue Ministro de la Defensa Nacional en el breve período más arriba signado.

161 Los Decretos-Leyes en referencia -números 128 y 592-, fueron promulgados en la Presidencia Provisional de la República Socialista de Chile de don Carlos Dávila Espinoza, que gobernó el país entre el 16 de junio y el 13 de septiembre de 1932. Conformaron además dicho período los señores Alberto Cabero y Nolasco Cárdenas. El 21 de junio se dicta un decreto por el cual se acepta la renuncia del señor Cárdenas; pero el 22 se lo nombra nuevamente. El 30 de junio se acepta la renuncia del señor Cabero y se nombra a don Eliseo Peña Villalón (quien junto al señor Cárdenas aparecen firmando el mentado Decreto-Ley 128). El 8 de julio se aceptan las renunciaciones de los señores Cárdenas y Peña Villalón y asume totalmente el mando el señor Dávila, como Presidente Provisional de la República*. Diez semanas después, el 13 de septiembre de 1932, asume el mando con el mismo título don Bartolomé Blanche, quien al cabo de 19 días -y siguiendo el orden de sucesión constitucional-, entrega el mando al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, don Abraham Oyanedel**, quien ejerce bajo el título de Vicepresidente de la República desde el 2 de octubre al 24 de diciembre de 1932, llamando a elecciones, en la que figuró como ganador Arturo Alessandri Palma.

* Con fecha 30 de agosto de 1932, el Presidente Provisional don

Carlos Dávila acordó y dictó el Decreto-Ley 520, que creó -con personalidad jurídica-, el Comisariato General de Subsistencias y Precios, dependiente del Ministerio del Trabajo. Su objeto era “asegurar a los habitantes de la República las más convenientes condiciones económicas de vida”. En su artículo 4º preveía: “el solo efecto de atender a las necesidades imperiosas de la subsistencia del pueblo, se declaran de utilidad pública los predios agrícolas, las empresas industriales y de comercio y los establecimientos dedicados a la producción y distribución de artículos de primera necesidad...”, por lo que se autorizaba al Presidente de la República a expropiar dichos predios en los casos taxativamente previstos en el mismo decreto-ley; también al Jefe de Estado, a propuesta del Comisariato General, se le autorizaba para imponer a los productores “la obligación de producir o elaborar artículos declarados de primera necesidad, en las cantidades, calidades, y condiciones que determine”. El incumplimiento a lo anterior le daba al Presidente la facultad de expropiación del “establecimiento, empresa o explotación del productor rebelde”.

El DL 520, que estuvo vigente hasta el 20 de septiembre de 1980, cuando el DL 3477 lo derogó, fue sin embargo aplicado bajo la Presidencia de don Salvador Allende G. (1970-73), siendo visada su legalidad por el Consejo de Defensa del Estado de la época y por la Contraloría General de la República. Más adelante veremos que la Corte Suprema rechazó un recurso de inaplicabilidad deducido en contra de este DL, en fallo de 1941 (*Gaceta*, año 1941, 1º semestre, sentencia N° 26, pág. 157).

** En el Anexo de este trabajo, se ha transcrito el discurso que dió un Jefe de la Corte Suprema -por comisión de ésta-, en las exequias de quien fuera su Presidente, además de ocupar, como se ha dicho, la Primera Magistratura de nuestro país, en calidad de Vicepresidente de la República.

“Este fallo es de la mayor trascendencia y gravedad y la doctrina que en él se desarrolla tiene tan enormes proporciones que no podemos menos de llamar sobre él la atención.

“La Constitución ha fundado los caracteres republicano y democrático, representativos del Gobierno del Estado, en esta división y separación de los poderes públicos...”

“Celosa de esta libertad dispone que ninguna persona o reunión de personas puede tomar la representación del pueblo [...] Y recordando el artículo 4º de la Constitución del ‘25: ‘todo acto en contravención a este artículo es nulo’, es decir carece en absoluto de valor”

Para el articulista las disposiciones citadas tienen vicios de inconstitucionalidad, por lo tanto, carecen de fuerza obligatoria, porque ellas han sido impuestas

“por personas que sin otro título que el de la fuerza y la audacia se arrogaron facultades que nadie les había concedido, que no han debido ni podido tener sino la vida efímera de la misma usurpación de poderes, y que en el hecho han debido desaparecer junto con la situación de violencia que les dio origen”

La Corte Suprema -prosigue el señor Claro Solar-, al ostentar la importantísima facultad constitucional de ejercer su escrutinio de las leyes aprobadas por el Congreso y promulgadas por el Presidente de la República:

“con mayor fundamento la tiene para declarar inaplicables en un juicio, para el fallo de una causa civil, disposiciones u órdenes dictadas por Juntas de Gobierno o presidentes provisorios que la Constitución desconoce, y que no pasan de ser delincuentes que se han adueñado del poder público cometiendo un delito que el Código Penal castiga, cuando los funcionarios llamados a restablecer sin excepción alguna el imperio de la Constitución y las leyes, en lugar de desconocer esas disposiciones arbitrarias e írritas las acatan y ordenan su cumplimiento imponiendo a los habitantes una exacción no autorizada por la ley...”

Sostener la tesis contraria, es decir, que sólo se encuentran bajo la vigilancia y examen del Tribunal Supremo -a través del recurso de inaplicabilidad- aquellas leyes dictadas por los Poderes Públicos legítimos,

“pero no lo estarían los decretos-leyes de los gobiernos de hecho que derribaron los Poderes Legislativo y Ejecutivo y asumieron la plenitud del Poder Público”, sería una manifiesta falta de sentido.

Enseguida acusa que la Corte Suprema en realidad no ha fallado el recurso propuesto, a pesar de que lo ha rechazado, porque:

*“Nada significa, en efecto, que el Poder Ejecutivo o el Congreso Nacional hayan aplicado como leyes las disposiciones de los gobiernos de hecho, porque ellos no les quitan que sean manifiestamente contrarios a la Constitución; y lo que se perseguía en el recurso de inaplicabilidad era la declaración de la Corte Suprema de que los decretos-leyes no son aplicables porque con ellos no se han modificado las leyes de impuesto a la renta y de cesantía... Los tribunales deben ante todo y sobre todo aplicar en las causas sometidas a su conocimiento la Constitución Política de la República y las leyes de la materia y en esta aplicación deben dar preferencia a los preceptos constitucionales sobre los legales que los violen o desconozcan.....”*¹⁶²

El estudio sin circunloquios del señor Claro Solar, ha llegado hasta nuestros días, constituyendo en sí mismo ya sea por las palabras contenidas en su crudo análisis, tanto por la crítica efectuada al máximo tribunal, en una fotografía del momento jurídico y político de quien vivió los acontecimientos que describe.

El 16 de noviembre del mismo año -1933-, en recurso de inaplicabilidad interpuesto por don Eugenio Bobilier, se atacaba mediante su interposición -en antecedentes sobre posesión efectiva- al Decreto-Ley N° 364, de 3 de agosto de 1932, que la Dirección de Impuestos Internos había aplicado al caso, prescindiendo de la única ley vigente sobre el particular (la N° 533, de 17 de enero de 1929), exigiendo contribuciones extraordinarias de las transferencias a título oneroso. Alegó el recurrente, que la sucesión, en virtud de ese decreto-ley, se encontraba gravada con impuestos subsidiarios que no tuvieron origen en la ley, correspondiendo a la Corte Suprema declarar su inaplicabilidad por causa de inconstitucionalidad. El máximo tribunal por unanimidad -y con la ausencia del Ministro Mariano Fontecilla-, volvió entonces a repetir su tesis, señalando que la referida

¹⁶² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1933, Tomo XXXI, 1° Parte, Sección Derecho, págs. 13 a 18.

“declaración se solicita por la forma irregular en que los mencionados decretos leyes fueron aprobados, y esta Corte ha establecido en varias sentencias, recaídas en recursos de la índole del propuesto, que en países en que han imperado gobiernos de hecho y han tenido nacimiento estas normas de carácter legal obligatorio, las autoridades constitucionales que les sucedieron, tomando en cuenta altas consideraciones de conveniencia pública, las han reconocido como leyes, y en el nuestro, el Poder legislativo les ha dado su sanción, dictando leyes para derogar decretos leyes, para reformarlos o al negar su consentimiento con el fin de dejarlos sin efecto” ^{163 164}

Sobre el particular, diremos que el 25 de agosto de 1933, a raíz de lo acaecido desde septiembre de 1924, en torno a la profusa dictación de cientos de decretos-leyes y también de decretos con fuerza de ley, se ordenó formar por el nuevamente electo Presidente de la República don Arturo Alessandri, una Comisión Revisora que realizara y diera al Gobierno un informe jurídico sobre la materia. Damos a conocer entonces las principales conclusiones obtenidas por dicha Comisión y que fueron entregadas al Supremo Gobierno¹⁶⁵.

Partió dicha Comisión aseverando lo que sigue:

163 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1933, Tomo XXXI, 2º Parte, Sección 1º, pág. 123.

164 Ver, además, SOMARRIVA, Manuel, *Jurisprudencia sobre decretos con fuerza de ley y decretos-leyes*, Boletín de Seminario de Derecho Público de la Universidad de Chile, N° 3, págs. 88 a 90, Santiago, año 1934.

165 Con fecha 25 de agosto de 1933, el Presidente de la República publicó en el Boletín de Leyes y Decretos del Gobierno, el Decreto N° 3.479 por el cual nombraba a la Comisión Revisora. Para ello tuvo en consideración:

- “1º) Que los decretos-leyes y los llamados decretos con fuerza de ley que se han dictado desde septiembre de 1924, constituyen un conjunto de disposiciones heterogéneas y, a veces contradictorias entre sí y con el resto de la legislación, lo que dificulta su conocimiento y aplicación;
- 2º) Que hay manifiesta conveniencia de proceder a su revisión metódica y determinar así cuales han perdido su oportunidad, cuáles han sido derogados, cuáles subsisten, y a cuáles podría, a su juicio, darse el carácter de leyes permanentes;
- 3º) Que esta labor debe confiarse a juristas y personas versadas en derecho y administración, y las conclusiones a que arriben servirán al Gobierno para adoptar o proponer las soluciones que correspondan,

Decreto:

I.-) Nómbrase, con el carácter de ad-honorem, una comisión compuesta de los señores: Juan Esteban Montero, Luis Claro Solar, Eliseo Cisternas Peña, Luis A. Vergara, Luis Salas Romo, Víctor V. Robles, Armando Quezada Acharán, Arturo Prat C., José María Cifuentes, Arturo Ureta E., Arturo Alessandri Rodríguez, Alfredo Santa María y Leopoldo Ortega, para que a la brevedad posible haga la revisión metódica de las citadas disposiciones e informe al Gobierno de los resultados de sus estudios”.

I

“Se concibe que un Gobierno de facto dicte disposiciones de carácter legislativo y sería pueril exigirle, que, mientras se mantiene en una forma abiertamente inconstitucional, hubiera de ceñirse a la Constitución para legislar. Se concibe todavía que se aplique su legislación mientras él cuente con la fuerza material para imponerla, y aún que más tarde no se alteren los efectos producidos por esa legislación durante el régimen de facto. Pero, por las razones que pasamos a exponer, nos parece que la eficacia de esa legislación ha debido suspenderse desde el momento en que haya vuelto a imperar el régimen constitucional. Si en ella hay disposiciones que merezcan conservarse, franco está el camino para su validación por los medios normales; pero creemos que en buena doctrina no cabe prolongar los efectos del más grave y peligroso de los recursos que manejan los gobiernos de fuerza.

“Restablecido el imperio de la Constitución es obvio que ella debe aplicarse íntegramente y que sería absurdo suspender su aplicación de alguna de sus disposiciones en obsequio de los Decretos-Leyes.

“Ahora bien: el artículo 4° de la Constitución vigente dice así: ‘Ninguna magistratura, ninguna persona ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo’.

“La Constitución ha sancionado con la nulidad los actos que contravengan a este artículo, precisamente para garantizar en lo posible el mantenimiento del orden constitucional, negando el derecho de perdurar a las arbitrariedades cometidas por cualquiera entidad usurpadora de los derechos y de las autoridades establecidas por la misma Constitución.

“Si este artículo de la Constitución está vigente, no podemos dudar que son nulos y sin ningún valor los Decretos-Leyes dictados con evidente usurpación de atribuciones por un Gobierno revolucionario, que dejó de existir.

“De otro modo no entendemos qué sentido ni qué alcance pudiera tener la disposición citada y estimamos que su indefinida infracción constituye el mayor incentivo y el más eficaz aporte a los movimientos revolucionarios. Como que nada puede haber que más complacientemente los prolongue que el reconocer a sus disposiciones el mismo valor a la legislación plenamente constitucional”

En el punto segundo de su exposición, alberga las principales condiciones que deberían detentar las disposiciones de los Gobiernos de facto para acceder a cierta validez mínima:

II

1°) Que el Gobierno de facto tenga alguna base u origen de carácter constitucional.

2°) Que haya sido efectivamente aceptado por la opinión pública.

3°) Que haya tenido prolongada duración o estabilidad.

4°) Que haya obtenido el reconocimiento de la totalidad o, cuando menos, de la generalidad de los Gobiernos extranjeros.

Suponiendo que la concurrencia de estas condiciones diese valor jurídico a la legislación irregular de los Gobiernos de facto, es fácil demostrar que ellas no concurrieron en favor de los Gobiernos de 1932”^{166 167}

166 *Informe Jurídico de la Comisión nombrada por el Supremo Gobierno para el estudio de los Decretos Leyes y los Decretos con Fuerza de Ley*, Editorial Progreso, año 1933, págs. 5 a 7.

167 La Comisión, estimó como conclusión, y después de haber realizado un total acopio de todos los preceptos legales que se le había pedido revisar, que los decretos leyes de 1932 que no hubieran sido validados por leyes posteriores, podrían dejarse sin efecto por simples resoluciones del Supremo Gobierno. Ante esto, el señor Ortega, expuso -a modo de delimitar el ámbito mismo de la Comisión Revisora-, que aunque ha creído que, en conformidad al decreto de su nombramiento, el papel de la Comisión se reducía a indicar concretamente al Gobierno los decretos-leyes derogados, los cumplidos y, dentro de los vigentes, los que debían conservarse convertidos en leyes, sin hacer consideraciones generales sobre su valor jurídico, ni entrar a estudiar la situación constitucional y legal de cada uno de ellos; concurre con el informe anterior, menos en la parte en que se acepta la derogación de los decretos-leyes por simples resoluciones administrativas. A su turno, don Luis Salas Romo expuso que aceptaba el informe, estimando que no obstante las consideraciones doctrinales sobre la falta de valor jurídico de los decretos-leyes por el hecho de haberse aceptado su valor por los Poderes

Legislativo y Judicial, en cuanto al Ejecutivo, que iniciaba la restauración constitucional, no sería posible solicitarle ahora la derogación de decretos-leyes por simples resoluciones suyas, porque ello podría traer perturbaciones que serían contrarias a los propósitos de los miembros de la Comisión.

En el Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Chile, N° 3, año 1934, el profesor de Derecho Administrativo de dicha Universidad (Escuela de Derecho de Valparaíso), don Alex Varela C., después de criticar ácidamente la institución de los DL y de los DFL, y después de señalar lo que ocurre con estas normas jurídicas en el Derecho Comparado, de dividir las y señalar concienzudamente las circunstancias extraordinariamente graves, de orden político y social que han sido posibles para su dictación, y de agregar asimismo las razones del por qué la doctrina los rechaza, en el capítulo XXIV de su completísimo estudio, además de analizar las soluciones que se han creído encontrar para dar una solución final a la denominada legislación “irregular”, y también después de atender las críticas lanzadas contra esas “soluciones”, agrega: “... *queremos atenuar, cuando menos, el vigor de estas críticas, recordando que las soluciones ofrecidas por nuestro Excelentísimo Tribunal, si no estrictamente legalistas, han sido, cuando menos, altamente jurídicas en el sentido de que han ayudado a consolidar, bajo muchos aspectos, la paz social, evitando serios trastornos colectivos, difíciles de impedir de haberse declarado, en cada caso, la inaplicabilidad de los muchos Decretos-Leyes y Decretos con Fuerza de Ley que le han sido sometidos, los que, no obstante su evidente irregularidad y su notoria fragilidad, han constituido y siguen siéndolo, desde hace casi dos lustros, la piedra angular del actual Estado chileno, con sus Poderes Públicos y sus servicios Públicos y -lo que es más- con su propia actual Carta Fundamental*”, pág. 70 de la Cuarta Sección, conclusión).

En esa misma conferencia, que fue publicada por el Boletín de Seminario, el autor cita en abono de su tesis a Gastón Jezé, profesor de Derecho Administrativo y Financiero de la Universidad de París: “*Hay que guardarse bien del abuso de los razonamientos puramente lógicos, rigurosamente deducidos de las máximas corrientes. Por cierto, que estas soluciones puramente lógicas que de ellas se extrae son altamente seductoras por su simplicidad, por su rigurosidad, por su precisión matemática. No obstante, las argumentaciones exclusivamente deductivas y lógicas son muy peligrosas. El jurista se encuentra, al resolver, no con problemas de matemáticas puras, sino con problemas sociales, eminentemente complejos; debe, por lo mismo, esforzarse en conciliar intereses diversos en conflicto como único medio de mantener la paz social. He aquí lo que el jurista no debe perder jamás de vista. A menudo el razonamiento lógico y matemático lleva a aplicar a un problema complejo una fórmula ideada para una hipótesis simple y a veces diferente. El razonamiento puramente lógico es el gran enemigo de las conciliaciones, de las transacciones indispensables al mantenimiento de la paz social y, por consiguiente, al buen funcionamiento de los Servicios Públicos. Cuando la aplicación lógica de una máxima jurídica conduce a consecuencias socialmente nocivas es porque la máxima ha sido abusivamente invocada. No hay que cansarse pues, de repetir que el Derecho no es un juego del espíritu, un ejercicio de lógica para teorizantes de gabinete; se trata, ante todo, de encontrar soluciones prácticas a problemas sociales, de conciliar lo más armoniosamente posible intereses opuestos. Una solución jurídica no tiene validez sino en la medida en que contribuye a hacer reinar la paz social; una teoría jurídica debe, ante todo, ser aplicada según sus efectos sociales*”. (Extracto de su libro *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*, Tomo I, pág. 29). VARELA, Alex, *Decretos con Fuerza de Ley y Decretos-Leyes*, Conferencia pronunciada en el Salón de Actos de la Escuela de Derecho de Valparaíso el día 19 de mayo de 1933, a petición del Centro de Alumnos de ese plantel.

El antecesor de don Alex Varela en la conferencia fue don Agustín Edwards Mac-Clure, quien anotó: “*estamos atosigados de leyes y necesitamos varios años de vacaciones legislativa*”, para luego recordar las palabras de Isócrates, que pronunciadas 436 años antes de Cristo, dicen lo que sigue: “*Los que están bien gobernados no tienen para qué cubrir las murallas de sus pórticos con ejemplares de las leyes; basta con que conserven la justicia en sus corazones, pues no es con decretos sino por medio de las costumbres que se gobiernan bien las ciudades. Mientras que los que han sido mal educados, procurarán trasgredir aún las leyes redactadas con mayor precisión, aquellos que han sido bien educados, estarán siempre prontos a acatar las leyes formuladas en los términos más sencillos*”. Pág.

Para continuar, diremos que nuevamente, con fecha 14 de junio de 1935, se pidió la inaplicabilidad de un DL, esta vez el N° 593, de 9 de septiembre de 1932, que estableció impuesto a la primera mutación del dominio de los inmuebles. La Corte respondió que el denunciado decreto-ley

*“fue sancionado en forma expresa por el legislador, contrariamente a lo que asevera el solicitante, como una verdadera ley con fuerza obligatoria, en la N° 5154 -publicada el 10 de abril de 1933, cuando ya no estaba el país al mando de Gobiernos de hecho- [...] razón por la cual es inoficioso abundar en mayores consideraciones para concluir que la solicitud de que aquí se trata debe ser desechada”*¹⁶⁸

En el fallo recién anotado podemos encontrar un caso donde las nuevas autoridades constitucionales, sancionaron en una ley la misma disposición contenida en la llamada *legislación irregular*.

En sentido similar -aunque no idéntico-, el máximo tribunal, esta vez conociendo de un recurso de casación en el fondo (en juicio del Banco de Chile con Dirección de Impuestos Internos), el que rechazó por unanimidad, declaró, con fecha 22 de junio de 1937¹⁶⁹, que aunque el Decreto-Ley N° 592 (de 9 de septiembre de 1932, y que lleva la firma, como ya hemos visto, del Presidente Provisional de la República don Carlos Dávila, además de la de don Ernesto Barros), emane de un Gobierno de hecho que no tenía origen constitucional, diversas resoluciones de la misma Corte Suprema y de los Poderes Ejecutivo y Legislativo han reconocido a sus disposiciones o mandatos, fuerza obligatoria, por lo cual no cabe dejarlo sin efecto. La Corte de Apelaciones en segunda instancia había resuelto, que la Dirección de Impuestos Internos estaba obligada desde la fecha de vigencia de las leyes de impuesto que le son encomendadas, a aplicar sus disposiciones y que no era de su incumbencia pronunciarse sobre su validez. Que al perseguirse la declaración de inaplicabilidad de preceptos que contraríen la Constitución Política, ni la Dirección de Impuestos ni ella -como Tribunal de Alzada- tenían jurisdicción para hacerlo¹⁷⁰.

72 de la conferencia recogida por el Boletín del Seminario de Derecho Público ya anotado).

168 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1935, Tomo XXXII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 398.

169 *Gaceta*, año 1937, 1° semestre, sentencia N° 44, pág. 216.

170 Diremos en esta parte que, dentro de la bibliografía revisada para la elaboración de este trabajo, un artículo publicado en el periódico argentino *La Prensa*, del día 9 de diciembre de 1933, firmado por don José Antonio Amuchástegui, viene a ilustrarnos lo que sucedía al otro lado de la cordillera con el tema en cuestión, es decir, si los Gobiernos *de facto*, cuentan o no atribuciones para establecer impuestos. El articulista señala que esa pregunta debe ser contestada negativamente, pues sólo el Congreso puede crearlos. Las facultades de los

El 13 de octubre de 1937, en proceso ante el Segundo Juzgado del Crimen de nuestra capital, por denuncia en contra de la Empresa Periodística “La Nación”, se dedujo inaplicabilidad contra el Decreto-Ley N° 71¹⁷¹, de 30 de octubre de 1924, por haber creado nuevos delitos, lo que significó que se acogiera por parte del Juez del Crimen dicha denuncia y mandado instruir el sumario respectivo, por lo que estaba expuesto el Gerente y representante legal de la empresa a que se le declarara reo y se le condenara a las penas que contempló el artículo 4° de dicho decreto-ley. Alegó en su escrito

Presidentes Provisionales son ejecutivas, exclusivamente. Pues bien, destaca en dicho estudio la respuesta dada por la Suprema Corte de Justicia Nacional de su país, que, en los siguientes pasajes describe así: “...con la firma de los cuatro miembros que la componen actualmente, doctores Roberto Repetto, Antonio Sagarna, Julián Pera y Luis Linares, en fallo dictado con fecha 15 de noviembre último (1933), en el juicio seguido por el Fisco Nacional contra un particular por supuesta defraudación de impuesto interno al tabaco. El fallo de la Suprema Corte es claro, preciso y terminante, y no debe pasar inadvertido para el pueblo de la República, cuyos derechos y garantías ampara y protege ampliamente, sustentando los principios fundamentales de buen gobierno que informan nuestra Constitución [...] La Corte Suprema principia por reafirmar la doctrina aceptada en nuestro derecho público de que el funcionario ‘de facto’ tiene las mismas facultades y atribuciones que el legal, y que sus actos son válidos y obligatorios como si fueran ‘funcionarios de jure’ [...] Se hace presente que por razones de orden institucional, necesarias para el desenvolvimiento del estado, la Corte Suprema reconoció al gobierno provisional del general (José Félix) Uriburu (que había derrocado al Presidente Hipólito Irigoyen. Por primera vez, desde 1853 se interrumpía el orden constitucional y comenzaba así la serie de seis golpes militares; nota del autor), el que a su vez prestó juramento de fidelidad a la Constitución y a las leyes fundamentales del país [...] de ahí se desprende que ese gobierno tuvo todas las facultades ejecutivas, más no las legislativas y judiciales.....”. Recordemos también algunas líneas del fallo mismo del máximo tribunal de la hermana República Argentina -y que aparecen en el mismo artículo-: “Puede llegar el caso de que un gobierno surgido de la revolución, bajo la ‘presión de necesidad’, propia de lo ‘extraordinario’ de esa situación, y en ausencia de un Congreso, que colabore, para llenar una exigencia que él considera vital, use de facultades legislativas, dando lo que se ha llamado decretos-leyes. El hecho si bien puede ser explicable y tener su imperio dentro de la normalidad de la situación, el Poder Judicial, llamado a pronunciarse, no puede darle la autoridad legal que intrínsecamente carece, ni menos acordarle efectos jurídicos que lo proyecten sobre la situación normal que le ha sucedido [...] Tal ha acontecido con los decretos del gobierno provisional creando nuevos impuestos o aumentando o modificando otros, que por exceder las facultades del poder que las dictó, no tenían fuerza compulsiva, mientras una ley expresamente no les diera validez y vigor [...] Si el Congreso de la Nación creyó del caso aprobarlos y darles validez por leyes posteriores, es seguramente porque consideró que no la tenían, por haber excedido sus facultades el gobierno que las dictó [...] Sólo en virtud de haber sido confirmado por la ley 11.582 del Congreso de la Nación que dio efectos retroactivo a los decretos-leyes del gobierno provisional, pero no se ha podido establecer penalidades por hechos pasados o agravando penas existentes, porque ello afecta la garantía del artículo 18 de la Constitución...». AMUCHÁSTEGUI, José Antonio, *Facultades de los gobiernos de facto*. Revista de Derecho y Jurisprudencia, año 1933, Tomo XXXI, 1° Parte, Sección Derecho, pág. 19 a 24.

171 Dicho Decreto-Ley, aparece firmado por la Junta de Gobierno integrada por los señores Luis Altamirano, Juan Pablo Bennet y Francisco Neff (el primero de ellos, se desempeñaba como Ministro del Interior, y, en esa condición, asumió como Vicepresidente de la República entre el 9 y el 11 de septiembre de 1924, fecha ésta última en que dio un Golpe de Estado junto a los mencionados Bennet y Neff, derrocando con ello al Gobierno del Presidente Alessandri, como ya tuvimos ocasión de ver), y **tuvo presente esa Junta para dictarlo**, lo siguiente: “Que es contrario a la economía del pueblo la tolerancia de loterías y demás operaciones análogas que lo apartan del ahorro, bajo el incentivo de la suerte”.

que el citado precepto no puede considerarse como ley ni es obligatorio, porque ha impuesto multas y prisiones por la fuerza, y que las personas que formaban la Junta de Gobierno que lo dictó, no representaban más que a ciertos sectores políticos, pero no al pueblo soberano. Para la Corte, después de repetir incansablemente lo que ya era su doctrina, en orden a que esta clase de preceptos habían sido reconocidos con fuerza obligatoria en todos los países en que han imperado, señala en su considerando 5° que,

“por tanto es forzoso dar pleno valor legal al decreto-ley [...] que se ha impugnado por este recurso y concluir que sus preceptos penales concretamente atacados no son contrarios a la Constitución” ¹⁷²

También por unanimidad fue rechazado, con fecha de 9 de enero de 1941, el recurso interpuesto por don Juan Vaccari, donde solicitó que se declarara inaplicable el Decreto-Ley N° 520, de agosto de 1932 -ya enunciado por nosotros en páginas anteriores-, que había permitido al Comisariato General de Subsistencias y Precios (que dicho decreto había creado con la correspondiente personalidad jurídica), la clausura del negocio cuya firma representaba. Entre los considerandos de la sentencia, destaca el consignado en el número 3°, que contiene una reflexión más allá de la legalidad misma dentro del debate del asunto. No emanando -rezó el escrito- el citado decreto de una autoridad legítima, debe ser declarado inconstitucional. El máximo tribunal afirma, que el argumento de forma que ataca los preceptos que provendrían de gobiernos de hecho:

“escapa al conocimiento de la Corte Suprema y sobre el cual no podría dictar pronunciamiento, desde que no es una autoridad llamada por la Constitución para declarar la legitimidad o ilegitimidad de los gobiernos que se constituyen...” ¹⁷³

Por tanto, la declaración que se solicita por el recurrente, fundada en inobservancia de las reglas constitucionales que rigen la formación de las leyes, o lo relativo al artículo 4° de la Ley Suprema, basta para justificar el rechazo del recurso.

Y para terminar este párrafo, incluiremos en él, la resolución que se dictara el 24 de septiembre de 1943, y sobre el cual redundaremos en detalles para la acertada comprensión del problema propuesto y así llegar al fondo del asunto, cual es el acatamiento que se produjo en los tribunales de todos los grados en gratitud de los decretos-leyes. Para comenzar diremos

172 *Gaceta*, año 1937, 2° semestre, sentencia N° 123, pág. 522.

173 *Gaceta*, año 1941, 1° semestre, sentencia N° 26, pág. 157.

que, en largo proceso civil por indemnización de perjuicios, que siguió el entonces Conservador del Registro Civil don Fernando Jaramillo en contra de los Ministros de Estado señores Pedro Enrique Alfonso, Abraham Ortega, Arturo Bianchi, Antonio Poupin, Roberto Wacholtz, Miguel Etchebarne, Arturo Olavarría y Raúl Puga, por haber dictado todos ellos el Decreto N° 916, de 23 de febrero de 1939, por el cual dispusieron su alejamiento del servicio, ya que a contar de esa fecha se requeriría estar en posesión del título de abogado para el desempeño en el cargo.

Por el referido decreto, se declaró vacante el puesto del cual era titular.

Que, como consecuencia de dicha resolución, dicho funcionario sufrió perjuicios que comprendieron el *daño emergente* (representado por los sueldos y derechos que dejó de percibir desde el día de su destitución); el *lucro cesante* (por los que dejaría de percibir hasta el día de su jubilación o de su fallecimiento); además del *daño moral* causado, todo esto sin el acuerdo del Senado de la República, necesario por tratarse de Jefe de Oficina.

La Corte de Apelaciones de Santiago designó al Ministro de ese tribunal don Pedro Silva para instruir el proceso, quien envió los antecedentes a la Cámara Alta por cuanto esa Corporación debía primero acoger o rechazar la acusación deducida por el destituido Conservador ¹⁷⁴.

Con fecha 19 de abril de 1939 el Senado dio su dictamen, acogiendo la acusación en contra de los Ministros de Gobierno que suscribieron el Decreto N° 916, sólo en cuanto por ella se perseguía el ejercicio del derecho de demandar por perjuicios ¹⁷⁵. Los Secretarios de Estado reaccionando, interpusieron incidente de nulidad o ineficacia jurídica del acuerdo de

174 El artículo 99 de la Constitución de 1833 ya contemplaba este procedimiento. A su respecto, y en la ortografía de uso en la época: “*Los Ministros pueden ser acusados por cualquier individuo particular; por razón de los perjuicios que éste pueda haber sufrido injustamente por algún acto del Ministerio: la queja debe dirigirse al Senado, i éste decide si ha lugar o no, a su admisión*”. A su vez, el artículo 42 N° 2 de la Constitución de 1925 conservó dicha acción; y el artículo 53 N° 2 de la actual Carta Política en vigor señala: “*Son atribuciones exclusivas del Senado: 2) Decidir si ha o no lugar la admisión de las acciones judiciales que cualquier persona pretenda iniciar en contra de algún Ministro de Estado, con motivo de los perjuicios que pueda haber sufrido injustamente por acto de éste en el desempeño de su cargo*”.

175 Comentando la sentencia en cuestión, don Arturo Alessandri Rodríguez en esta parte expone: “*la decisión del Senado importa, en realidad, una sentencia firme sobre la existencia de la responsabilidad civil del ministro contra quien se ha dirigido la acusación. En presencia de ella, la única intervención que incumbe a los Tribunales de Justicia es determinar la especie y monto de los perjuicios sufridos por el particular. De ninguna manera podrían entrar a analizar nuevamente la naturaleza del acto ejecutado por el ministro y si él genera o no responsabilidad. Si lo hicieren, habría que admitir, como con toda razón lo expresa la Corte de Apelaciones, que el Poder Judicial estaría legalmente capacitado para revisar, modificar y hasta dejar sin efecto resoluciones que, en virtud de la Constitución Política del Estado, competen exclusivamente a otro Poder Público. A ello se opone el principio de la separación de los Poderes Públicos y el artículo 4° del Código Orgánico de Tribunales*”.

la Cámara Alta, por cuanto ésta, si consideró como *acusación política* la presentada por el apartado Conservador Jaramillo, no le había dado la tramitación que correspondía según la Constitución, por cuanto debió enviarla a la Cámara de Diputados para su conocimiento; y si la consideró como *acusación civil*, el dictamen dado no fue adoptado por la mayoría de los Senadores en ejercicio, además de señalar que el Decreto-Ley N° 125, de 30 de junio de 1932, que derogó el artículo 71 de la Ley N° 4.808, era inconstitucional, como todos los decretos-leyes, e inexistente desde el punto de vista jurídico, y por lo tanto, ha subsistido y subsiste la exigencia del título de abogado (de la Ley 4808 del año 1930).

El Ministro de Fuero acogió la demanda, porque el decreto ha vulnerado el derecho de permanencia o estabilidad en el cargo, declarando que efectivamente éste le ha irrogado al demandante los perjuicios materiales que se reclamaron en la demanda, salvo el de orden moral, desechando así la excepción de nulidad del acuerdo del Senado; y en cuanto a la petición de inconstitucionalidad del referido decreto-ley alegada por los Secretarios de Estado, declara que su tribunal,

“no tiene facultad para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del Decreto-Ley N° 125. Sólo a la Excm. Corte Suprema incumbe” esa declaración. “Por lo demás, el Excmo. Tribunal ha reconocido reiteradamente la validez o fuerza obligatoria” de éstos. Incluso “esta jurisprudencia uniforme [...] ha permitido al Consejo de Defensa Fiscal consignar el siguiente párrafo: ‘durante los últimos ocho años todos los decretos-leyes han sido aplicados por la Administración Pública chilena y por los Tribunales de Justicia, recibiendo, además, muchos de ellos, la sanción expresa o tácita del legislador’. La derogación tácita del Decreto-Ley 125 sólo se ha producido en virtud del artículo 1° de la Ley 6894, que restableció el requisito del título de abogado para el cargo de Conservador del Registro Civil”

A continuación, una Sala de la Corte de Apelaciones confirmó la sentencia de primer grado ¹⁷⁶, ante lo cual los autos terminaron en la Corte Suprema de Justicia, vía recurso de casación en el fondo interpuesto por

176 La Sala de la Corte de Apelaciones, conformada por los Ministros señores Miguel Aylwin (presidente), Octavio del Real y Ernesto Zúñiga Poblete, dijo que la intervención de la justicia ordinaria en este tipo de causas, *“no tiene otro objeto que sustanciar y fallar, con arreglo a derecho, la demanda civil entablada [...] con el fin de establecer los perjuicios que éstos le han originado mediante la dictación del Decreto que lo exoneró de su cargo de Conservador del Registro Civil, tanto en su especie, como en su monto”*.

don Fernando Jaramillo, por no incluir las sentencias de primer ni la de segundo grado, la indemnización de daño moral que había reclamado en su demanda. El máximo tribunal, señala que, con respecto al daño moral,

*“es conveniente recordar que nuestra legislación establece su indemnización en forma expresa”*¹⁷⁷,

tanto en la Constitución Política, como en el Código Penal y en el Decreto-Ley N° 425 sobre Abusos de Publicidad, además del Código Civil, por lo que decidió, en votación de cuatro votos a tres, incluirla, acogiéndola de esa forma dicho daño, además de confirmar los ya aceptados (lucro cesante y daño emergente). Así, una vez más, en materia de alta complejidad, se vieron los tribunales envueltos en un largo juicio, donde en forma directa, hubieron de aplicar los preceptos de la llamada *legislación irregular*, tanto para otorgar una indemnización por daño moral, tanto por dejar en claro, lo que alguna vez ya viéramos en sentencias ya estudiadas, cual es la sanción expresa o tácita de que todos los estamentos de la Administración, y los mismo Poderes Públicos, hicieron aplicación de ellos.

¹⁷⁷ Fallo de mayoría de los Ministros señores Eulogio Robles, David Carvajal, Juan Ríos y Carlos A. Campos. En contra, y quienes estuvieron por confirmar en todas sus partes la sentencia de primera instancia, se encontraron el Ministro Gregorio Schepeler, el Fiscal Eduardo Erazo y el Abogado Integrante Leopoldo Ortega. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1933, Tomo XLI, 2° Parte, Sección 1°, pág. 228.

Acusación Constitucional a la Corte Suprema ¹⁷⁸

Pero las aguas no estaban tranquilas, y muchos no dudaron en atribuir al máximo tribunal de la República, la responsabilidad última de la situación por el acatamiento que le había mostrado la cabeza del Poder Judicial desde aquella sentencia de 19 de agosto de 1925 a la institución de los decretos-leyes. No olvidemos que, a partir de la Constitución Política de ese mismo año, se le había otorgado a la Corte Suprema de Justicia, la facultad para declarar inaplicable, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Para algunos eso la transformaba en garante de los derechos fundamentales; y dicho papel, no lo había cumplido a cabalidad. Por ello, en 1933 se acusa constitucionalmente a la Corte Suprema por “*notable abandono de deberes*”.

Pero antes de pasar revista a la acusación misma, es necesario que efectuemos algo de perspectiva para vislumbrar en algo la situación que imperaba en esos días y en la que se vio envuelto el máximo tribunal. No olvidemos que en enero de 1927 el Congreso Nacional, por medio de la Ley N° 4.113, había concedido al Poder Ejecutivo *facultades extraordinarias* para reorganizar servicios administrativos y declarar vacantes puestos públicos. Gobernaba el país el Presidente de la República don Emiliano Figueroa, a

178 Con anterioridad a esta fecha, ya se habían presentado las siguientes Acusaciones Constitucionales en contra magistrados de Tribunales Superiores de Justicia: en agosto de 1868 se dedujo acusación en contra del Presidente de la Corte Suprema don Manuel Montt Torres y de los Ministros del mismo Tribunal señores José Gabriel Palma, José Miguel Barriga y José Alejo Valenzuela, bajo las causales de infracción a las leyes y “*notable abandono de deberes*”. La Cámara de Diputados la aceptó, y el Senado resolvió declararla sin lugar. Asimismo en el año 1891 se entabló acusación en contra de los magistrados señores Fructuoso Cousiño, Manuel Egidio Ballesteros, Ramón Vergara, Domingo Urrutia, Epifanio del Canto, Pedro Gorroño, Daniel Cádiz, Santos Cavada, José González, José Bisquertt, Demetrio Vergara, Carlos Boizard, Emilio Varas, Sotero Gundían, Horacio Pinto, Luis del Canto, Fidel Urrutia, Ramón Escobar, Federico Novoa y Pedro Vega, quienes fueron acusados a fines del indicado año, cuando ya había concluido la Guerra Civil después de acontecida la muerte del Presidente de la República. Se les imputó a los jueces responsabilidad por cooperación en la “*dictadura*” de don José Manuel Balmaceda, es decir, el haber integrado irregularmente el máximo tribunal, así como también diversas Corte de Apelaciones del país (Santiago, La Serena, Talca y Concepción), sin las formalidades legales; haber acatado el decreto del entonces Jefe de Estado por el que suspendió el funcionamiento de las Cortes y no haber funcionado en el tiempo determinado por la ley; y haber conocido causas civiles y criminales formando tribunal con personas y jueces sin nombramiento legal, prescindiendo a su vez de los magistrados legítimos.

La Cámara aprobó la acusación por amplio margen, y encontrándose para su resolución ante el Senado, es que se dictó la Ley N° 4112, promulgada el 26 de diciembre de 1891, que concedió amnistía para todos los individuos que hubiese o pudieren ser juzgados por delitos políticos desde el 1° de enero hasta el 29 de agosto de ese año. Los detalles pueden encontrarse en CASTILLO GODOY, Luis, *Las Acusaciones Constitucionales en contra de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, con especial referencia a la acusación que destituyó al Ministro de la Corte Suprema, señor Hernán Cereceda Bravo*, Memoria de Prueba para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, año 2003, págs. 94 a 109.

quien se acusó -por parte de su Ministro de Guerra Coronel Carlos Ibáñez del Campo- de favorecer la elección de su hermano, don Javier A. Figueroa, para alcanzar la presidencia de la Corte Suprema. Hay crisis en el país ya que no se concretan las reformas sociales prometidas: cae el Gabinete ministerial, y llega al Ministerio del Interior el Coronel Ibáñez. Emiliano Figueroa pide licencia médica por dos meses, quedando Ibáñez del Campo como Vicepresidente de la República. Más tarde -el 10 de mayo de 1927- Figueroa, agobiado por la crisis política imperante, renuncia a la Jefatura de Estado: vienen elecciones en las cuales resulta ganador indiscutido Ibáñez. Pero ya desde el 29 de marzo de ese año 1927, y haciendo uso de la mentada Ley N° 4.113, el ahora nuevo Primer Mandatario (que se desempeñaba como Vicepresidente en los meses anteriores) junto a su Ministro de Justicia don Aquiles Vergara, decide intervenir el Poder Judicial, solicitándole como primera medida al titular de la Corte Suprema -Javier A. Figueroa-, llamar a retiro a una treintena de jueces de distintos grados, desde magistrados de primera instancia hasta Ministros de diversas Cortes de Apelaciones del país. El alto magistrado respondió que no aceptaba dicho pedido, al que calificó además como abiertamente inconstitucional, pues atentaba contra la inamovilidad de los funcionarios judiciales.

Así es como el Gobierno decide llamar por sí a retiro a tales funcionarios, y decreta la prisión del juez Javier Figueroa, la máxima autoridad del Poder Judicial, impidiéndole así asistir a las sesiones venideras de la Corte; e inicia una persecución contra el Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago don Horacio Hevia Labbé, y detiene y destierra al Presidente de ésta última, Felipe Urzúa Astaburuaga, quien aparecía en la lista original del pedido del Ministerio de Justicia (especialmente bajo la acusación de

dilación, que según el nuevo Gobierno, había mostrado como Ministro en Visita Extraordinaria, en la tramitación de un juicio criminal por fraude, contra el ex Director de Especies Valoradas)^{179 180}.

“A pesar de estas circunstancias la Excma. Corte Suprema, por mayoría de votos, aceptó con fecha 2 de abril, la situación de hecho producida y declaró que concurría al reemplazo de los funcionarios separados por el Gobierno”¹⁸¹

179 “Lo mismo hizo con numerosos miembros del Congreso Nacional y otras personalidades”. Según el historiador DE RAMÓN, Armando, en Seminario Derechos Humanos y Cultura, Arzobispado de Santiago, año 2001, pág. 21.

“La situación más grave ocurrida entre el Poder Ejecutivo y el Judicial, en las diversas etapas de la historia republicana, sucedió, sin lugar a duda, durante el primer gobierno de Carlos Ibáñez del Campo (1927-1931) el cual, por las condiciones políticas que lo rodearon, ha sido definido como dictadura [...] El inédito atropello a la investidura del alto tribunal causó impacto en diversos círculos de la opinión pública del país. Con esto, Ibáñez deseaba evidenciar que, además de ejercer un poder paralelo al Presidente, no cesaría en su intento de consolidar su presencia en el gobierno. El arbitrario acto dio origen a un intenso intercambio de notas entre la Corte de Apelaciones de Santiago, constituida en Pleno y el Ejecutivo, cuyo único vocero fue Ibáñez. El Alto Tribunal pidió explicaciones, tras representar el inaudito vejamen que significó la prisión y exilio de su presidente”.* GONZÁLEZ COLVILLE, Jaime, *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, Año LXXV N° 118 - Vol. II.

* En la sección Anexos de nuestro trabajo, se incluye los documentos correspondientes a las Actas de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, en las cuales expone, que el Tribunal Pleno se haya citado para los efectos de conocer de la aprehensión de algunos Senadores y Diputados, así como de la inasistencia obligada de su Presidente, don Felipe Urzúa.

180 El destituido presidente de la Corte de Apelaciones capitalina presentó un recurso de amparo contra su detención y expulsión del país. Lo hizo mientras viajaba en el barco que le llevaba al exilio. Una Sala del Tribunal, compuesta por los Ministros señores Horacio Hevia Labbé (que la presidió), Ernesto Bianchi Tupper y Alejandro Fuenzalida Salas, acogió por unanimidad la acción de *habeas corpus*, ordenando la inmediata libertad de Urzúa. El Gobierno, no solo rechazó la sentencia de este Alto Tribunal, sino que, en respuesta, ordenó la destitución de cinco ministros de Corte del país y de trece jueces. El 1° de abril, el Presidente de la Corte Suprema cita a un Pleno extraordinario para tratar la situación, además de solicitar información a cada Corte de Apelaciones del país sobre la gestión y calificación de los ministros y jueces destituidos, buscando con ello revertir el llamado a retiro de los mismos. En el acuerdo se determinó que: *“El tribunal, previa audiencia de los inculcados e informes de las respectivas Cortes de Apelaciones, acordó que no procedía declarar que no han tenido buen comportamiento como jueces”*. Esa noche, *“un alto jefe policial”* se presentó en el hogar del magistrado y presidente de la Corte Suprema, notificándole que *“debía permanecer en su casa y no salir de ella hasta nueva orden”*.

Ese mismo día se dio orden de detención en contra del Ministro de la Corte de Apelaciones Horacio Hevia, quien huyó hacia Argentina.

En PALMA ZUÑIGA, Luis, *Eliodoro Yáñez Ponce de León: juriconsulto, político, periodista*, Editorial Andrés Bello, año 1961, refiere que los Ministros de Corte señores Alejandro Rosas Salinas y Filidor Rodríguez, además de los magistrados de primera instancia Carlos Roberto González, Arturo Avendaño, Bonifacio Correa Bravo y Carlos Quilodrán, quienes, entre otros, fueron separados de sus cargos (pág. 189).

181 Informe de mayoría de la Comisión de la H. Cámara de Diputados que trató la Acusación Constitucional. En *Boletín Cámara de Diputados*, 19° Sesión Ordinaria, martes 27 de junio de 1933, pág. 933.

Concurrieron a ese acuerdo los Ministros señores Ricardo Anguita, Moisés Vargas, José Astorquiza, Dagoberto Lagos y Germán Alzérreca¹⁸². Mientras que los Ministros restantes, Alejandro Bezanilla, Antonio María de la Fuente, Manuel Cortés y Luis David Cruz, lo rechazaron, negando su voto, y, acto seguido, renunciaron a sus puestos. El presidente de la Corte, Javier A. Figueroa no pudo asistir al Tribunal, porque se encontraba detenido en su domicilio¹⁸³, y posteriormente fue exonerado.

“Al día siguiente, y con fecha 4 de abril, los cinco Ministros primeramente nombrados procedieron a confeccionar las listas para llenar las vacantes producidas, a pesar de no formar el quórum que la ley exige en estos casos. En conformidad a estas listas fueron nombrados [...] don Abraham Oyanedel y don Humberto Trucco”^{184 185 186}

182 Extendieron su acuerdo, también con las siguientes consideraciones: “... producido en la actualidad el hecho que significa la asunción por parte del Supremo Gobierno de todo el Poder Público al mantener su orden de exoneración y de reemplazo de funcionarios judiciales, esta Corte Suprema, inspirada en el deber primordial que tiene de coadyuvar a la existencia del Gobierno y al éxito de su acción depuradora, acepta los actos producidos, y como consecuencia, concurrirá dentro de sus atribuciones al reemplazo de los funcionarios removidos por el Gobierno”. Acta que puede leerse en el *Boletín Cámara de Diputados*, 19° Sesión Ordinaria, martes 27 de junio de 1933, pág. 964.

183 URZÚA VALENZUELA, Germán, *Historia Política de Chile y su evolución electoral: desde 1810 a 1992*, Editorial Jurídica de Chile, pág. 432. Este autor también destaca que pese a la detención de su Presidente, la Corte de Apelaciones resolvió en esos días que debía ponerse en inmediata libertad al Senador Manuel Hidalgo, y a los Diputados Santiago Labarca, Pedro León Ugalde, Rodolfo Michels y Luis Víctor Cruz.

184 Ibid.

185 Además de los magistrados nombrados, ingresaron con ellos, los ministros señores Agustín Parada Benavente, Moisés Lazo de la Vega y Benedicto de la Barra.

186 También, se discutió al interior de la Cámara este asunto, acusándose a los magistrados que permanecieron en funciones después de la crisis entre ambos Poderes, de haber formado las correspondientes listas destinadas a llenar los puestos que vacaban en la Corte Suprema, después de la masiva renuncia ocurrida. Se fustigó no tener el *quórum* exigido -al quedar el tribunal sólo con cinco de sus 11 miembros-. Por tanto, quienes sucedieron los cargos, y estando viciada la formación del personal legal de que debió formarse el tribunal, la actuación de ese tribunal se hallaba también viciada; por lo que no podía considerarse sus actuaciones como ejecutadas por jueces de procedencia legal. Los acusadores, estimando que los jueces designados para ocupar los puestos de quienes habían renunciado a la Corte Suprema, “*deberían haberse negado a aceptar dichos nombramientos, y que no habiendo protesta de su parte, han abandonado sus deberes con desmedro grave de la magistratura que ejercen*”. (Id., pág. 934). La Comisión en este aspecto, envió oficios a los señores Javier A. Figueroa, Luis David Cruz, Manuel Cortés y Horacio Hevia -como sabemos, todos ex magistrados-. El señor Figueroa estimó que no le cabía responsabilidad a los recién nombrados en sus puestos, sin que por eso acepte como legal el procedimiento. Los señores Cortés y Cruz, estimaron abiertamente vejada por este hecho la constitución del Poder Judicial. El señor Cortés reconoció, sin embargo, que se deben al señor Oyanedel servicios de gran importancia para el país, y el señor Hevia Labbé no se pronunció sobre la situación de hecho creada en aquel entonces a los señores Oyanedel y Trucco, y estima ilegal el procedimiento y viciada la generación de todo el Poder Judicial.

Después de realizada esta breve y necesaria introducción, adentrémonos en la Acusación misma. Uno de los puntos llevó el capítulo siguiente: “*Incapacidad para declarar inaplicables los Decretos-Leyes*”; y otro: “*El haber aceptado un Reglamento de nombramientos y calificaciones judiciales*”¹⁸⁷, por haber aplicado en la especie, el DFL N° 3.390, de 29 de diciembre de 1927¹⁸⁸ (que lleva la firma de Ibáñez), que reglamentó los nombramientos y calificaciones judiciales, calificado como *inconstitucional* por los Diputados acusadores, que sin embargo, nuestro máximo tribunal -como ya vimos más arriba-, lo había aceptado, dándole la subsecuente aplicación. Sobre el primer capítulo aquí reseñado, se dijo por la parte acusadora, correspondiente a 10 Diputados, que:

“La República padece de una frondosa, abusiva y estrafalaria colección de decretos-leyes, decretos con fuerza de ley y simples decretos dictados en virtud de las leyes 4113, 4156 y 4945, entre otras, muchos de los cuales, o casi todos, infringen la Constitución, o son contrarios a sus prescripciones. Y es curioso anotar que, a pesar de todo, y no obstante los numerosos recursos que se le han sometido al respecto, cerca de ocho años después del otorgamiento de esta facultad, la Corte Suprema haya sido incapaz de pronunciar la inaplicabilidad de uno solo siquiera de esos preceptos pseudo legales, y últimamente haya llegado hasta sugerirle al Gobierno la conveniencia de

187 Además de estos dos cargos se incluyó en el juicio ante la Cámara, las acusaciones concernientes en cuanto a que el máximo tribunal había acogido un recurso de queja contra la Corte del Trabajo de Valparaíso (dejando sin efecto una demanda entablada contra un Notario de esa ciudad), no teniendo la facultad legal para ello. También se encontraba el punto de no haber ejercido la vigilancia suficiente en los procesos criminales nacidos de acusaciones políticas acogidas por el Senado unos años antes (específicamente en el juicio en contra de S.E. el Presidente de la República don Carlos Ibáñez del Campo y contra el ex Ministro de Hacienda don Carlos Castro Ruiz). Otro incluido fue el no haber adoptado la Corte Suprema, a raíz de las visitas a cárceles, medida alguna para obtener que se pusieran en libertad 75 personas que encontró reclusas sin orden de juez alguno en los establecimientos que visitó entre otros, su Fiscal Eduardo Erazo; así como también el no haber tomado providencias para hacer efectiva la rápida resolución de los recursos de amparo cuando estos fueron acogidos, en especial el amparo deducido por don Rolando Merino Reyes ante la Corte de Apelaciones de Concepción, al cual se había hecho lugar. El Tribunal de Alzada penquista además, había enviado los antecedentes al Juez Militar de dicha ciudad para que investigara el delito de desobedecimiento de tal sentencia. La Corte Suprema, conociendo de dichas actuaciones, había resuelto archivar los antecedentes.

188 El referido Decreto con Fuerza de Ley N° 3.390 fue dictado en virtud de la Ley N° 4.156, de 5 de agosto de 1927 (que otorgó al Ejecutivo facultades extraordinarias, ampliando las ya concedidas por la Ley N° 4.113), que la Corte Suprema aplicó, dando curso a los reemplazos que originó sin juzgar si era o no constitucional.

codificarlos, lo que implica un principio de reconocimiento y un anuncio de permanencia, en abierta pugna con sus deberes funcionarios”¹⁸⁹ (Nota: el subrayado es nuestro).

La acusación constitucional presentada por 10 Diputados, y que buscaba su destitución, incluyó a toda la Corte Suprema conformada en ese entonces por los Ministros señores Abraham Oyanedel (presidente), Humberto Trucco, Carlos Alberto Novoa, Romilio Burgos, Gregorio Schepeler, Alfredo Rondanelli, Guillermo Silva Cotapos, Mariano Fontecilla Varas, José M. Hermosilla, Eulogio Robles y David Carvajal, además de su Fiscal don Eduardo Erazo.

Los escritos de defensa de los jueces -creyendo que son de mucha importancia y claridad- son del tenor siguiente, los que se transcriben para su global conocimiento:

En cuanto al capítulo “Incapacidad para declarar inaplicables los Decretos-Leyes”, la defensa dijo así:

“Honorable Cámara:

“Por la vía de una acusación que quebranta la letra y el espíritu de la Carta Política, se intenta expulsar de sus cargos a los actuales Ministros y al Fiscal de la Corte Suprema, cubriéndolos de oprobio y deshonor, por la gravísima falta, imperdonable en estos tiempos de desorbitadas pasiones, de haber cumplido serenamente sus altos deberes de intérpretes rectos y sinceros de la ley. Acaso porque todos los actuales jueces, contra quienes se dirige la acusación, han permanecido siempre ajenos a todos los círculos de la opinión política del país, contraídos exclusivamente a sus ingratas y pesadas tareas, se ha creído oportuno aprovechar estas primeras horas de quietud que principia a vivir la República, para derribar también la cabeza visible del Poder Judicial, el único de los Poderes del Estado que había logrado alcanzar una relativa estabilidad institucional.

“Constituida la Junta de Gobierno que depuso al Presidente señor Alessandri, el año 1924 se dictó ‘previa consulta de la Corte Suprema’, así dice el texto publicado el 24 de septiembre de 1924, el decreto ley N° 12, que fijó sueldo fiscal a los

189 Boletín Cámara de Diputados, 13° Sesión Ordinaria, lunes 19 de junio de 1933, págs. 601 a 602.

Relatores y Secretarios de los tribunales de Justicia, y separó las funciones de Secretario de las de Notaría y Conservador en (varios de) los departamentos...

“Dicho decreto fue ordenado cumplir por circular de la Corte Suprema a las Cortes de Apelaciones, el 9 de octubre de 1924, con normas precisas para su aplicación. Finalmente, decía la octava recomendación de esa circular, deberán las Cortes de Apelaciones y los Jueces Letrados tomar todas las medidas que conceptúen necesarias, a fin de hacer fácil la práctica del decreto ley N° 12, de 24 de septiembre último, o impedir por cualquier medio se frustren sus finalidades, y sean inflexibles en la aplicación de las sanciones que se impongan.

“El 7 de octubre del mismo año de 1924, la Junta de Gobierno dictó el decreto ley N° 27, que redujo el número de los Ministros de la Corte Suprema, dándole su actual composición y determinó las reglas para el funcionamiento del Tribunal, que están en vigor desde aquella fecha. De modo que la organización y funcionamiento de la Corte Suprema se rigen por ese decreto de 1924.

*“Desde entonces quedó, pues, sancionada por la Corte Suprema de aquella fecha, la eficacia legal de los llamados decretos leyes, una vez confirmada por el tribunal Supremo, al acoger el 19 de agosto de 1925 un recurso de queja”*¹⁹⁰.

“Posteriormente, un nuevo pronunciamiento de tan alto tribunal, declaraba la validez de los decretos leyes dictados después de haberse promulgado la Constitución del año 1925.

“Si la magistratura a quien la Carta Fundamental entrega la Superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los Tribunales de la Nación, ejercitando sus elevadas y privativas funciones, con la independencia que las leyes le garantizan, señalara las normas a que debían sujetarse las judicaturas inferiores, e impartía al efecto, instrucciones

190 Como ya tuvimos oportunidad de apreciar, la defensa de los jueces se refiere a la sentencia que acogió un recurso de queja dirigido contra una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, que había desconocido la fuerza legal al Decreto-Ley N° 24, de 4 de octubre de 1924, sobre prohibición de trabajo nocturno en las panaderías. El máximo tribunal, resolvió que la mencionada Corte *“ha debido aplicar el referido decreto ley con la fuerza obligatoria que corresponde a las leyes de la República”*.

precisas para su debido cumplimiento, no parece justo ni razonable derivar de ello un cargo para los actuales Ministros de la Corte Suprema, que pertenecían a las Cortes de Apelaciones, y que en el desempeño de sus cargos prestaron a tales resoluciones, acuerdos y circulares, el acatamiento a que la ley les obligaba.

“¿Debieron rebelarse, desobedecer y subvertir el orden judicial? ¿Debieron hacer la revolución en los Tribunales? Pensaron entonces, y piensan con mayor razón ahora, que esa habría sido obra de insensatos y no de magistrados.

“Y si como Ministros de las Cortes de Apelaciones debieron acatar las instrucciones que les ordenaban cumplir los decretos leyes, y al hacerlo, no creyeron contrariar las conveniencias públicas y el interés de la justicia, ¿hay derecho para exigir de ellos otra actitud como Ministros de la Corte Suprema, sobre todo después que el Poder Legislativo ha ratificado y sancionado esa legislación en innúmeras leyes? ¿Les está permitido, acaso, a los magistrados judiciales, sustraerse a las realidades de la vida nacional?

“Y esas realidades consistían, como ya se ha visto, en que todos los Poderes del Estado habían prestado su autoridad y aquiescencia a un orden de cosas que no podía ser alterado por los modestos funcionarios judiciales que, venidos de provincias, se incorporaron a la Corte Suprema tres años más tarde, esto es, en abril de 1927.

“Es fuerza darse a la razón: si toda la estructura jurídica, económica, financiera, política y administrativa del estado, si toda la legislación social que ha satisfecho las ansias de justicia de las clases populares reposa hoy sobre la base de los decretos leyes, ratificados, en gran parte, de una manera directa o indirecta, por el Poder Legislativo, es vano intento pretender de los actuales Ministros de la Corte Suprema que quieran afrontar la responsabilidad de sumir al país en el caos que significaría el desconocimiento de esa legislación sobre la cual descansan instituciones como el Banco Central, los Bancos Comerciales e Hipotecarios, las Cajas de Previsión, etc., etc.”

Respondiendo en forma específica a la parte de la **“acusación sobre el rechazo continuo de los recursos de inaplicabilidad”**, los magistrados se defendieron:

“De manera que por haber la Corte ejercido sus atribuciones de fallar, como ha estimado procedente en derecho, recursos que se le han sometido para declarar la inaplicabilidad de ciertos juicios de determinados decretos leyes, resulta culpable del delito de abandono de deberes o atribuciones.

“¿Va a revisar la Cámara esos fallos?”

“La acusación olvida que la Carta Política, el Protocolo de Washington, la elección del actual Congreso y del Presidente de la República, deben su existencia a la eficacia reconocida de los decretos leyes”.

El escrito que contesta sobre el segundo capítulo de la acusación, **“el haber aceptado un Reglamento de nombramientos y calificaciones judiciales”**, estuvo redactado de la siguiente forma:

“[...] por no haber formulado observaciones ni opuesta tacha de inconstitucionalidad a preceptos de ese Reglamento...

“La Constitución da a la Corte Suprema la atribución exclusiva de declarar la inconstitucionalidad de una ley. Esto no se discute; pero sí parece discutirse la facultad que se cree distinta de la anterior; de no hacer esa declaración, con lo cual se lleva de un modo indirecto a radicar en el Congreso, por la vía del juicio político, la declaración de la inconstitucionalidad de una ley, que la Carta ha querido confiar exclusivamente a la Corte Suprema”¹⁹¹ (seguimos subrayando).

La Comisión que estudió la acusación y tuvo el deber de informarla a la Sala de la Cámara de Diputados, estimó -por cuatro votos contra uno-, rechazarla. Consideró, en lo atinente a los capítulos que nos interesan, innecesario entrar al fondo de aquellas materias, porque -según la mayoría- bastaba la sola enunciación de los cargos, para comprender que no es de su incumbencia considerarlos, pues estaba a la vista que ellos por razón ninguna podían envolver respecto de los acusados la causal prevista en la

191 Ibid., págs. 940 a 942.

Constitución de *notable abandono de sus deberes*, única que haría posible la aceptación de los cargos, y la consiguiente destitución de los acusados de los puestos que servían.

En los debates que se produjeron en el seno de la Cámara, se puede transcribir asimismo, la opinión del reputado constitucionalista y Diputado por Santiago, don Carlos Estévez Gazmuri, a quien se le ha reconocido como quien tuvo la intervención que más impacto produjo al interior de la Corporación, inclinando en los hechos la balanza que finalmente decidió el asunto, tanto por su desarrollo cronológico de los hechos, como las repercusiones que provocaría la idea que sustentó ¹⁹².

La acusación constitucional deducida contra el Tribunal Pleno de la Corte Suprema, así como contra de su Fiscal, fue finalmente rechazada en la Cámara de Diputados, por 65 votos en contra y 41 a favor, en la sesión del 28 de junio de 1933. Al decir del profesor y constitucionalista don Fernando Saenger, con ello

192 En efecto, Estévez pronunció, las siguientes palabras: “*Cuando en 1924, un movimiento militar derrocó al señor Alessandri del Gobierno y disolvió el Congreso, aparecieron de inmediato los decretos-leyes. El primero de estos decretos tiene fecha 16 de septiembre de 1924 y, en sólo aquel período, de 1924 a 1927, se dictaron 800 decretos-leyes. Poco después el Congreso de 1927, dictó las leyes 4.113 y 4.156, en virtud de las cuales delegaba en el Presidente de la República sus facultades legislativas. En ejercicio de estas facultades se dictaron 400 ó 500 decretos leyes. Después, en 1930, una nueva ley, la 4.995, delegó nuevamente en el Presidente de la República la facultad legislativa y aparecieron entonces, otros 400 ó 500 decretos-leyes. No tengo para qué decir, señor Presidente que dentro de mi humilde opinión, estos decretos leyes son absoluta y francamente inconstitucionales. Dentro de nuestra Constitución, no hay más ley, que (la) del resultado del concurso de voluntad soberana del Congreso y del Presidente de la República; y el decreto que el Presidente de la República expide para dar cumplimiento a la ley. En mi humilde criterio, todos estos decretos-leyes son absoluta y completamente inconstitucionales; pero, desgraciadamente, señor Presidente estos decretos-leyes subsisten, estos decretos-leyes viven. Ni el Presidente de la República, ni el Congreso del año ‘27, ni el Congreso actual, han podido hacer nada respecto de los decretos-leyes; perduran, se están aplicando constantemente, nosotros estamos pagando todas nuestras contribuciones en virtud de decretos-leyes. En realidad, toda la vida política, administrativa, judicial, económica, social, de nuestro país, está hoy, toda ella basada en estos decretos-leyes. Yo digo, señor Presidente: si ni el Congreso, ni el Presidente de la República, han tenido la autoridad suficiente para destruir estos decretos-leyes, para evitar que se cumplan, ¿hay derecho para exigir que la Corte Suprema de Justicia haya sido la única que hubiera negado a estos decretos-leyes su eficacia, cuando los Ministros hoy acusados y que llegaron al Tribunal en el año 1927, se encontraron con resoluciones expedidas antes por los Tribunales de Justicia en 1924 y 1925, en que se reconocía la eficacia y validez de estos decretos-leyes? Yo digo señor Presidente, esto no es lógico. Todos somos responsables de que esta situación subsista, de que estemos viviendo en medio de decretos-leyes y que toda nuestra vida social, económica, política, administrativa, esté toda ella basada en decretos-leyes. Procedamos entonces, con valentía y, o derogamos todos estos decretos-leyes o sancionémoslos por verdaderas leyes, aquellas que sean necesarias, convenientes para el país.* En SAENGER, Fernando, *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Jurisprudencia 1980-2003*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, año 2003, págs. 416 y 417.

*“quedó así, consagrada en la historia constitucional del país, el valor jurídico de los decretos-leyes, los que, por ironía de nuestro sistema, son precisamente abiertamente inconstitucionales. O sea, la razón de la sinrazón”*¹⁹³

13. Otros fallos de importancia revisados

Destacaremos en esta sección los fallos y votos de minoría más interesantes y que no fueron incluidos en los puntos anteriores. En algunos de ellos también podremos encontrar interesantísimos comentarios de profesores de la cátedra y que tuvieron lugar, por supuesto, mientras regía la Constitución Política de 1925.

Lo anterior se realiza con el objeto preciso de incorporar otras sentencias donde se hayan discutidos temas de relevancia para la justicia constitucional. Esperamos que se logre este esperado resultado.

a. La justicia de un impuesto. Nos encontramos aquí, como bien señala don Enrique Marshall Silva, una disidencia donde se emitió una de las más

*“interesantes opiniones sobre las leyes violatorias de la Constitución”*¹⁹⁴

Y ella ocurre en el fallo pronunciado el 17 de noviembre de 1934, donde pasaremos a ver sus importantes reflexiones.

La Ley N° 5.154, de 10 de abril de 1933, gravó ciertas pensiones de funcionarios públicos (que subían de \$36.000 anuales, con un impuesto igual al exceso de cada pensión sobre dicha suma). Pues bien, el recurso deducido por varios militares y marinos indicaba que el artículo 19 de la citada ley era inconstitucional, pidiendo a la Corte así declararlo. Para ello siguieron juicio contra la Caja de Retiro y Montepío del Personal de Defensa Nacional, intentando obtener que esa institución se abstuviera de hacer en sus pensiones, los descuentos que estaba efectuando desde abril de 1933, pidiendo, asimismo, que el Fisco les restituyera las cantidades que por ese concepto había percibido. La Corte Suprema, rechazó la inaplicabilidad contra la Ley 5154, donde se atacaba no sólo su “*proporcionalidad*”, sino que también su “*igualdad*”, porque una ley que gravara a algunos y exceptionara a otros -dejando exentas del impuesto a las inferiores al monto signado- violaba este último principio contenido en la Constitución. Daremos a conocer el argumento medular que tuvo la mayoría para rechazar el recurso (Ministros señores Alfredo Rondanelli, Mariano Fontecilla, Eulogio

193 Ibid., 418.

194 MARSHALL SILVA, Enrique, obra cit., Memoria de Prueba, año 1947, pág. 137.

Robles, David Carvajal y el Ministro suplente Malcom Mac-Iver), en cuanto estimaron que podía haber invasión de los tribunales en campos propios de otros Poderes del Estado:

“6°) Que si quedara al juicio de la Corte Suprema aquilatar la conveniencia o justicia de esas leyes, debiendo apreciar en cada ocasión el vocablo ‘igual’, como sinónimo o en el sentido de ‘justo’, ‘equitativo’, tal lo pretenden los recurrentes, significaría dejar a su criterio decidirse entre los diversos sostenedores de las corrientes que informan las escuelas tributarias; sabido es que según ellas aparece o desaparece la justicia de un impuesto, erigiéndose así en árbitro de una situación compleja que no representa ya la aplicación de un precepto expreso constitucional sino de doctrina que alrededor de los tributos se desarrollan, asuntos propios de los que sobrellevan la tarea de velar por el sostenimiento de la economía nacional, la cual quedaría entregada a simples apreciaciones de los que no tienen la responsabilidad del caso y desconocen las razones o motivos determinantes del tributo, en circunstancias que la Constitución no se ha pronunciado sobre el particular de manera de permitir y asegurar una situación estable”. Según esta idea, todo esto equivaldría “en la realidad, radicar en último término en este Tribunal la facultad administrativa del Estado, sin los antecedentes necesarios, como que no está llamada a ello, e invadiendo o menoscabando arbitrariamente campos propios de otros Poderes que quedarían supeditados por la Corte Suprema...”¹⁹⁵

Pero en voto contrario, los magistrados señores Humberto Trucco Franzani¹⁹⁶ y José M. Hermosilla, tuvieron presente que:

¹⁹⁵ Los jueces de mayoría sostuvieron entre otras consideraciones que, del estudio de la historia se vendría a confirmar que ciertos constituyentes habían propuesto la fijación de alguna formalidad o quórum para el establecimiento de la progresión cuando se suba de cierta escala, lo que vendría a ratificar la idea de que debía asegurarse cierta fijeza en el impuesto. Si hubieren sido incorporadas tales ideas a la Carta Política, se habría “*permitido al Tribunal Supremo investigar si el impuesto respetaba o no tales principios, que a la vez importarían asegurar fijeza, equidad, justicia e igualdad del impuesto...*”, pero que dichas directrices fueron expresamente rechazadas en cuanto no se incorporaron finalmente al texto constitucional, lo que a su juicio, “*revelan el propósito de dejar esas cuestiones fuera de las facultades de los Tribunales y entregadas exclusivamente a la prudencia del legislador*” (Cons. 7°). *Gaceta*, año 1934, segundo semestre, sentencia N° 35, pág. 158.

¹⁹⁶ El Ministro don Humberto Trucco Franzani*, ejerció la Presidencia de la Corte Suprema en dos períodos: 1934-1937 y 1944-1950.

*En la Sección Anexos, se puede encontrar el discurso efectuado en sus funerales.

*“ejercitando las innegables facultades que al efecto confiere a la Corte Suprema el artículo 86 de la Constitución (donde, además) la Carta Política asegura a todos los habitantes de Chile el ejercicio de ciertos derechos que considera preexistentes a la formación del Estado. Los mira como verdaderos atributos inherentes a la personalidad humana que le son indispensables para realizar sus fines de perfeccionamiento individual, así como los propios a la convivencia social. Entre esos derechos, la Constitución se ocupa de dos que dicen relación con los impuestos y las contribuciones, y por exagerado o errado que parezca el criterio de los constituyentes al respecto, es lo cierto que ha cristalizado en textos positivos de la ley fundamental que se encuentran en el Capítulo III que la Carta dedica a las Garantías Constitucionales con lo cual claramente está allí manifestando la altísima importancia que a tales derechos les atribuye, supuesto que los eleva a la categoría de principios básicos o fundamentales de la organización social. Tales postulados constitucionales relativos a impuestos y contribuciones podríamos denominarlos así: el de la **justicia**, y el de la **legalidad**. Por el primero, se garantiza la **igualdad** en el impuesto; por el segundo, que toda contribución debe ser impuesta, suprimida o repartida por la ley. Esto es lo que se desprende del tenor literal de los preceptos que se contienen en los artículos 10 N° 9 y 44 N° 1° de la Carta. Se ve, pues, por todo lo expresado, que son dos principios bien distintos: el de la justicia o igualdad y el de la legalidad y que uno y otro están garantizados por la Constitución, en textos expresos de ley. La simple razón admite, también, sin mayor esfuerzo, la diferencia que hay entre uno y otro, pues concibe perfectamente que una contribución impuesta por la ley pueda ser injustamente repartida y que una ordenada por simple decreto gubernativo pueda ser enteramente justa. En tales ejemplos se habría violado, en el primer caso el precepto de la igualdad, o sea, el artículo 10 N° 9° inciso 1° y cumplido con los de legalidad, esto es, con los artículos 10 N° 9° inciso 2° y 44 N° 1°; y en el segundo, las cosas habrán pasado a la inversa”*

Continuaron con su argumentación los Ministros señores Trucco y Hermosilla:

“Por consiguiente, en la especie sub-litis es útil descartar, desde luego, todo lo que dice relación con el principio de la legalidad del impuesto ya que el recurso no acusa que haya

sido quebrantado el texto que lo establece y por el contrario da implícitamente por cumplido, supuesto que pide la declaración de la inaplicabilidad del artículo 19 de la Ley N° 5.154, de 10 de abril de 1933, que grava las pensiones fiscales, semifiscales y municipales, de retiro, jubilación o montepío, que excedan a \$36.000 anuales con un impuesto cuyo monto es igual al exceso de cada pensión sobre dichos \$36.000, excepción hecha de las concedidas a las personas que hicieron las campañas de 1879 a 1884, como asimismo de las otorgadas a los inválidos absolutos y relativos de la campaña de 1891. Concretando así, la reclamación en examen, al estudio de la simple justicia de la ley impositiva antes enunciada es de toda evidencia, en concepto de los Ministros disidentes la desigualdad en el impuesto que ella consagra, dado que mediante la arbitraria tasa que prescribe reduce a todos los afectados con sus disposiciones a pagar de un resto de renta matemáticamente igual para cada uno, lo que por sí solo patentiza la enorme injusticia del impuesto, ya que precisamente el tipo indiscutido de la ley injusta y desigual en materia de contribuciones es, a la luz de todas las escuelas u criterios, aquella que reduzca a todos los habitantes de un país a disfrutar de una renta matemáticamente igual en cantidad, cualquiera que sea su origen o naturaleza y las condiciones personales de los que la disfrutan. Y tal injusticia si bien es menor en cuanto al número de los afectados cuando ella se circunscribe a un grupo de ciudadanos, como en este caso ocurre con los pensionados por el Estado, permanece igual en magnitud si se la considera en sí misma, intrínsecamente, y con prescindencia de sus efectos. Tan evidente es, por lo demás, la injusticia de esta ley por la desigual repartición que hace del impuesto, que la desigualdad en el reparto que establece es susceptible de ser demostrada matemáticamente. En efecto, si casi todas las pensiones de retiro, jubilación y montepíos son desiguales entre sí (se acuerdan en consideración a factores también desiguales, como son los años servidos por el agraciado en la administración pública; los sueldos distintos de que han disfrutado, los veintavos, treintavos y cuarentavos a que les da derecho la ley, etc.), es manifiesto que sólo puede alcanzarse

el resultado de igualar cantidades originariamente desiguales, restando de todas ellas a título de tasa impositiva, cantidades también desiguales” 197 198 199

197 Ibid., voto de minoría.

Además el Fiscal de la Corte había estimado en su Informe -en cuanto a la segunda razón que se hizo valer en el recurso-: “... *que el impuesto de que se trata no es evidentemente proporcional a las pensiones, ya que no hay una cuota uniforme que las grave; ni es tampoco progresivo, puesto que, considerado como aumento de las contribuciones antes en vigor, recae sólo sobre la parte que excede de \$36,000, absorbe esa parte totalmente y no forma un tramo de renta del que la exacción sea una cuota*”, por lo que opinó que, siendo el impuesto susceptible de proporcionalidad o progresión, únicas formas que admite el constituyente, “*la forma en que ha sido establecido contraría el precepto del artículo 10 N° 9°*” de la Carta Política (igual repartición de los impuestos y contribuciones, en proporción a los haberes o en la progresión o forma que fije la ley; y la igual repartición de las demás cargas públicas).

198 La disidencia refiere además, que el artículo 86 de la Constitución Política, establece las innegables facultades de control de la constitucionalidad que recaen precisamente en el máximo tribunal, por tanto, en virtud de ellas, “*susceptibles de ser aplicadas cuando una ley contraría el precepto que establece la igualdad en el impuesto y no cuando se ha contrariado el principio de la legalidad imponiendo contribuciones por simples decretos, porque en tal caso semejante contravención está fuera del recurso estatuido por el artículo 86 ya citado y ella cae de lleno dentro de las facultades que tienen los jueces para no decidir las controversias sino de acuerdo con las leyes, esto es aplicándolas*”.

199 En sentencia de fecha 13 de octubre de 1934, recaída en recurso de inaplicabilidad intentado por don Eduardo Castro y otros, en juicio seguido contra el Fisco por cobro de pesos, se debatió si el artículo 2° de la Ley N° 5.005 (de 21 de noviembre de 1931, y que lleva la firma de S.E. el Presidente don Juan Esteban Montero y la de su Ministro de Hacienda don Luis Izquierdo), que rebajó los sueldos del personal no sujeto a grados y pensiones de jubilación, retiro y montepíos, cuyo otorgamiento correspondía al Presidente de la República, era contrario a la Constitución (en especial sobre la garantía de inviolabilidad de todas las propiedades sin distinción alguna, artículo 10 N° 10). En el Mensaje del Jefe de Estado, de que se dio cuenta en la sesión de la Cámara de Diputados, se dice -en síntesis- que la “*situación fiscal impone la adopción inmediata de economías considerables en los gastos públicos como único medio de equilibrar el Presupuesto de la Nación*” y, por tanto, “*se hace indispensable suprimir servicios, refundir otros y disminuir sueldos*”. Para ese fin se sometía a la discusión inmediata del Congreso Nacional un Proyecto de Ley que declaraba en reorganización a todo el personal de los servicios del Estado y, al efecto, entre otras disposiciones contenía la siguiente: “*Autorízase, asimismo, al Presidente de la República para reducir las pensiones de jubilación, de montepío, de retiro y de gracia, en proporción a las remuneraciones que se fijan para los empleados de que trata el inciso anterior*”. El señor Fiscal de la Corte Suprema, en su dictamen, expresó que el mismo mandato legal impugnado establece que la rebaja de las pensiones de jubilación es una contribución, “*y el mismo Poder Legislativo está facultado por la misma Constitución para imponer contribuciones de cualquier clase o naturaleza, conforme al artículo 44 N° 1°, suprimir las existentes, señalar en caso necesario su repartimiento entre las provincias o comunas, y determinar su proporcionalidad o progresión; de modo que el principio de inviolabilidad de todas las propiedades sin distinción alguna, tiene limitaciones dentro de la propia Constitución...*”. El máximo tribunal rechazó el recurso en votación de cinco a dos. La mayoría señaló que la disposición que rebaja los sueldos y pensiones establece una “contribución”, dada la naturaleza de la rebaja, y que el mismo mandato legal así lo establece, corroborándolo la historia fidedigna de la discusión de la ley, a la que citan *in extenso*, además -en lo referente al alegato de “cosa juzgada”, expresó que el expediente de jubilación no constituye una causa civil o criminal, y el decreto supremo que la resuelve no es sentencia, por tanto no puede sostenerse que la contribución sea un atentado a ella. Empero, en voto contrario, los Ministros señores

b. Recurso acogido contra decreto con fuerza de ley que ordenó revisar pensiones. Con fecha 14 de enero de 1935, el máximo tribunal de la República sí acogió el recurso de inaplicabilidad interpuesto esta vez por don Víctor Risopatrón, quien expuso que el Decreto con Fuerza de Ley N° 2867, ordenó que fueran revisadas por el entonces Ministerio de Guerra las pensiones de retiro otorgadas al personal civil de la Subsecretaría de ese Ministerio (desde la vigencia del Decreto-Ley N° 539 hasta la fecha del citado Decreto). Alegó el recurrente que él era el único que se encontraba en esa condición, de donde resultaba que dicha disposición, aparentemente de carácter general, se refería exclusivamente a él.

Analizando el recurso, y cada decreto dictado -desde el que concedió la jubilación hasta el que la disminuyó (N° 2935), pero obviamente centrándose en el DFL N° 2867-, la Corte Suprema, por votación dividida de cinco votos contra uno, decidió que el Decreto Supremo N° 3122, por el cual el recurrente obtuvo su retiro de la administración pública,

“representaba un crédito a favor del agraciado, legítimamente adquirido por éste, que tenía todos los caracteres del dominio y se había incorporado a su patrimonio particular; luego

Mariano Fontecilla Varas y José Miguel Hermosilla, estuvieron por acoger la inaplicabilidad solicitada, denominando la labor que ejerce el Tribunal Supremo cuando se ve enfrentado a estas materias, **“como sostenedor y guardador en el derecho de la Constitución”**. Entre otras consideraciones, tuvieron para ello presente, que el recurso instituido en el artículo 86 de la Carta Política *“consiste en resolver si el precepto que se le somete a su conocimiento respecta o no esa Carta, desentendiéndose de lucubraciones hipotéticas que permitieran prácticamente arribar por otros medios a la misma situación que se plantea, y de esta manera, atendidos los términos de la cuestión en debate, conviene ante todo precisar si se está en presencia de una ley tributaria o de simple rebaja de pensiones, por cuanto jurídicamente hablando no es lo mismo resolver si el legislador se encuentra investido de una y otra facultad. No es indiferente estar sometido al pago de un tributo que haber sido privado del total o parte de una propiedad”*. Del estudio detenido de toda la disposición en estudio, se *“revela una vez más la voluntad legislativa de rebajar lisa y llanamente sueldos y pensiones [...] que si bien en toda contribución puede verse una expropiación que no necesita sujetarse a los principios que rigen ésta y aún en el supuesto de haberse empleado expresiones tributarias, sin olvidar que las instituciones de derecho fluyen de las características que las singularizan y no de las palabras con que se las denomina, siempre se estaría en presencia de una revisión simulada de las pensiones sin sujeción a ninguno de los procedimientos insinuados; revisión que, además, en la práctica se ha traducido en rebajarlas o cercenarlas en circunstancias que los jubilados tienen la calidad de acreedores de una cantidad líquida que sólo podría ser alcanzada indirectamente por tributos generales, desde que de otro modo se autorizaría al deudor, el Fisco, a rebajar a su antojo el monto de su propia deuda cercenando el crédito por este medio; de la misma manera que si se impusiera tributos directos y exclusivos a cualquier contrato ya celebrado con el Fisco y que obligara a éste a ciertas prestaciones de dinero, los cuales llegarían a desaparecer con el sistema ideado”*. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1932, Tomo XXXII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 75.

* Con fecha 15 de octubre del mismo año 1934, en fallo también publicado por la misma *Revista* y en el mismo Tomo, pág. 85, se rechaza nuevamente un recurso de inaplicabilidad contra la Ley N° 5.005. Se acordó también con el voto en contra de los Ministros señores Fontecilla y Hermosilla, en virtud de los mismos fundamentos de su disidencia en el fallo que antecede.

*entonces, no tenía el Presidente de la República atribuciones para cercenar por sí solo, a su antojo, el monto de ese crédito; Que, teniendo la pensión de retiro de que se trata el carácter de dominio, goza de la inviolabilidad que la Constitución Política asegura a todas las propiedades, sin distinción alguna, y la rebaja de ella significa una expropiación...”*²⁰⁰ (considerandos 5° y 6°).

En consecuencia -y por primera vez desde su instauración-, acoge el importantísimo recurso consagrado en el artículo 86 inciso 2° de la Carta Política de 1925, y declara inaplicable el expresado precepto del DFL N° 2861 en su numeral segundo.

c. La promulgación y publicación de la ley. Conceptos importantísimos pueden obtenerse del fallo que a continuación se estudiará, referente a la promulgación y publicación de las leyes de la República. En proceso tramitado en primera instancia por el Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago don Carlos A. Campos en contra de varias personas por infracción a la Ley N° 5107, de 19 de abril de 1932, sobre Operaciones de Cambios Internacionales, se presentó recurso de inaplicabilidad contra dicha disposición legal, acusándosela de contraria a la Constitución. El artículo 20 de la citada norma, aprobado por ambas ramas del Congreso, fue así concebido:

“Las infracciones a la presente ley, serán castigadas con pena de prisión en su grado medio a reclusión menor en su grado medio, y multa a beneficio fiscal, igual al monto de la operación. En el caso del artículo 18, el oro caerá en comiso”.

Pero al hacerse la publicación de la ley en el Diario Oficial, el 19 de abril de 1932, el artículo 20 mencionado aparece así redactado:

“Las infracciones a la presente ley, serán castigadas con pena de prisión en su grado medio o reclusión menor en su grado medio y multa igual al monto de la operación. En el caso del artículo 18, el oro caerá en comiso”.

Por lo tanto, dijo el escrito, la diferencia entre ambos preceptos era substancial: el legislador aprobó un artículo que asignaba a las infracciones una pena compuesta de los siguientes grados: a) Prisión en su grado medio; b) Prisión en su grado máximo; c) Reclusión menor en su grado mínimo, y d) Reclusión menor en su grado medio; y como después de la

²⁰⁰ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1935, Tomo XXXII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 259.

frase “*reclusión menor en su grado medio*” había una coma (,), aplicaba también copulativamente una multa igual al monto de la operación. En cambio, la publicación hecha en el Diario Oficial (N° 16253), hace que la pena sea alternativa (en virtud del disyuntivo “o”) y sólo de dos grados: a) Prisión en su grado medio, o b) Reclusión menor en su grado medio.

Por tanto, terminaban explicitando los recurrentes, el mentado artículo 20 aprobado por el Congreso y sancionado por el Presidente de la República no ha sido publicado aún en el Diario Oficial, por lo que no era obligatorio para los habitantes de la República, y no podían por tanto ser aplicadas a persona alguna las penas que en él se señalaron; y tampoco podían aplicarse las sanciones designadas en el artículo 20 que efectivamente aparecen en el Diario Oficial, porque este precepto no fue aprobado ni por el Parlamento ni promulgado por el Jefe de Estado. Alegaron que se estaba en presencia de una infracción al artículo 11 de la Constitución, en orden a que *“nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio”*, uno de los Principios angulares que se reconocen en Derecho Penal, cual es el de Legalidad; también, y en perfecta concordancia, existe el artículo 18 del Código Civil. Por consiguiente, continuaron los recurrentes, hasta el momento no tienen pena asignada por ley anterior las infracciones a los preceptos de la ley 5107.

Cabe hacer consideración que en el caso que nos ocupa, se habían interpuesto recursos de amparo, que tanto una de las Salas del Tribunal de Alzada capitalino como de la misma Corte Suprema, rechazaron; así como también en un segundo capítulo del recurso de inaplicabilidad, se incluía la tacha de inconstitucionalidad del Decreto-Ley 531, de 31 de agosto de 1932 ²⁰¹ (que ordenaba incomunicación ²⁰¹ en delitos flagrantes de la misma Ley 5107).

Concluyó el escrito negando que cualquiera de los preceptos del artículo 20 de la cuestionada legislación, podían ser aplicados por el Ministro en Visita en el proceso que instruye. Y en cuanto al decreto-ley: que éste no fue obra -como ya se ha dicho en casos similares- de los Poderes colegisladores a quienes exclusivamente confiere la Constitución la facultad de crear las leyes.

201 Al respecto, este decreto-ley, señaló:

“Que el interés nacional exige que la represión de las infracciones a la ley número 5.107, de fecha 19 de abril del presente año, debe ser ejercitada en forma enérgica y dentro del menor tiempo posible para que se pueda obtener el resultado práctico que el legislador tuvo en mente al dictarla; y

Que el procedimiento judicial establecido en la ley mencionada no tiene la fuerza coercitiva ni la rapidez que las necesidades del momento requieren...”

Así pues, estamos en presencia de un interesantísimo proceso donde se iban a debatir cuestiones tan relevantes como la promulgación y la publicación misma de la ley.

En cuanto al primer capítulo del recurso, la Corte -reconociendo los errores de escrituración- declara que, aparece en ambos textos las penas de prisión, y que éstas no han sido afectadas

“por la errata de impresión, lo que vale decir que hay en ellos clara manifestación de la voluntad soberana de sancionar con las indicadas penas las infracciones a la ley; manifestación de voluntad que cumple con todos y cada uno de los requisitos constitucionales, por lo que es fuerza concluir que el mencionado artículo reúne los caracteres de una ley penal”,

para proseguir con una solución que nosotros ya pudimos ver con anterioridad -cuando se fallaron otros recursos de inaplicabilidad-, ya que

*“de la anterior conclusión se sigue que el estudio y resolución de los varios problemas que se derivan de la existencia de la errata cometida en el texto publicado, como son: determinar la influencia de esa errata en el sentido general de la disposición, en cuanto puede ampliarlo o restringirlo; cuál sea su efecto en la forma de la penalidad, y varios otros, de carácter legal, y especialmente del orden penal ante los principios de garantía que las disposiciones de esta materia establecen en favor de los procesados [...] **corresponden a la facultad de interpretación que el Juez de la causa debe ejercitar en cada caso; contrariamente a lo que en el recurso se sostiene...**”, para luego continuar en su considerando 8º: “Que no sería posible aceptar para resolver la cuestión propuesta el criterio que se inspira esencialmente en la repugnancia a admitir que el simple error de impresión, obra de un tipógrafo, puede dársele el poder de legislar, pues tal criterio al evitar esa*

conclusión monstruosa autoriza otra no menos enorme, como es la de atribuir al error de imprenta el poder de anular la legislación” ²⁰² ²⁰³ (el resaltado es nuestro).

En cuanto a la segunda causal referente a la constitucionalidad del decreto-ley, nos remitimos, al igual como lo hace la mayoría de la Corte, a su propia jurisprudencia, ya reflejada en el capítulo referente a los Decretos-Leyes.

Empero, nuevamente el Ministro don Mariano Fontecilla Varas, en solitario voto disidente, fue partidario de que el Tribunal se pronunciara derechamente sobre la inaplicabilidad del artículo 20; y además estuvo por declarar inconstitucional el Decreto-Ley N° 531 ²⁰⁴. Primero, se refirió

202 Por tanto, el máximo tribunal, con los votos de los magistrados Alberto Novoa, Romilio Burgos, Gregorio Schepeler, José M. Hermosilla, Eulogio Robles, David Carvajal y Roberto Peragallo, desecharon el recurso. El fallo contó con la prevención de los magistrados señores Novoa y Hermosilla, que concurrieron al rechazo de la inaplicabilidad, aunque teniendo únicamente en consideración, en lo relativo al artículo 20 de la Ley N° 5107, entre otros fundamentos, lo siguiente: “*Que el artículo 20, así publicado, está sujeto al artículo 6° del Código Civil, que reglamenta la promulgación y publicación de la ley, y no es un precepto al cual sea aplicable el artículo 86 de la Constitución Política, ni procede, por consiguiente, considerar sus errores en el fallo del presente recurso; Que por lo expuesto, la fuerza obligatoria del artículo 20 en estudio debe ser apreciada por el Juez de la causa con arreglo al artículo 6° citado*”. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1936, Tomo XXXIII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 209.

203 En fallo recaído en recurso de casación en el fondo de fecha 16 de noviembre de 1932, en donde se discutió la existencia de la Ley N° 4.256, que se publicó el día 28 de enero de 1928 con errores de texto, en donde días más tarde -el 31 del mismo mes-, se volvió a realizar una nueva publicación, corrigiéndola. Se alegó por los recurrentes de casación, que la sentencia impugnada, al darle categoría de ley a la publicada el 28 de enero, había infringido los artículos 1°, 6°, 7°, 22 y 48 del Código Civil, haciendo una errónea aplicación del derecho, por lo cual debía ser casada, por cuanto ni el Congreso ni el Presidente de la República, habían aprobado las declaraciones que como ley fueron publicadas el día 28; y porque la publicación hecha en el Diario Oficial del día 31 de enero de ese año era la copia fiel y original de la ley aprobada. La Corte Suprema, después de señalar las facultades constitucionales de las que se encuentra investido el Presidente de la República en cuanto a la sanción y promulgación de las leyes, rechaza el recurso por unanimidad, señalando, que a pesar de que generalmente son confundidas, las diferencias entre *promulgación* y *publicación*, son las siguientes: “*la primera tiene por objeto dar existencia a la ley y fijar su texto y la publicación no tiene otro que darla a conocer; por la promulgación se ordena la ejecución de una ley y la publicación es el medio para hacer llegar la ley a conocimiento de todos...*” (considerando 4°). En la fundamentación siguiente -la 5°-, concluye: “*Que la circunstancia de que la ley 4256 se **publicara** el 28 de enero de 1928 con un error sin importancia, que no tiene relación alguna con la cuestión que se debate, no afecta por lo tanto en nada a la **promulgación** que, como antes se ha dicho, es un trámite constitucional en que el Presidente de la República deja constancia de la existencia de la ley, de que en su dictación se han observado todas las reglas que la Constitución exige y de que por lo tanto esa es la voluntad soberana a la cual reviste de fuerza obligatoria*”. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1933, Tomo XXX, 2° Parte, Sección 1°, pág. 113.

204 En cuanto al Decreto-Ley 531, el disidente señor Fontecilla, se remitió a las consideraciones cuarta, séptima y octava del voto que formuló en la sentencia de fecha 11 de octubre de 1933

al aspecto constitucional que encierra el problema propuesto, pues sólo ahí se puede dilucidar lo que se entiende por promulgación, a pesar de que la Carta Fundamental misma no ha hecho una definición de ésta. Por ello, el intérprete debe hacerlo, siendo estrictamente fiel a las definiciones que de ese término se hayan efectuado por el legislador. Para ello tuvo especialmente presente:

“Que los diversos trámites a que la Constitución somete la formación de las leyes, representan un todo inseparable, y sólo en virtud de su estricto cumplimiento es dable considerar ley con fuerza obligatoria a una declaración de voluntad soberana...”

Para el disidente, lo que existe antes de la sanción que se realiza con alguna norma a la que se le da existencia al *promulgarla*, es un

“simple proyecto que puede quedar así en cualquiera de sus etapas”;

para ello recuerda que aprobado un proyecto por la Cámara de Diputados y luego por el Senado, éste se le remite al Presidente de la República para su sanción,

*“quien si también lo aprueba, dispondrá su **promulgación** como ley; y es atribución especial del Presidente concurrir a la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, sancionarlas y **promulgarlas...**”*

-para luego seguir en la vertiente de derecho penal que tiene asidero constitucional:-

*“y esa Carta asegura que nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley **promulgada**”.*
(Nota del Autor: los resaltados son obra del magistrado).

De los artículos 6° y 7° del Código Civil -a los cuales se remite el disidente-:

“se desprende claramente que nuestro derecho positivo confunde la ‘promulgación’ con la ‘publicación’, muy en especial cuando dice que la promulgación deberá hacerse en el periódico oficial y

en la causa de Juan Brown, por nosotros ya estudiada. Sólo para recordar en parte: “8°) ... no se requiere mayor detención para concluir sosteniendo **que se está en presencia de disposiciones que no son leyes y debiendo serlo por la materia que abarcan, procede declararlas inaplicables para el caso sub-lite**”.

la fecha de la promulgación será para los efectos legales de ella, la fecha de dicho periódico, y agrega 'podrá también ordenarse en ella, en casos especiales, otra forma de promulgación'.

Por lo tanto, sólo si existe perfecta coincidencia y sintonía entre el texto publicado con el texto aprobado, habrá obligatoriedad,

“puesto que, si no se publica lo aprobado, carecería de ese trámite esencial; y si, por la inversa, se publica lo no aprobado, carecería a su vez, de todos los otros trámites igualmente esenciales para elevar a categoría de leyes ese texto”

Atacando de modo indirecto el razonamiento del voto mayoritario, cuando este señaló que los defectos o problemas que se susciten cuando no se hubieran cumplido con los trámites dispuestos por la Constitución para la formación de las leyes, en cuanto estos quedarán a

“la facultad de interpretación que el Juez de la causa debe ejercitar en cada caso...”, el magistrado señor Fontecilla Varas una vez más fue tajante: “Que los tribunales facultados para aplicar la ley podrán precisar si se ha realizado o no el trámite de la promulgación o publicación en debida forma; pero cuando no se ha realizado en ciertos puntos, como sucede ahora, no les incumbe suplir ese trámite, tanto porque significaría abarcar atribuciones exclusivas de otros organismos, como porque el alcance directo y efectivo sería crear o dar por existente una ley que no ha llegado a ser promulgada o publicada como tal, pudiendo darse el caso, que la omisión haya sido deliberada por el tipógrafo, o sugerida a él por alguno de los legisladores”;

para terminar, señalando que, a pesar de que existen otros recursos procesales instaurados para corregir los errores jurídicos, cual sería el caso del recurso de casación en el fondo -por infracción al artículo 1° del Código Civil-, resuelve aceptar el recurso de inaplicabilidad interpuesto, tanto porque la Corte Suprema se ve compelida a abordar el problema, porque rechazarlo:

“importaría permitir se vulnerara la clara garantía constitucional ya estudiada y que motiva el recurso” ²⁰⁵ ²⁰⁶
(Nota: el subrayado en la última parte es nuestro).

205 Ibid., voto de minoría.

206 Este fallo de 7 de diciembre de 1935 contó con la opinión don Luis Claro Solar reflejada en su detallado estudio *La Promulgación y la Publicación de la ley y una sentencia de la Corte Suprema*, en la cual planteó lo equivocado de la tesis esgrimida por el máximo tribunal, no

tan sólo al negar lugar al recurso de inaplicabilidad interpuesto, sino en lo tocante a aspectos tan trascendentales como lo son la promulgación y la publicación de la ley.

Respecto a la publicación, señala en su artículo, que, efectivamente ni la Constitución ni el Código Civil emplean ese término, sino que se limitan a referirse sólo a la promulgación. Luego indica la atribución del Jefe de Estado en cuanto a la sanción y a la promulgación, “y hemos visto que, en otras disposiciones, se limita a decir que los proyectos aprobados por las Cámaras deben ser remitidos al Presidente de la República para su promulgación”. A su turno, al comentar lo expresado en el artículo 6° de nuestra ley común, señala que: “la ley no obliga sino en virtud de su promulgación por el Presidente de la República y después de transcurrido el tiempo necesario para que se tenga noticia de ella”, agregando que “la promulgación deberá hacerse en el periódico oficial; y la fecha de la promulgación será, para todos los efectos legales de ella, la fecha de dicho periódico”. (Nota del Autor: el artículo 6° en comento, vigente a la época del fallo y del estudio del señor Claro Solar, señalaba lo anterior; se reemplazó dicho precepto, por reforma del art. 1° de la Ley N° 9.400, de 6 de octubre de 1949, vigente hasta la fecha, y que dispone: “La ley no obliga sino una vez promulgada en conformidad a la Constitución Política del Estado y publicada de acuerdo con los preceptos que siguen”. A su vez, el artículo siguiente -el 7°-, también sufrió modificaciones por la misma ley a la que se ha hecho mención).

Cuando el Jefe de Estado dicta un decreto, en que se establece que el Congreso ha aprobado un proyecto, “expresa que lo ha sancionado o aprobado a su vez; y dispone que se promulgue (se publique) y lleve a efecto como Ley de la República. En esta misma fórmula en uso, se incurre en la misma confusión de promulgación por publicación. La publicación es sencillamente el medio empleado para hacer llegar la ley a conocimiento de todos los habitantes a fin de que sea cumplida por ellos: es la divulgación de la promulgación, divulgatio promulgationis. La promulgación es una orden de ejecución; por ella se atestigua la declaración de la autoridad soberana, la existencia de la ley y se fija su texto preciso...”. Prosiguió el articulista, dando el caso por vía hipotética de la situación que ocurriría si fuere promulgada una ley como tal, estando ella solamente aprobada por una rama del Parlamento, “aunque al promulgarla diga el Presidente de la República que el Congreso Nacional ha aprobado esa ley y que habiéndola él aceptado y sancionado, dispone su promulgación para que se cumpla” como tal. En opinión del reconocido gran civilista, es evidente en un caso como el expuesto, que “las variaciones que aparezcan en el ‘Diario Oficial’ con respecto a la ley realmente aprobada por ambas Cámaras, no puede estimarse como ley; y por lo tanto, no pueden ser obligatorias para los habitantes del país, ni pueden ser aplicadas por los Tribunales de Justicia sin faltar a la Constitución del Estado. Lo que debe promulgarse es el texto de la ley que ambas Cámaras aprobaron: si se altera el texto efectivamente aprobado por las Cámaras no ha sido promulgado constitucional y legalmente, y porque al texto que ha sido substituido al aprobado por una y otra Cámara, le falta precisamente esta aprobación para poder ser ley”.

Y refiriéndose directamente al voto mayoritario del Tribunal Supremo, en especial al considerando 8° ya transcrito, sostiene, parafraseando: “No acepta la Excma. Corte el criterio de la repugnancia a admitir, conclusión monstruosa, que el tipógrafo que cambió la a en o, pueda tener el poder de legislar; pero acepta la conclusión, no menos enorme, de que el error de imprenta pueda anular la legislación. El argumento es realmente ininteligible, porque si la Corte Suprema considera monstruosa la conclusión de que el tipógrafo pueda legislar cambiando en o la a del artículo 20 de la Ley 5.107, aprobado por ambas Cámaras, ¿cómo acepta el texto publicado hasta el punto de decir que ese artículo publicado con ese error tipográfico es una ‘clara manifestación de la voluntad soberana’ de sancionar con las indicadas penas (prisión en su grado medio, reclusión menor en su grado medio y multa que enumera el artículo 20 publicado en el ‘Diario Oficial’) las infracciones a la ley? ¿cómo puede decir el Tribunal Supremo que ese artículo 20, que contiene ese error tipográfico es una ‘manifestación de voluntad que cumple con todos y cada uno de los requisitos constitucionales’? ¿cómo puede llegar hasta decir ‘que es fuerza concluir que el mencionado artículo (el fabricado por el tipógrafo con el cambio de la a por una o y la supresión de la coma [L]) reúne los caracteres de una ley penal’?”. Y continúa desarrollando su idea, con una exclamación: “¡No se fija tampoco el Tribunal Supremo en que al aceptar el artículo 20 publicado como una verdadera ley penal, eso sólo da al tipógrafo el poder de legislar, admitiendo así esa conclusión monstruosa, sino que atribuye al tipógrafo que cometió el error de imprenta el poder

d. Inaplicabilidad contra artículo de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales. Otro caso que merece analizarse es la formulación de recurso de inaplicabilidad, promovido por el abogado don Daniel Schweitzer, solicitando -en la querrela de capítulos que promovió contra algunos Ministros de la Corte Suprema-, que fuera declarado inconstitucional el inciso 2° del artículo 159 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (hoy el Código Orgánico), por ser contrario a lo establecido en el artículo 84 de la Carta Política, porque aquella ley dispuso una excepción en favor de los miembros del máximo tribunal de la República, lo que equivale a una inmunidad total, sin que haya sido autorizado el legislador para excluir a ciertos jueces de la responsabilidad que preveía para todos ellos por igual. Siguió el recurrente señalando que debe aplicarse el principio de ética, cual

de anular la legislación, admitiendo así la otra conclusión, que califica de no menos enorme...!"

Nosotros aquí finalizamos la alusión a este artículo, no sin antes precisar los términos que él usa, para criticar una vez más la decisión tomada por el máximo tribunal de la Nación, en torno al papel que debe desempeñar frente a la facultad dada por los Constituyentes de 1925, en cuanto al poder de declaración de inaplicabilidad de la ley. Por ello, pone de relieve lo que nosotros nos propusimos al enfrentar este trabajo, y bajos cuyas palabras, no pudo ser mejor expresado: *“al otorgar tal facultad a la Corte Suprema, la Constitución le confía una misión de grande interés y responsabilidad. La Corte Suprema no puede dejar de desempeñar esta misión, que es para ella, al mismo tiempo, un deber; porque si no la ejerce, la Constitución quedará violada y supeditada por la ley que contraría sus preceptos fundamentales y la responsabilidad del hecho recaerá sobre ella”*. Nota del Autor: los resaltados son los fieles del texto original, salvo los subrayados, lo cuales se han agregado para resaltar aún más la idea original del articulista. CLARO SOLAR, Luis, *La Promulgación y la Publicación de la ley y una sentencia de la Corte Suprema*. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1936, Tomo XXXIII, 1° Parte, Sección Derecho, págs. 77 a 99.

También al respecto, y en la misma publicación, don Luis Claro Solar, para ahondar en su tesis, cita al autor francés León Duguit, que señala respecto de la posibilidad, increíblemente ocurrida en el país de origen del abogado europeo, el 25 de abril de 1908, cuando tuvo lugar la publicación en el Diario Oficial de Francia, una norma que sólo había sido votada por la Cámara, pero no por el Senado: *“desde luego, es cierto que el Presidente de la República está obligado a promulgar las leyes, es decir los textos votados como ley en términos idénticos por las dos Cámaras... La competencia del Presidente de la República para la promulgación se halla ligada en cuanto no puede promulgarse como ley, sino el texto que ha sido votado por las dos Cámaras. Un texto votado por una sola asamblea no es ley y por consiguiente no puede ser promulgado como tal. Podría producirse en caso de un golpe de Estado; pero entonces el Presidente de la República se coloca fuera del derecho y el jurista no tiene más que decir: Se puede suponer que por error sea promulgado como ley un texto que, en el hecho, no ha sido votado, sino por una sola de las Cámaras. Incontestablemente no hay ley”*. Pero en la parte que nos ocupa por nuestro trabajo, debemos resolver si los Tribunales de Justicia *“pueden rehusar aplicar un texto que ha sido promulgado como ley en el ‘Diario Oficial’ y si, de oficio, o por petición de las partes, pueden establecer que, aunque promulgado como ley, el texto no ha sido votado por las dos Cámaras, y en consecuencia, rehusar aplicarlo”*. Para el autor francés, la respuesta es categórica: *“Yo no vacilo en dar una respuesta afirmativa [...], un texto que no ha sido votado por las dos Cámaras, y que a pesar de esto es promulgado, no existe constitucionalmente como ley. Los Tribunales, ligados como se hallan por la Constitución, no pueden, por lo mismo, aplicarlo”*. DUGUIT, León, *Traité de droit constitutionnel*, Tomo IV, 2° edición, pág. 681.

debe primar siempre en una sociedad republicana y democrática, trayendo responsabilidad a todas las personas que se desempeñen en la función pública, y mientras más alta sea la función, más rigurosa la responsabilidad. La Corte, después de oír al Fiscal, con fecha 10 de octubre de 1932, rechaza la acción deducida, entre otras consideraciones por la contenida en su punto 7°:

*“Que el citado artículo 159 no desconoce que los miembros de la Corte Suprema puedan ser responsables de los delitos a que se refiere el artículo 84 [de la Constitución] y sólo se limita a consignar por escrito lo que fluía de la propia organización general de los Tribunales: legalmente hablando, no es sostenible que en las resoluciones de la Corte Suprema pueda infringirse la ley y, en consecuencia, que llegue a producirse la denegación o torcida administración de justicia o alterarse las reglas de procedimiento, por cuanto no existe tribunal que pudiera resolver el posible error y dijera la verdad; de allí que se acepte como necesaria esa infalibilidad convencional de tales jueces y deban reputarse, de derecho, sus resoluciones conformes a la ley”. Luego arguye, que “no se está en presencia de una exención de responsabilidad”, porque el legislador estaba expresamente facultado por la Constitución, “al decir ésta que la ley determinaría **los casos** de hacer efectiva esa responsabilidad”²⁰⁷*

Y, para sustentar aún más su tesis, cita la historia fidedigna del establecimiento de la ley, en el sentido de que ya desde la Constitución de 1833 (bajo cuya vigencia se dictó el mentado artículo 159 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales), el legislador ya había manifestado el alcance que quiso finalmente darle.

e. Sentencia que no consideró la resolución de inaplicabilidad. Recurso de casación en el fondo. Con fecha 18 de octubre de 1954, se interpuso recurso de casación en el fondo en contra de la decisión que fundó su decisión de rechazar una acción posesoria sobre denuncia de obra nueva instaurada por don Ernesto Toro, basándose los fallos de primera y segunda instancia en lo previsto en las Leyes números 3313 y 8080, que daban derecho al Fisco para tomar posesión del predio expropiado una vez practicado el avalúo de una denominada Comisión de “Hombres Buenos”. Pero el caso es que, en el juicio a que hacemos referencia, seguido ante uno de los Juzgados de Letras de Antofagasta, se había deducido recurso

207 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1932, Tomo XXX, 2° Parte, Sección 1°, pág. 76.

de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de ambas disposiciones, que, a la postre, constituyeron, norma *decisoria litis*. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique -confirmatoria de la del Juzgado-, fue pronunciada el 6 de mayo de 1954, y, elevada para su fallo de casación ante la Corte Suprema, se agregó copia -con fecha 13 de mayo del mismo año- de la resolución emanada de ella misma acogiendo la inaplicabilidad impetrada. Por tanto, el máximo tribunal decide hace lugar a la casación, no sin antes hacer mención que los

“artículos 775, 785 y 807 del Código de Procedimiento Civil, aquellos según los cuales, interpuesto el recurso, no puede hacerse en él variación de ningún género; el que limita la jurisdicción de la Corte Suprema, al dictar sentencia de reemplazo, a los hechos tales como se han dado por establecidos en el fallo recurrido...”,

para acto seguido continuar resolviendo que, a pesar de la claridad de dichos postulados del Código de Enjuiciamiento, en el caso de autos -en sede de casación-:

“el tribunal no puede desentenderse de la resolución dictada por la propia Corte Suprema”,

arguyendo además que, a la luz de lo prescrito por la Constitución Política, se le permite efectuar la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad,

“declaración que, por lo demás, también habría estado facultada para hacerla de oficio [...], porque de no estimarse así resultaría inoperante, carente de todo contenido real y efectivo, el fallo dictado por este Tribunal Supremo”

Por lo tanto, si los fallos de primera y segunda instancia tuvieron en cuenta para negar la acción posesoria especial, los preceptos declarados por el máximo tribunal como inconstitucionales,

*“(10°) ... es fuerza reconocer que el fallo descansa en un estatuto legal que no era pertinente”*²⁰⁸,

208 Además, la Sala de la Corte Suprema, expresa: “4°) *Que los jueces de la instancia carecen de facultad para avocarse al estudio y resolución del problema relativo a la inaplicabilidad de las leyes, por ser contrarias a la Constitución, puesto que dicho Estatuto, en su artículo 86, reserva en forma exclusiva a la Corte Suprema [esa] atribución*”. Mayoría de los Ministros señores Rafael Fontecilla, Octavio del Real, Manuel Montero, Ramiro Méndez Brañas y Eduardo Varas Videla, además del Abogado Integrante don Ramón Contreras. El disidente señor Silva, quien estuvo por desechar el recurso de casación, había hecho indicación previa -la que fue rechazada- en orden a declarar inaplicable para este caso particular los artículos de las leyes en disputa. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1954, Tomo LI, 2° Parte, Sección 1°, pág. 503.

habiéndose hecho una falsa aplicación de esas leyes que resultaron decisivas para resolver el juicio, y, dictando a continuación sentencia de reemplazo, acogió en definitiva la acción de denuncia de obra nueva.

El fallo se adoptó con el voto en contra del Ministro don Pedro Silva, quien estimó que los sentenciadores al dar aplicación a las Leyes números 3313 y 8080, actuaron correctamente, porque en estricto rigor:

“no pudieron prescindir”²⁰⁹ de ellas,

al no poder tener noticias oportunas del mentado recurso de inaplicabilidad.

f. Sentencias pronunciadas a propósito de la Ley N° 8987, sobre Defensa Permanente de la Democracia. Nos corresponde analizar ahora, tanto por su importancia histórica como por su trascendencia jurídica, los fallos expedidos -como es natural el de inaplicabilidad, entre otros-, en torno a la Ley N° 8.987, de 3 de septiembre de 1948, que lleva como es sabido, la firma del Presidente de la República don Gabriel González Videla, y que modificara la N° 6.026 sobre Seguridad Interior del Estado. En primer lugar, el artículo 1° de la citada ley señaló:

“Se prohíbe la existencia, organización, acción y propaganda, de palabra, por escrito o por cualquier otro medio, del Partido Comunista, y, en general, de toda asociación, entidad, partido, facción o movimiento, que persiga la implantación en la República de un régimen opuesto a la democracia o que atente contra la soberanía del país. Sólo se tendrán como regímenes opuestos a la democracia los que, por doctrina o de hecho, aspiren a implantar un Gobierno totalitario o de tiranía, que suprima las libertades y derechos inalienables de las minorías y, en general, de la persona humana”²¹⁰

En base a toda la significancia que produjo, analizaremos primeramente el recurso de inaplicabilidad interpuesto por el abogado don René Frías Ojeda, -en ejercicio de la acción popular de que se hiciera uso por la Ley sobre Registros Electorales, en el juicio criminal iniciado por querrela de éste en contra del Director del Registro Electoral, por cancelación indebida de inscripciones electorales-, y que se dedujera en contra de las disposiciones de los artículos 39 N° 6°, 42, 46 N° 5° y 2° transitorio de la Ley 8987, cuyo

209 Ibid., voto de minoría.

210 La disposición fue publicada en el Diario Oficial el 3 de septiembre de 1948, y lleva la firma además del Ministro del Interior Immanuel Holger Torres.

texto fue fijado por Decreto Supremo N° 5839, de 30 de septiembre de 1948, y cuyo proceso estuvo a cargo en primera instancia en manos del Ministro de la Corte de Apelaciones de la capital, don José Miguel Alzérrecá.

Los tres primeros preceptos antedichos prohibieron la inscripción en los Registros Electorales a las personas que pertenecieran a las asociaciones, entidades, partidos, facciones o movimientos ya descritos en el artículo 1° transcrito; mientras que el artículo transitorio de la mencionada ley, había establecido que dentro del plazo de cien días, a contar desde su vigencia, el Director del Registro Electoral procedería a cancelar las inscripciones en los Registros de los actuales miembros del Partido Comunista de Chile y de las asociaciones, entidades, partidos, facciones o movimientos a que se ha hecho referencia. El mismo precepto señaló un procedimiento a que debía atenerse dicho funcionario, así como la eventual reclamación correspondiente ante el Tribunal Calificador de Elecciones, determinando la forma de su substanciación y fallo.

El señor Frías Ojeda, sostuvo que todas estas disposiciones vulneraban la Constitución Política en sus artículos 1°, 2° (que versaba sobre los principios de gobierno republicano y democrático representativo); 7°, 8°, 9° (sobre derechos ciudadanos); 10° números 1° y 2°; 80; 81; 82; y 83 (sobre atribuciones del Poder Judicial), y por consiguiente, solicitó a la Corte Suprema que los declarara inaplicables en el juicio que mantenía contra el Director del Registro Electoral, para evitar a su entender, la indebida aplicación de esos preceptos, según rezó un extensísimo escrito²¹¹. Dijo -entre otras cosas-, que desde el año 1925, tiene la Corte Suprema

211 El escrito del recurso de inaplicabilidad, hace un análisis histórico de los términos “inhabilidad moral”, contenidos en la Constitución de 1833, e “inhabilidad mental”, de la Carta de 1925, que suspendían a un ciudadano del ejercicio del derecho a sufragio, para arribar a la conclusión -citando entre otros a don Alcibíades Roldán-, quien precisamente se refirió a ellas, cuando, a su juicio, es constitucional la exclusión de los eclesiásticos regulares porque están sometidos a voto solemne de obediencia, incurriendo en causal de suspensión de la ciudadanía consistente en “ineptitud moral que impida obrar libre y reflexivamente”. Recordado lo anterior, René Frías señala: “*Es inconcuso que el señor Roldán actualmente opinaría lo contrario, ya que la reforma de 1925 reemplazó la palabra ‘moral’ por ‘mental’*”. También a propósito de lo mismo, trajo a colación lo expresado por don Jorge Huneeus, cuando éste señaló que “la ley no podía excluir del derecho de sufragio a aquellos que no excluye expresamente la Constitución”.

Cita asimismo en abono de sus argumentaciones, al antiguo profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile y de la Universidad Católica, don Carlos Estévez -presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales del entonces Partido Conservador- quien dijo del Proyecto de Ley presentado: “*la Comisión, en primer lugar, estudió la posibilidad de cancelar las inscripciones de los comunistas en los registros electorales y llegó a la conclusión de que ello es imposible dentro del régimen constitucional vigente. En efecto, es principio fundamental de Derecho Público que las autoridades sólo pueden hacer lo que les está permitido por la Constitución y las leyes; al revés de lo que ocurre en Derecho Privado, conforme al cual los ciudadanos pueden hacer todo lo que la Constitución y las leyes no le prohíban. En consecuencia, puesto que la Constitución establece en sus artículos 7°, 8°*

una facultad de que antes carecía y que consiste en declarar inaplicable un precepto legal cuando sea contrario a la Ley Fundamental, y, para “realizar esta tarea (ella) no tiene otra función que la de comparar el texto de la Constitución con el texto de la ley que se supone inconstitucional. No (pudiendo) recurrir al espíritu del legislador, ni a principios de equidad, ni a normas de conveniencia pública, como sería el presente...”

En este escenario, y sin entrar en el enfoque político y social que envolvió la coyuntura en el país por aquellos años, aunque concordando con autores que han señalado a la obra de don Luis Trabucco Godoy, en su “Tesis sobre la ley 8987”, como el texto más completo sobre el tema, el máximo tribunal de justicia chileno diremos, se vio enfrentado ante uno de los dilemas cruciales más grandes de la vida jurídica de nuestra historia institucional, esto es, de darle o no legitimidad constitucional a la ley anotada, resistida por muchos y aplaudida por tantos otros.

El Fiscal don Urbano Marín, fue partidario de desechar el recurso en todas sus partes.

Pues bien -y por la unanimidad de sus miembros- la Corte Suprema de Justicia rechazó, con fecha 3 de febrero de 1949, en todas sus partes el recurso interpuesto. Revisemos ahora, parte de sus argumentaciones:

“...los citados preceptos de la Ley 8987 no se contraponen al régimen de Gobierno republicano y democrático representativo

y 9° quiénes tienen derecho a sufragio, por qué causales se suspende el ejercicio de este derecho y por cuáles otras se pierde el derecho del mismo, es evidente que las leyes no pueden dar derecho a sufragio a personas que no lo tengan en conformidad a la Constitución, ni quitárselos a quienes la Constitución se los otorga. Por lo mismo es también evidente que a los comunistas, por el sólo hecho de serlo, la ley no puede impedirles que se inscriban en los registros electorales, ni ordenar se les borre de ellos, ya que la Constitución no lo considera en ninguno de los tres artículos referidos”.

También alude a la opinión del Senador Horacio Walker, Presidente de la Comisión de Legislación y Justicia del Senado (y en tal calidad también miembro de las Comisiones Unidas que informaron el Proyecto de Ley del Ejecutivo): “... la exclusión de los miembros del Partido Comunista de los Registros Electorales y Municipales, hecha por un funcionario administrativo, constituye una violación de las disposiciones de los artículos 7° y 9° de nuestra Carta Fundamental, en cuanto significa quitarles o hacerles perder la calidad de ciudadanos con derecho a sufragio por medios distintos de los aceptados por la Constitución Política del Estado”. Y ahora, en nueva intervención del mismo Senador, pero esta vez una totalmente acorde con los objetivos del trabajo nuestro, y que por lo mismo destacaremos. Señala, al discutirse el artículo 2° transitorio -cuya inaplicabilidad también se solicitaba-: “... El principal argumento que han hecho valer varios Honorables Senadores consiste en los precedentes legislativos que existen en nuestro país. Quiero prescindir en esta ocasión, de la circunstancia de que, cuando se dictó la casi totalidad de las leyes a que se hace referencia, **no existía en Chile recurso de inaplicabilidad y, por lo tanto, podían dictarse todas las leyes inconstitucionales que se quisiera, sin exponerse a sanciones de ninguna especie. De modo que debemos encarar la cuestión no a la luz de la Constitución de 1833, sino a la luz de la reforma de 1925**”.*.

* Nota: las referencias a que hace alusión directa el abogado recurrente en su escrito ingresado a la Corte Suprema, en cuanto a las opiniones ya transcritas y otras que pueden leerse, pueden encontrarse en el libelo mismo, disponible en síntesis en el fallo que se estudia.

ni al principio de que la soberanía reside esencialmente en la Nación, la cual delega su ejercicio en las autoridades que la Constitución establece. En efecto, tales postulados no presuponen que todos los integrantes de la nacionalidad participen del derecho de sufragio, y las normas objetadas se contraen a señalar causales de inhabilidad de algunos ciudadanos para el ejercicio de aquel derecho. Tan cierto es que no existe contradicción entre dichas normas y los artículos 1° y 2° de la Constitución Política, que ésta misma señala los requisitos del derecho de sufragio (artículo 7°) y fija causales de suspensión y pérdida de la calidad de ciudadano con derecho a sufragio (artículos 8° y 9°), y nadie podría sostener que los artículos 7°, 8° y 9° están en pugna con los artículos 1° y 2° del Estatuto Fundamental” ²¹²

Nótese éste primer argumento de la Corte: si la misma Carta Política establece “requisitos” de los derechos mencionados, y ésta debe interpretarse en su totalidad, no puede inferirse que distintas disposiciones de un mismo cuerpo puedan catalogarse como contradictorias, por tanto, al establecer una ley -la 8987- otros requisitos, y estableciendo causales de suspensión y pérdida de los mismos derechos, sería coherente, al establecerlas para “*ciertos ciudadanos*” y no para “*todos*”, cuestión en éste último caso -se subentiende-, que sí estaría vedada dicha posibilidad para el legislador.

En cuanto a las violaciones de los artículos 80 a 83 de la Constitución, se adujo por el actor que el Director del Registro Electoral, al proceder a la cancelación de las inscripciones de las personas y entidades de que trata la Ley 8987, se habría constituido en “*tribunal de justicia*”. La Corte en cuanto a este punto, observa:

“La verdad es que la ley confió la cancelación de las inscripciones al funcionario indicado, porque éste tiene a su cargo la confección del Registro Electoral. Esta operación eliminatoria, simplemente material, no ha podido convertir a aquel funcionario en Tribunal de Justicia y la cancelación de las inscripciones no representa una condena de carácter penal, sino una medida del orden político-administrativo...” ²¹³

212 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1949, Tomo XLVI, 2° Parte, Sección 1°, pág. 618.

213 *Ibid.*

Concurrieron al acuerdo y fallo los Ministros señores Juan B. Ríos (presidente subrogante), Manuel Rivas, Humberto Bianchi, Alfredo Larenas, Luis Agüero, Rafael Fontecilla, Pedro Silva y los Abogados Integrantes señores Domingo Godoy y Alberto Cumming^{214 215}.

A pie de página del fallo mismo, aparece un Informe del Profesor de Derecho Constitucional don Rafael Raveau, quien, en síntesis, y con una “doctrina simplísima” como él mismo admite, anotó:

“...el legislador no podría votar una ley que expresara que tendrá derecho a sufragio el chileno que haya cumplido los dieciocho años de edad, o que no sepa leer y escribir; porque esto estaría en oposición al artículo 7° de la Constitución Política; como no podría votar una ley que estableciera la pérdida de la calidad de ciudadano con derecho a sufragio por haber sido condenada una persona a presidio o reclusión menor en sus grados mínimo o medio, porque esto sería contrario a lo prevenido por el artículo 9° de la Carta Fundamental.

“Tampoco podría votar el legislador ley alguna que contrariase las garantías constitucionales aseguradas a todos los habitantes del país por el artículo 10 de la Constitución Política.

*“Pero el legislador podrá votar cualquiera ley siempre que la Constitución no ofrezca **un texto expreso** que le sea oponible. ¿Hay en la Constitución algún texto expreso que haya prohibido al legislador votar la Ley de Defensa permanente a la Democracia, en cuanto por ella se prohíbe la inscripción*

214 Se acordó, después de desechada la indicación previa del Presidente (s) Juan B. Ríos, además de los Ministros señores, Larenas, Fontecilla y el Abogado Integrante señor Godoy, quienes estuvieron por declarar improcedente el recurso, en base a que en la especie, no puede sostenerse la existencia de un **juicio**, “puesto que todavía no había sido investigada la existencia del cuerpo del delito, que es el fundamento de todo juicio criminal”; así como también en base al siguiente razonamiento: “4°) Que, por otra parte, para que proceda un recurso de esta naturaleza se requiere que medie un juicio formalmente iniciado, porque de no ser así, bien podría gestarse un procedimiento sin base legal, con el sólo propósito de hacer recaer en él, un recurso de inaplicabilidad”.

215 Los magistrados señores Rivas, Bianchi y Agüero, no aceptaron algunos considerandos del fallo, y concurrieron, además -entre otros- con el siguiente: “Es del todo improcedente que, a petición del propio querellante, se pueda declarar inaplicable en el juicio iniciado por él, la ley que supone infringida por el querellado y por cuyo quebrantamiento lo acusa criminalmente en las dos últimas partes de la querrela. El recurso de inaplicabilidad a que se refiere el artículo 86 inciso 2° de la Constitución Política no tiene el alcance que parece atribuirle el recurrente, quien a renglón seguido de acusar a un funcionario por haber vulnerado una determinada prescripción legal, solicita a la Corte Suprema declare que ese precepto no tiene aplicación en el juicio que él ha iniciado y en el cual debe naturalmente, resolverse si se ha producido o no la infracción de dicha ley; hay en ello una contradicción que obsta a la aceptación del recurso en esta parte”.

en los Registros Electorales a las personas que pertenezcan a asociaciones, entidades, partidos o movimientos de que tratan los artículos 1° y 2° de la citada ley? No hay ningún texto expreso, al respecto, en la Constitución Política.

*“¿Hay en la Constitución Política algún texto que haya prohibido al legislador eliminar de la inscripción en los Registros Electorales a las personas a que se refiere la Ley sobre Defensa Permanente de la Democracia? Tampoco existe texto alguno al respecto en la Constitución.”*²¹⁶

f.1. Recurso de Amparo. Expulsión del país por haber violado la Ley N° 8987. Recurso de reclamación contra la medida impuesta por el Ejecutivo. Concordante con lo anterior, revisaremos primeramente a través de un recurso de amparo, cómo nuevamente los Tribunales de Justicia se vieron enfrentados a los postulados de la Ley N° 8987, de Defensa de la Democracia. El 1° de septiembre de 1953 se discutió dicha acción en favor de don Jacobo Rosenblum Wainster, a quien le afectó el Decreto N° 4055, expedido en su contra por el Ministro del Interior, y que dispuso el arresto y la expulsión del territorio nacional del referido extranjero. Ante la Corte de Apelaciones de Santiago, dicho Secretario de Estado expuso que el señor Rosenblum había sido sorprendido participando en actividades contrarias al régimen democrático, y dichas actividades lo habían sido al alero de las directrices del Partido Comunista, señalando que esas conductas partidistas importaban violación de las disposiciones de la nombrada ley, constituyendo un peligro para el Estado, por lo que era procedente su expulsión del país. Terminó diciendo que el decreto de arresto y expulsión -del cual tomó razón la Contraloría General de la República-, fue dictado por autoridad competente y con las formalidades legales, por lo cual el amparo interpuesto debía rechazarse.

La Corte de Apelaciones, en su considerando 3°, arguyó que es verdad:

“que el artículo 24 de la Ley de Defensa Permanente de la Democracia prohíbe la entrada al país a los extranjeros que profesan las doctrinas de que se trata el N° 3° del artículo 2° de dicha ley, o sea, a los que profesan doctrinas que tiendan a destruir por medio de la violencia el orden social o la organización jurídica y política de la Nación, y a los que sean miembros de asociaciones u organizaciones destinadas a su enseñanza y difusión”,

216 Ibid., a pie de página.

con lo cual, unido a que el artículo 26 del mismo cuerpo legal, faculta al Ministro del Interior para expulsar, previo arresto, a los extranjeros que no satisfacen las condiciones en que la autorización para entrar al país les fue concedida, rechaza por voto unánime la acción de *habeas corpus*. Aparece la firma de los Ministros señores Eduardo Varas Videla y Santiago Elgueta, además del Abogado Integrante don Julio Zenteno ²¹⁷.

f.2. Recurso de Reclamación contra expulsión del territorio nacional.

A favor del mismo ciudadano, se dedujo otro recurso, el que se resolvió con la misma fecha del anterior. Reclamando del decreto de expulsión del territorio nacional que lo afectó, dictado por el Ministerio del Interior, basándose esta Secretaría de Estado en el precepto del artículo 26 de la Ley de Defensa de la Democracia.

La Corte Suprema, dio vista al Fiscal del Tribunal, para que expidiera un informe sobre el recurso de reclamación interpuesto.

Después de dar cuenta de lo expresado por la recurrente -señora del expulsado- y del informe del Ministro del Ramo que se acompañó, donde se relatan -a juicio de esa Secretaría de Estado- las acciones prohibidas en que habría incurrido el señor Rosenblum en contra de la Seguridad del Estado, hace una distinción muy precisa, en el sentido de que la medida adoptada, lo fue en virtud de la Ley N° 8.987 -y no por las disposiciones de la Ley N° 3.446 que la recurrente mencionó-. El primer cuerpo legal, no facultaba interponer ante la Corte Suprema el reclamo deducido. El Gobierno señaló, por tanto, que así ha debido estimarlo la propia reclamante, que por el mismo hecho había interpuesto un recurso de amparo, como acabamos de ver.

El señor Fiscal don Urbano Marín, señala que si las medidas adoptadas por el Ministerio del Interior en contra del referido ciudadano extranjero, consistentes en su arresto por el Servicio de Investigaciones y su expulsión sin más trámite del territorio nacional, lo hubieran sido con arreglo a la Ley N° 3.466, resultaría incuestionable que sería procedente el reclamo interpuesto, porque:

“En primer lugar, la expulsión no habría sido ordenada por el Intendente de la Provincia de Santiago, sino por el Gobierno, contraviniéndose así lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley

²¹⁷ Se recurrió a la Corte Suprema, la que, en grado de apelación, confirmó también en forma unánime el rechazo de la acción de amparo deducida. Ministros señores Humberto Bianchi, Miguel Aylwin, Octavio del Real, Julio Espinoza, Ciro Salazar, Ramiro Méndez y el Abogado Integrante Domingo Godoy. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1953, Tomo L, 2° Parte, Sección 4°, pág. 145.

N° 3.446. En segundo término, no se habría ordenado el arraigo previo de Rosenblum, ni se habrían reservado a éste las correspondientes acciones judiciales, sino que se ha procedido a su arresto por el Servicio de Investigaciones, infringiéndose el precepto citado”

Por consiguiente, si se tratara de las disposiciones de esa ley, la medida adoptada no estaría justificada y procedería acoger el reclamo deducido:

“Pero el referido Decreto Supremo N° 4055, de 28 de julio último, no fue dictado en virtud de lo dispuesto en la Ley N° 3.446, sino en conformidad a lo prescrito en el artículo 26 del Decreto Supremo N° 5839, de 30 de septiembre de 1948, que fijó el texto refundido y coordinado de la Ley N° 8.987, y sobre esta circunstancia llama la atención de V. E. el señor Ministro del Interior en su informe, al expresar que la medida adoptada no lo ha sido en virtud de que se hayan aplicado a este ciudadano extranjero, que es un peligro para el Estado, las disposiciones de la Ley N° 3.446, sino en virtud de las facultades privativas otorgadas al Poder Ejecutivo por el artículo 26 de la Ley 8987, la que no faculta para interponer ante V. E. el reclamo deducido”

Para la Fiscalía de la Corte, lo anterior plantea al máximo tribunal de justicia un problema jurídico que debe examinar y resolver, y él se refiere a establecer si la Ley N° 3.446 se encuentra o no en vigencia, es decir, si prevalece o fue derogada por la Ley N° 6.026, de 12 de febrero de 1937 sobre Seguridad Interior del Estado, ya que versaron orgánicamente sobre situaciones casi idénticas:

*“...la Ley de Seguridad Interior del Estado derogó tácitamente los cinco primeros artículos de la Ley 3446. Con la dictación de aquella ley se produjo una derogación orgánica, parcial y tácita...”*²¹⁸

En mérito de lo expuesto, el Ministerio Público opinó que la Ley de Defensa Permanente de la Democracia no concede a los extranjeros afectados derechos a reclamar judicialmente de la medida en cuestión, ni otorga a la Corte Suprema jurisdicción alguna para rever la decisión que el Gobierno adopte al respecto. Es decir, se trata de una facultad concedida

²¹⁸ Informe de la Fiscalía de la Corte Suprema de Justicia. Aparece junto con la sentencia que falló el recurso de reclamación, inmediatamente después de la de amparo revisada, y que también fue decidida el 1° de septiembre de 1953. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1953, Tomo L, 2° Parte, Sección 4°, pág. 147.

en forma privativa al Poder Ejecutivo y que no se encuentra bajo control del Poder Judicial. Por lo tanto, es su opinión de que la Corte Suprema no tiene jurisdicción para resolver el reclamo interpuesto. Ante ello, el máximo tribunal, en votación unánime -conformado por los Ministros señores Humberto Bianchi, Octavio del Real, Julio Espinoza, Ciro Salazar, Ramiro Méndez y los Abogados Integrantes señores Domingo Godoy y Marcos Silva Bascuán-, señaló, que la reclamación presentada es distinta

“del recurso de amparo que otorga la Constitución y que también se dedujo y se funda en lo preceptuado sobre expulsión de extranjeros en la Ley N° 3446, cuyas disposiciones son antagónicas como lo establecido al respecto en la Ley sobre Defensa Permanente de la Democracia, por lo que se encuentran derogadas; de acuerdo con lo prevenido en el artículo 26 de esta última ley, y con lo dictaminado por el señor Fiscal, se declara improcedente el referido reclamo...” ²¹⁹

g. Recursos de Inaplicabilidad que afectaron a los artículos 2° y 3° de la Ley 16.640 sobre Reforma Agraria ²²⁰. En los días 4, 12 y 20 de enero de 1968, se resolvieron tres recursos de inaplicabilidad que versaron sobre el mismo punto, y que tienen referencia con el encabezado de este párrafo ²²¹. Podemos indicar la gran gama de situaciones que ellos abarcaron en su tacha de constitucionalidad: la función jurisdiccional, es decir, el rol de los tribunales de justicia; la interpretación oficial de una ley determinada; la expropiación propiamente tal; la reforma agraria impulsada por el Gobierno de la época; garantías constitucionales involucradas; circunstancias del momento, entre otros.

Dicho lo anterior, diremos que, en el primero de los recursos, don Vicente Álamos, por sí y en representación de sus menores hijos, lo presentó en el juicio N° 97, que siguieron contra la Corporación de la Reforma Agraria, ante el Tribunal de Expropiaciones Agrarias de la ciudad de Santiago, sobre reclamo de la procedencia de la expropiación de varias Hijuelas -que singularizó- de su fundo “El Paico”, como asimismo del monto de las indemnizaciones. Denunció como inconstitucionales la mayoría de los

219 Ibíd.

220 La Ley 16640 fue promulgada por S.E. el Presidente de la República don Eduardo Frei Montalva; aparece la firma además del Ministro de Agricultura don Hugo Trivelli Franzolini y del Subsecretario de esa cartera Carlos Figueroa S.

221 Recurso de Inaplicabilidad en contra de los artículos 2° y 3° transitorios de la Ley N° 16.640, interpuestos por don Vicente Álamos y otros, de 4 de enero; el de doña Violeta Grebe, de 12 de enero; y el de don Alberto Guzmán, de 20 del mismo mes, todos de 1968, y que tuvieron idéntica votación, como veremos más adelante.

incisos de los preceptos ya anotados de la Ley N° 16.640, de 28 de julio de 1967, sobre Reforma Agraria. Adujo siete causales de inconstitucionalidad, entre ellas, analizaremos las que contrariaban el *derecho de propiedad* y la *facultad de los tribunales de justicia de juzgar en forma exclusiva y excluyente las causas civiles y criminales*. En cuanto a esto último, el escrito señaló que al plantear ante el tribunal competente su reclamo, ese tribunal adquirió jurisdicción exclusiva para determinar si la expropiación era procedente y para señalar el monto de la indemnización que debía pagárseles. No obstante, el artículo 2° transitorio dispuso que las expropiaciones que no se encontrasen *perfeccionadas* a la fecha de su entrada en vigor, se regirían, en lo que respecta a la forma de determinar las indemnizaciones, por las normas establecidas en los capítulos IV y V de su Título II. En cuanto al artículo 3° transitorio de la misma ley, el recurso acusó que éste prescribía que también si, a la fecha de su vigencia se encontraba pendiente la expropiación de un predio agrícola efectuada en conformidad a la antigua Ley N° 15.020, y el tribunal diere lugar a la reclamación por la procedencia de la expropiación, el Consejo de la Corporación de la Reforma Agraria podrá acordar, por este solo hecho, una nueva expropiación sobre el predio, siempre que hubiese tomado posesión material de él y estuviese efectuando obras de reforma agraria ²²². Al señalar esa disposición, prosiguió el recurrente, la ley en comento ha entrado en colisión con la Carta Magna por violación flagrante al principio de la independencia del Poder Judicial, y una burla a las prerrogativas de los Tribunales de Justicia, como quedaría demostrado con la sola consideración de que la sentencia no podría cumplirse si la Corporación ya *hubiese tomado posesión del predio y ejecutado cualquier obra*. El recurso siguió aludiendo al artículo 10 de la Constitución Política: el principio de la igualdad ante la ley. El elemento discriminador, lo introduciría la ley al hacer el distingo entre las propiedades expropiadas antes de su promulgación y las que lo fueron con posterioridad a esa fecha,

222 El Artículo 3° transitorio preceptuaba lo siguiente:

“Si a la fecha de vigencia de la presente ley, se encontrare pendiente la expropiación de un predio rústico efectuado en conformidad a la ley N° 15.020 y al D.F.L. R.R.A. N° 9, de 1963, y el Tribunal diere lugar a la reclamación por la procedencia de la expropiación, el Consejo de la Corporación de la Reforma Agraria podrá acordar la expropiación total o parcial, si la Corporación de la Reforma Agraria ya hubiere tomado posesión material del predio en conformidad al artículo anterior y estuviere ejecutando en el predio trabajos u obras de reforma agraria.

Para los efectos del inciso anterior, declárense de utilidad pública e interés social los predios que se encuentran en esas circunstancias.

El monto de la indemnización se determinará en conformidad a las disposiciones del artículo 42°, siendo aplicables, además, las disposiciones del inciso segundo del artículo 43° y las del artículo 44°, todos de la presente ley.

La indemnización se pagará con un 10% al contado y el saldo en bonos de la Reforma Agraria de la clase ‘A’.”

tanto en lo que se refiere a la indemnización, como a la toma de posesión material de los predios expropiados. Terminó solicitando que se acogiese el recurso deducido y se declarasen inaplicables en el proceso mencionado los diversos preceptos de la Ley N° 16.640 sobre Reforma Agraria, los que se impugnaron por considerárseles contrarios a la Constitución.

Al contestar el traslado que le fuera conferido, la Corporación de la Reforma Agraria, representada por su Vicepresidente don Rafael Moreno Rojas ²²³, contestó, solicitando: 1°) Que se **rechazara** el recurso en la parte tocante al artículo 2° transitorio, por no ser este precepto contrario a los artículos 10 N° 1°, y 10, 11 y 80 de la Carta Fundamental; y 2°) Que fuera declarado **inadmisibile** en lo que se refiere al artículo 3° transitorio, en la parte que se le impugnan ser contrario a los artículos 10 N° 1 y 2, 11 y 80; y, en subsidio, que también fuera rechazado.

El máximo tribunal dio vista a la Fiscalía de la Corte, para que emitiera el informe respectivo. Sin duda constituyeron para el máximo tribunal de justicia estas sentencias recaídas en estos y otros recursos de inaplicabilidad similares, su oportunidad para pronunciarse sobre una ley con muchos adeptos y muchos detractores. Y que no sólo tendría resonancias para el Gobierno del Presidente don Eduardo Frei Montalva, quien la promulgó, sino también para quien lo sucedería en el cargo.

Cabe consignar que el Informe de la Fiscalía de la Corte, totalmente minucioso y pormenorizado, y que puede leerse íntegro junto con las sentencias que fueron publicadas, fue, a nuestro juicio, el que doctrinariamente dilucidó y resolvió el asunto controvertido en las alegaciones de inconstitucionalidad.

En cuanto a la causal de ambos artículos transitorios, por atentar contra el artículo 80 de la Constitución Política, el señor Fiscal don Urbano Marín Rojas, remitiéndose al Dictamen suyo emitido en otra causa, la de doña Violeta Grebe Decher (12 de enero de 1968) -idéntica a la que aquí tratamos-, señaló, refiriéndose a algunas sentencias del magistrado don Rafael Retamal López ²²⁴ -ya integrante en ese entonces de la Corte Suprema-, respecto de

223 Sobre esta materia, puede consultarse el Informe en Derecho elaborado por el profesor don Enrique Silva Cimma, el que fue solicitado por el señor vicepresidente Ejecutivo de la Corporación de Reforma Agraria. En la conclusión de dicho informe, el autor señala que, *“por las consideraciones hechas, de doctrina, de legislación positiva y jurisprudenciales, estimo: a) Que los artículos 2° y 3° transitorios de la Ley N° 16.640 no infringen los incisos 4° y 5° del artículo 10 N° 10 de la Constitución Política del Estado; y b) Que el artículo 2° transitorio de la ley citada no viola el artículo 12 de la Carta Fundamental”*. SILVA CIMMA, Enrique, *Sobre inaplicabilidad de los artículos 2° y 3° Transitorios de la Ley N° 16.640, de Reforma Agraria. Informe en Derecho*. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1968, Tomo LXV, 1° Parte, Sección Derecho, pág. 23.

224 El Ministro don Rafael Retamal López, integró el máximo tribunal del país entre los años 1966 y 1992, siendo su Presidente desde 1983 hasta 1988. Más adelante conoceremos más de su participación en otros interesantes procesos donde se dedujeron recursos de

la **Primera Causal de Inconstitucionalidad**, es decir, *inaplicabilidad de los artículos 2° y 3° transitorios de la Ley N° 16.640, tachados de atentar contra el precepto constitucional del artículo 80-*:

“como lo ha sustentado acertadamente el Ministro don Rafael Retamal en votos emitidos en numerosos fallos, el artículo 80 de la Constitución Política confiere la facultad de juzgar las causas civiles y criminales a los Tribunales establecidos por la ley y prohíbe al Presidente de la República y al Congreso Nacional ejercer funciones judiciales y avocarse causas pendientes, consagra, pues, la exclusividad del ejercicio de las funciones judiciales por los Tribunales establecidos por la ley. En conformidad a tal disposición, el Presidente de la República, no puede ejercer esas funciones, ni puede hacerlo tampoco el Congreso Nacional. El que estos Poderes estén inhibidos para avocarse causas pendientes, es una mera consecuencia del principio primordial que consagra, y no un principio nuevo y diverso”.

Por cierto, el artículo 80 -repetido en el actual art. 76, Capítulo VI-, lo que hace es prohibir a los Poderes Ejecutivo y Legislativo invadir la función de la magistratura judicial, ejercitándola ellos mismos,

“pero no les veda que la reglamenten por ley para que el Poder Judicial, -ya sea por medio de los Tribunales Ordinarios o de Tribunales Especiales- la ejerza. La organización y atribuciones de este Poder deben ser determinados por ley y sólo en virtud de leyes pueden hacerse innovaciones en tales asuntos, como lo estatuye el artículo 81 de la misma Carta Política”

La Fiscalía prosiguió señalando que los artículos 80 y 81 del Estatuto Fundamental lo que hacen -siempre en lo relativo al Poder Judicial-, es dejar en claro inequívocamente, que:

“el Presidente de la República y el Congreso no pueden confundirse con la ley, que es una de las formas de expresión de estos Poderes”,

porque en virtud del primero de los artículos mencionados, ya por medio de una decisión del Jefe de Estado, ya por medio de eventuales acuerdos del Congreso Nacional:

*“podrían (estos Poderes) atribuirse la facultad de juzgar causas civiles o criminales y de avocarse causas pendientes, para conocer de ellas y resolverlas”. Empero, mediante leyes, tales Poderes colegisladores “pueden aumentar o disminuir las atribuciones del Poder Judicial y aún establecer otros tribunales diferentes de los actuales para juzgar ciertas y determinadas causas...”, porque “la ley no está considerada en el artículo 80 de la Carta Fundamental como impedida para modificar las atribuciones de los Tribunales, para alterar la competencia de los mismos, para restar facultades a los actuales Tribunales y para asignarlas a otros...”*²²⁵

Respecto específicamente de la constitucionalidad del artículo 2° transitorio de la Ley N° 16.640, el dictamen repasa detenidamente el estudio de que fue objeto y su extensa discusión en toda su etapa legislativa. Refiere que algunos Senadores formularon indicación para que la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara Alta **se pronunciara acerca de su constitucionalidad**. La petición fue aceptada por la Sala y enviada entonces a la Comisión reseñada.

*“Se pronunciaron por la constitucionalidad del precepto los Senadores señores Tomás Chadwick, Tomás Pablo y Volodia Teitelboim, y en contra los Senadores señores Raúl Julliet y Sergio Sepúlveda (y) sometido a votación el Informe (de la Comisión), fue aprobado por el Senado por 10 votos contra 7 y 4 pareos...”*²²⁶,

225 En este punto el señor Fiscal de la Corte Suprema, hace alusión directa a la sentencia pronunciada por el máximo tribunal el día 1° de julio de 1937 -que, aún sin tener en vista el aspecto constitucional que se viera envuelto-, y dirimiendo una *contienda de competencia* entre dos Cortes de Apelaciones, la de Concepción y la de Temuco, dijo lo que a continuación sigue: a ésta última Corte, la Ley N° 5.992 le encomendó ejercer la superioridad jerárquica de los Juzgados de la Provincia de Malleco, que se encontraban bajo la dependencia del Tribunal de Alzada penquista. Para el Excmo. Tribunal, lo que ha hecho el legislador al dictar la ley citada, es manifestar en forma inequívoca su voluntad de sustraer los procesos de la autoridad que sobre ellos ejercía la Corte de Concepción, porque, entre otras cosas, cuando se altera la jurisdicción de un Tribunal, “debe suponerse que lo guía el propósito de hacer más expedita la administración de justicia, procurando que desaparezcan los defectos de organización que antes existían, y no puede ser lo mismo pretenderse que una ley destinada a llenar ese objetivo, atente o menoscabe derechos adquiridos por los litigantes. Que el precepto del artículo 193 de la Ley sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales, no puede impedir la retroactividad de la Ley N° 5.992, esto es, su aplicación a los juicios iniciados con anterioridad y en curso, porque no comprende en sus disposiciones a la ley, o sea, a la voluntad del propio legislador manifestada en un sentido distinto”. Termina diciendo la Fiscalía, que lo anterior refleja que los Tribunales pueden avocarse causas pendientes ante otros Tribunales, si la ley los autoriza, sin que por ello se quebrante la Constitución. Este fallo traído a colación puede encontrarse en *Revista de Ciencias Penales*, Año III, N° 16-17, pág. 385.

226 *Ibíd.*

de lo que resultó que dicho precepto se estimó por esa Corporación como no contrario a las facultades del Poder Judicial contenidas en el artículo 80 de la Constitución Política. Para la minoría de parlamentarios, sin lugar a dudas lo que se encuentra prohibido en forma expresa es que el Congreso pueda dictar leyes que entrapen las facultades de los Tribunales de Justicia, siendo el artículo transitorio en cuestión, el ejemplo típico de una ley que entorpece las atribuciones exclusivas del Poder Judicial.

También menciona el Fiscal las opiniones de los juristas señores Alejandro Silva Bascuñán y Jorge Guzmán Dinator, quienes detallaron -aunque de manera separada- las expresiones contenidas en el ya tantas veces citado artículo 80. En síntesis, los especialistas señalaron: que lo prohibido al Ejecutivo y al Legislativo es lo siguiente: a) “*ejercer funciones judiciales*” -específicamente juzgar las causas civiles o criminales-; b) “*avocarse causas pendientes*” -esto es, pasar a conocerlas sin tener para ello atribuciones-; y c) “*revivir procesos fenecidos*” -o sea abrirlos después de haber sido fallados por sentencia de término- (Silva Bascuñán). Mientras que el señor Guzmán Dinator fue enfático al formular la siguiente idea: que si bien lo establecido por la Carta Fundamental es una regla general, contiene numerosas excepciones en el propio texto de la Constitución y también fuera de ella, además de, como lo expresan muchos comentaristas, tiene algo de redundancia. En cuanto al término “*avocar*”, expresa que los procesalistas estiman que significa técnicamente “traer para sí de propia autoridad una causa para decidirla”, lo que también coincide con el Diccionario de la Lengua.

Segunda Causal de Inconstitucionalidad. Inaplicabilidad de los artículos 2º y 3º transitorios, por violación del N° 1 del artículo 10 de la Constitución Política. “Igualdad ante la ley”. Los recurrentes justificaron su aserto en este punto, haciendo un paralelo entre los preceptos transitorios mencionados y los permanentes de dicha ley, que legislan de manera y con alcance distintos para individuos que se encuentran en una misma situación, como son los propietarios de predios rústicos abandonados o mal explotados. A todos los propietarios referidos, cuyos predios no excedan de 80 hectáreas de riego básicas y mantengan esta superficie desde una fecha determinada -el 4 de noviembre de 1964-, el artículo 4º (permanente) de la ley les declara inexpropiables sus predios durante tres (3) años contados desde el 1º de mayo siguiente a la fecha de su publicación. En cambio -explicó el recurrente-, el artículo 3º transitorio, lo que hace es declarar *anticipadamente expropiables* sus predios a los propietarios de predios rústicos de cualquier superficie -entre los que obviamente están los de menos de 80 hectáreas de riego básicos, abandonados o mal explotados regidos por la anterior

legislación sobre el particular: la Ley N° 15.020, a quienes ya se les había expropiado-, por el mero hecho de haber reclamado de la procedencia de la expropiación y de obtener sentencia favorable en el juicio.

El Fiscal, en respuesta a esta segunda causal de inaplicabilidad, expresó, repasando la historia constitucional del artículo denunciado como infringido:

“La actual disposición del N° 1° del artículo 10 de la Carta Política viene desde la Constitución de 1833, pero en ella figura en dos preceptos. El artículo 10 (12) N° 1°, incluido dentro del Capítulo IV, ‘Derecho Público de Chile’, establecía: ‘La Constitución asegura a todos los habitantes de la República: 1° La igualdad ante la ley. En Chile no hay clase privilegiada’. Y el artículo 123 (132), comprendido en el Capítulo IX, ‘de las Garantías de la Seguridad y Propiedad’, estatúa: ‘En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio, queda libre. No puede hacerse este tráfico por chilenos. El extranjero que lo hiciere, no puede habitar en Chile, ni nacionalizarse en la República.

“La Constitución reformada de 1925 refundió ambas disposiciones en el artículo 10 N° 1° que figura dentro del Capítulo III, ‘Garantías Constitucionales’.

*“De lo aceptado por la doctrina y por la jurisprudencia del Excmo. Tribunal, acerca de la igualdad ante la ley, resulta: 1) La igualdad ante la ley ampara bienes jurídicos y valores humanos de carácter político-social, y no patrimoniales; 2) La igualdad ante la ley impide establecer estatutos legales diferentes, atendiendo razones de raza, condición, estirpe, religión, creencias, ideologías, talento y otros atributos estrictamente particulares; 3) La igualdad ante la ley no impide al Legislador contemplar las circunstancias especiales que pueden afectar a ciertos sectores y otorgar o reconocer tratamientos diferentes de los que gozan otros, siempre que las normas obliguen a todos los que están **dentro** de esos grupos. Las normas legales deben tener cierta **generalidad**, aunque ella sea **relativa**, en contraposición a su individualidad”²²⁷*

El representante de la Corporación de la Reforma Agraria, en su escrito de respuesta, formuló las siguientes observaciones: una de ellas, fue la cita a don Alejandro Silva Bascuñán en su Tratado de Derecho Constitucional (Tomo I, página 210), cuando precisamente se refiere a la *igualdad ante la ley*;

227 Ibid.

y la otra, a una sentencia emanada del mismo máximo tribunal de justicia, cuando le tocó conocer un recurso de inaplicabilidad en contra del inciso 2° del artículo 75 de la Ley N° 16.250, que estableció un estatuto diferente para diversos grupos de contratistas de la entonces Corporación de la Vivienda (CORVI). En ella, la Corte Suprema reconocía la constitucionalidad de ese precepto frente al N° 1° del artículo 10 de la Carta Fundamental²²⁸. Para la Fiscalía, lo que se desprende de la simple lectura de la disposición transitoria atacada como inconstitucional, es que ella constituye una *disposición general*, con un procedimiento respecto de *todos* los juicios que se hallen en la misma circunstancia contemplada por el legislador, de manera que no podría sostenerse realmente que esos incisos vulneraran la norma constitucional²²⁹.

En concepto de la Fiscalía, y de acuerdo con lo expresado, en especial de las conclusiones sentadas por el máximo tribunal en su fallo -el que citó-, fue del parecer que tampoco en esta parte, el recurso de inaplicabilidad podía prosperar.

Tercera Causal de Inconstitucionalidad. Inaplicabilidad del artículo 2° transitorio de la Ley N° 16.640 por vulnerar la garantía del N° 10 del artículo 10 de la Constitución Política²³⁰. El recurso estableció tres infracciones en este punto. Las dos primeras tuvieron que ver con las indemnizaciones

228 La sentencia en comento es de 3 de julio de 1967, y fue aludida por la recurrida Corporación de Reforma Agraria. Los considerandos 7° y los que siguen, fueron extraídos de la propia argumentación al Fiscal en la sentencia que comentamos: “*Que, si bien el inciso 2° del artículo 75 de la Ley 16.250 establece un estatuto diferente para los contratistas que pactaron cláusulas de reajuste con el propietario de la obra y que, en la misma disposición, se contempla diverso trato para los contratistas que no tenían tal cláusula, todo ello se ha generado dentro de la libertad de contratación en que unos y otros estaban en una condición igualmente legítima para el legislador y éste se limitó a aplicar un sistema para todos los contratistas que pactaron cláusulas de reajustes y otro sistema para aquellos que no lo convinieron; 8°) Que así queda en claro que no ha existido una discriminación prohibida por la Constitución sino que ha ejercido la legítima facultad del legislador para regular situaciones socio-económicas de diversos y determinados grupos de individuos; 9°) Que la justicia o injusticia que las partes creen ver en el precepto no es algo que se relacione con su constitucionalidad o inconstitucionalidad, puesto que el legislador lo dictó en uso de su facultad, por lo que fuerza es concluir que el precepto impugnado no contraviene la norma básica del N° 1° del artículo 10 de la Constitución Política*” (Nota: el subrayado es nuestro).

229 Los incisos correspondientes -4°, 5° y 6°- del artículo 2° transitorio-, señalaron específicamente que se facultaba al expropiador (en este caso la Corporación de la Reforma Agraria), para tomar posesión material del predio expropiado, previa consignación de la parte al contado de la indemnización, estableciendo ante qué Tribunal se debía ésta efectuar. El inciso 5° a su turno, señaló que, para los efectos de la consignación, la entidad expropiadora debía efectuar una determinación provisional de la indemnización, teniendo en cuenta el avalúo fiscal vigente y tasando las mejoras no contenidas en él; y el inciso 6° estableció que, en caso de oposición a la toma de posesión material, el Tribunal debía decretar la fuerza pública, a requerimiento de la Corporación.

230 El artículo 10, N° 10 de la Constitución Política de 1925 corresponde al artículo 19 N° 24 de la Carta de 1980.

propiamente tales que debían pagarse, en cuanto a su avalúo, es decir, a lo que comprendía; y la otra en cuanto al pago: del 1% al contado de la misma, y el saldo, a 30 años plazo. Nos remitiremos a la última que denunciaba que, al expropiador se le facultaba para tomar posesión material del inmueble, aunque se encontrase pendiente el juicio sobre la procedencia misma de la expropiación o reclamo de la indemnización, obligando al tribunal de la causa a ordenar la entrega con auxilio de la fuerza pública, sin más requisito que la consignación del 1% de la indemnización determinada unilateralmente por la misma entidad expropiadora.

La modificación efectuada al artículo 10 N° 10 de la Constitución Política, efectuada por el artículo único de la Ley de Reforma N° 16.615 (de 2 de enero de 1967) ²³¹ que innovó sobre el particular, había introducido lo siguiente:

“La ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos” ²³²

231 Puede consultarse el estudio sobre la Ley 16.615 de 20 de enero de 1967, modificatoria de la Constitución Política del Estado, su historia fidedigna, contenido y análisis de la Reforma. Su autor fue profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de Chile, y Subsecretario de Justicia durante la generación de la mentada Ley 16.615. EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Estatuto Constitucional del derecho de propiedad en Chile*, Editorial Jurídica de Chile, año 1967, 439 páginas.

232 Al discutirse los presentes y posteriormente otros recursos de inaplicabilidad que se ventilaban ante la Corte Suprema, por presunta infracción de constitucionalidad de la mencionada Ley 16.640, ya se encontraba a su turno vigente la Ley N° 16.615 de 20 de enero de 1967 que reformó, como ya se dijo, el artículo 10 N° 10 de la CPE de 1925. El texto íntegro es el siguiente, el que se transcribe para su global conocimiento:

“Artículo 10.- La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

10.- El derecho de propiedad en sus diversas especies.

La ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes.

Cuando el interés de la comunidad nacional lo exijan, la ley podrá reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país. Propenderá, asimismo, a la conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar.

Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés social, calificada por el legislador. El expropiado tendrá siempre derecho a indemnización cuyo monto y condiciones de pago se determinarán equitativamente tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados. La ley determinará las normas para fijar la indemnización, el tribunal que conozca de

En cuanto a este último capítulo si, en su texto vigente -antes de la promulgación de la Ley N° 16.615-, la Carta Fundamental consultaba una prohibición indirecta, en cuanto atañe al derecho de propiedad, donde se le prohibía al legislador el dictar leyes retroactivas, don Urbano Marín señala:

“Siempre ha sostenido esta Fiscalía, a través de innumerables dictámenes, que para saber si una ley es retroactiva en cuanto al derecho de propiedad, hay que determinar si ella lesiona intereses que para sus titulares constituyen derechos adquiridos en virtud de la ley antigua. Se entiende por derechos adquiridos aquellos que son consecuencia de un hecho apto para producirlo bajo la ley vigente al tiempo en que el derecho se ha realizado y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona, sin que importe la circunstancia de que la ocasión de hacerlo valer se presente en una época ulterior, en que esté rigiendo otra ley. Los derechos adquiridos ingresan de una manera definitiva, permanente e inmutable, al patrimonio de su titular y pasan a integrarlo, y la ley nueva no puede amagarlos, menoscabarlos o desconocerlos, sin vulnerar la ya expresada garantía constitucional...”, y termina: “de modo que no puede pretenderse que, con ulterioridad a la dictación de la Ley N° 16.615 [...] puedan dictarse leyes retroactivas con respecto al derecho de propiedad, que lesionen, menoscaben o desconozcan los derechos adquiridos en la parte substancial de los mismos. Esclarecido y asentado lo anterior, cabe observar que los intereses invocados por el recurrente y que estima violados por los incisos 1°, 2°, letra a), 4°, 5° y 6°

las reclamaciones sobre su monto, el que en todo caso fallará conforme a derecho, la forma de extinguir esta obligación, y las oportunidades y modo en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado.

Cuando se trate de expropiación de predios rústicos, la indemnización será equivalente al avalúo vigente para los efectos de la contribución territorial, más el valor de las mejoras que no estuvieren comprendidas en dicho avalúo, y podrá pagarse con una parte al contado y el saldo en cuotas en un plazo no superior a treinta años, todo ello en la forma y condiciones que la ley determine.

La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y sólo tendrán derecho a la indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción. La pequeña propiedad rústica trabajada por su dueño y la vivienda habitada por su propietario no podrán ser expropiadas sin previo pago de indemnización”.

Firma S.E. don Eduardo Frei Montalva y el Ministro de Justicia don Pedro Jesús Rodríguez, además del Subsecretario de la cartera Alejandro González Poblete.

del artículo 2° transitorio de la Ley N° 16.640, no constituyen, en realidad, derechos adquiridos ya incorporados al patrimonio de sus mandantes, sino meras expectativas emanadas de una expropiación pendiente y que no estaba perfeccionada a la fecha en que entraron en vigencia esas disposiciones de la mencionada Ley 16.640. Por otra parte, algunos de los pretendidos derechos aducidos por el recurrente se refieren a la competencia de los Tribunales y a normas procesales aplicables a los juicios de expropiación, o sea, a preceptos de orden público [...] que deben prevalecer sobre el interés particular de los litigantes y que rigen in actum y no dan nacimiento a derechos adquiridos de orden patrimonial”²³³ (los subrayados son nuestros).

En consideración de lo anterior, don Urbano Marín opinó en el sentido que la Corte Suprema debía desechar en todas sus partes el recurso de inaplicabilidad, por cuanto consideró que los artículos 2° y 3° transitorios de la Ley N° 16.640 sobre Reforma Agraria, no eran contrarios a la Carta Política.

Fallo de la Corte Suprema de Justicia. Visto parte de las argumentaciones de las partes enfrentadas, además de lo dictaminado por el señor Fiscal de la Corte, pasemos a continuación a ver los detalles de la sentencia final del máximo tribunal sobre los recursos interpuestos a su conocimiento. Como se dijo principiando este capítulo, todos los recursos fueron decididos con idéntica votación, y ella resultó ser de siete votos por su rechazo contra cuatro por su acogimiento.

Por desestimarlos se inclinaron el Presidente del Tribunal don Osvaldo Illanes, además de los Ministros señores Manuel Montero, Ramiro Méndez, Eduardo Ortiz Sandoval, Rafael Retamal, Luis Maldonado y Juan Pomés, quienes partieron señalando entre sus principales considerandos, los que a continuación se transcriben -y de los cuales parece imposible no relacionarlos con las condiciones sociales, políticas y culturales de aquel momento histórico-, y que por cierto incluyen el principio de separación de la función del Poder Estatal:

“2°) Que la función jurisdiccional entregada con caracteres de exclusividad por el artículo 80 de la Carta Fundamental a los tribunales establecidos por la ley, inhibe al Presidente de la República y al Congreso de ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos. En su ejercicio, corresponde a los tribunales de justicia la

233 Ibid.

misión fundamental de hacer la interpretación oficial de la ley, fijando el espíritu de la legislación, adaptándola a las necesidades sociales y extendiendo su poder regulador a los problemas que surgen con posterioridad a su dictación, con el objeto de restablecer el equilibrio en los intereses de la sociedad, cuando éstos se ven violentados y también para prevenir dichas alteraciones”

Enseguida, delimitando en su considerando 6° la facultad que el Constituyente de 1925 le entregó al máximo tribunal de justicia de la República, en su artículo 86 inciso 2°, cuando quedó investido del poder de declarar inaplicable, para un caso concreto, cualquier precepto legal contrario a la Carta Política y que lesione derechos o garantías de los particulares:

“... no va más allá la jurisdicción del tribunal; y es obvio que sus atribuciones constitucionales no le permiten extenderse a los otros aspectos de la ley objetada y que no tienen cabida en su facultad”,

a pesar de que en el considerando anterior -el 5°- había hecho mención expresa que, al resolver la presente inaplicabilidad,

“se hace necesario considerar el presente recurso en su conjunto [...] y no sólo en su aspecto constitucional, que es el único sobre que corresponde pronunciarse a esta Corte Suprema, sino también en lo que se refiere a la injusticia, arbitrariedad u otros errores que en ella (Ley de Reforma Agraria) pudieren advertirse, o a la aplicación práctica que pudiere hacerse de los preceptos objetados”

Acto seguido, hace énfasis en las argumentaciones dadas por los recurrentes, las que tienen como eje central la garantía del derecho de propiedad, a pesar de la diversidad de aspectos que se presentan:

“y a este propósito es indispensable destacar las modificaciones introducidas por la Ley N° 16.615, de 20 de enero pasado, al artículo 10 N° 10 de la Constitución Política del Estado»

Por ello concuerda el voto de mayoría con la opinión sustentada por la Fiscalía en cuanto al rechazo del recurso en todas sus partes, no sin antes recordar, tal y como lo hiciera en su resolución de otros recursos de inaplicabilidad que aquí se han estudiado, en orden a la naturaleza jurídica de este:

“es extraordinario, y por lo mismo, de estricto derecho y su finalidad no es otra que la de resolver, en cada caso, si uno o varios preceptos legales son o no contrarios a la Constitución, finalidad que impide a este Tribunal, que es el llamado a conocer de él, pronunciarse acerca de la justicia o de las consecuencias que puedan producir las disposiciones de una ley, por duras e inconvenientes que parezcan, si ellas no contrarían las garantías que el Estatuto Fundamental asegura a todos los habitantes de la República, que es lo que, en sustancia, se persigue en el recurso de que se ha venido tratando” ²³⁴ ²³⁵

Mientras que por aceptar el recurso en lo relativo al artículo 3° transitorio de la Ley N° 16.640, estuvieron los Ministros señores Eduardo Varas, Enrique Urrutia, Israel Bórquez y Ricardo Martín, quienes fueron del parecer de declararlo inaplicable, acogéndolo en esta parte.

Por separado, el magistrado señor Varas Videla, haciendo hincapié en el artículo 80 de la Carta Fundamental, que es el que consagra la independencia del Poder Judicial, y, vinculándolo directamente a la interpretación hecha por sus colegas de mayoría, expresó que:

²³⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1968, Tomo LXV, 2° Parte, Sección 1°, las distintas sentencias: págs. 2 a 33; 45 a 78; y 78 a 88.

²³⁵ En prevención, el Presidente señor Illanes Benítez y los Ministros señores Retamal y Pomés, tuvieron además presente, respecto de la supuesta inaplicabilidad del artículo 3° transitorio de la Ley de Reforma Agraria, entre otras, las siguientes consideraciones para su rechazo: *“Es menester recordar que lo relativo a la competencia o atribuciones otorgadas a los tribunales, puede ampliarse, disminuirse, limitarse por una ley; esta ley, lo mismo que la de Reforma Agraria, es el orden público, y rige ‘in actum’.* De modo que, conforme a ese precepto, el legislador ha podido limitar los efectos de la resolución que niega lugar a la expropiación, y expropiar total y parcialmente el mismo predio a que se refiere la resolución, si se han reunido los requisitos especificados [...], la ley consideró un punto aún más esencial, propio de la expropiación, y declaró enfáticamente ‘de utilidad pública e interés social los predios que se encuentren en esas circunstancias’. **La reforma constitucional dejó a la ley determinar las normas para fijar la indemnización y las oportunidades y modo en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado. De lo expuesto se desprende que el legislador no se ha abocado causas pendientes; porque la función de la ley es regular situaciones de hecho de carácter general, decidiéndolas, pero no aplicando normas a los casos concretos. En seguida, en derecho público, la ley puede obrar con retroactividad, porque hay de por medio un interés colectivo. Y finalmente, la misma ley declaró de ‘utilidad pública e interés social los predios que se encuentren en esas circunstancias’.** Estas últimas son condiciones que pertenecen a la esencia de toda expropiación. Es inconcuso, por tanto, que la disposición que se analiza no invade la atribución jurisdiccional del Poder Judicial. Una ley emanada del Congreso dirigida a aumentar o limitar las facultades de los Tribunales, o reglar hechos mediante una norma objetiva, aunque le dé a esta retroacción, por ser de derecho público e interés social, no atenta contra la independencia de aquél Poder del Estado cuya función es sólo aplicar la Ley”. Finalizando, lanzan una argumentación por nosotros ya conocida: **“Si no se admitiera esta tesis los Tribunales de Justicia podrían, por el camino de la interpretación y aplicación de la ley, sustituir al Poder Legislativo en una tarea que le es exclusiva, conforme al artículo 4° de la Constitución Política”.**

“su texto debe interpretarse en forma racional, y atender fundamentalmente a su finalidad de que los tribunales se encuentren en plena libertad de juzgar, resolver y de ejecutar las sentencias en los asuntos que le han sido sometidos a su conocimiento, sin que sea admisible que para quebrantar esta norma, sea necesario que el Presidente de la República, o el Congreso Nacional conozca de un asunto de carácter judicial y dicte sentencia en la causa, porque así interpretado, en forma tan restrictiva, carecería el principio de relevancia práctica. Si el Parlamento a virtud de una ley obliga a un Tribunal de Justicia a dictar sentencia en determinado sentido, o bien le impide ejecutar lo resuelto, dicho precepto legal quebranta la norma constitucional porque coloca a la Justicia en la imposibilidad de resolver en forma libre y eficaz la contienda que le había sido sometida, e interfiere en la independencia que debe existir entre los tres Poderes del Estado” ²³⁶

Para este Ministro -a quien puede considerarse como el que emitió los más duros términos que lo llevaron a manifestarse por acoger la inaplicabilidad requerida-, el verdadero alcance y la verdadera amplitud que debe darse al precepto del artículo 80 de la Constitución -el que se sustentó en la forma planteada por la minoría en la Sesión respectiva del H. Senado cuando se discutió el artículo 2º transitorio, la que cita en su aspecto pertinente, para ahondar en sus propias reflexiones-. En aquella oportunidad el Senador don Sergio Sepúlveda Garcés, a modo de pregunta, precisó de qué manera el Congreso Nacional podía vulnerar el mentado artículo 80. Su respuesta fue clara:

“Dictando leyes en forma directa que resuelvan el conflicto sometido a los Tribunales, y es precisamente lo que ocurre en la esencia del artículo 2º transitorio del proyecto. Sencillamente por esta disposición se dictan normas de tal precisión, tan directamente encaminadas a resolver los juicios pendientes que existen sobre la materia, que el juez que está conociendo de ellas no le quedará sino aplicar las nuevas disposiciones de la ley y dictar sentencia en virtud de las normas que nosotros dictaríamos aquí por el camino de la ley [...] La ley es la vía que el Poder Legislativo puede usar para intervenir en una facultad que la Constitución entrega a los Tribunales de Justicia. En este caso la ley es tan precisa que dicta normas distintas a las vigentes en las leyes actuales [...] Evidentemente

236 Ibid., voto particular del Ministro señor Varas Videla.

por esta vía se están resolviendo juicios pendientes; se están afectando derechos que existen actualmente y pertenecen a determinadas personas que están litigando ante los Tribunales de Justicia”.

A pesar de la claridad de sus argumentos, este Ministro señaló, en cuanto al artículo 2° transitorio, que ellos lo conducirían a declararlo inaplicable, aunque admitió que:

“ello no es posible”,

por las razones que explicita en su voto especial, y que pueden consultarse ²³⁷. Sin embargo, a renglón seguido y siempre separadamente -ahora en torno al artículo 3° transitorio-, hace resaltar que:

“... no ocurre igual cosa con el artículo 3° transitorio que a juicio del Ministro disidente constituye una flagrante violación al precepto del artículo 80 de la Constitución Política”, ya que “sólo pone dos condiciones que en realidad quedan al arbitrio de una de las partes (...) Para que la Corporación de la Reforma Agraria pueda desconocer lo resuelto por los Tribunales de Justicia, el mismo artículo declara de utilidad pública los predios que se encuentren en esas condiciones. En consecuencia, se entrega al arbitrio de una de las partes del juicio de expropiación, la facultad de desconocer el fallo que se dicte. Al parecer del Ministro opinante, esta disposición es la más clara demostración de que este precepto vulnera la letra y el espíritu del artículo 80 de la Constitución Política, puesto que se avoca a un juicio pendiente o ya fenecido y hace completamente inoperante un fallo judicial el cual no puede ser ejecutado” ²³⁸

En términos semejantes habían confirmado su opinión los Senadores señores Hugo Miranda y Francisco Bulnes Sanfuentes.

²³⁷ Dijo el Ministro que el artículo 2° transitorio sólo podía tener aplicación a las expropiaciones que no se encontrasen perfeccionadas a la fecha de la vigencia de la Ley 16.640, según expresamente lo estatúa dicho precepto, y por lo tanto, no se vulneran en la especie derechos ya adquiridos. Además porque por consiguiente, el derecho de dominio se encontraba todavía radicado en el propietario expropiado y por lo tanto no podía considerarse incorporado a su patrimonio el derecho personal al cobro de la indemnización, que para él sólo constituía una simple expectativa.

En este punto el fallo también contó con la prevención de los Ministros señores Urrutia, Bórquez y Martín, quienes se extendieron en sus argumentaciones para rechazar la inaplicabilidad del artículo 2° transitorio.

²³⁸ Ibid., voto de minoría del Ministro señor Varas Videla.

También en cuanto a la inaplicabilidad del artículo 3° transitorio, los Ministros señores Enrique Urrutia Manzano, Israel Bórquez y Ricardo Martín se manifestaron por acoger lo pedido, en síntesis, mediante los siguientes argumentos:

*“Que el artículo 3° transitorio de la Ley N° 16.640, en cuanto declara de utilidad pública e interés social los predios que en él se refiere, autorizando desde luego su expropiación, subtrae de una manera evidente la ejecución de lo juzgado a los tribunales de justicia. Es inconcuso que ordenar la ejecución de lo juzgado y hacerlo ejecutar, importa ejercer funciones judiciales de las cuales, por razones de texto constitucional, están inhibidos tanto el Presidente de la República como el Congreso Nacional y por lo demás embaraza la facultad constitucional que tienen exclusivamente los Tribunales establecidos por la ley para juzgar las causas de su competencia y hacer cumplir lo fallado”*²³⁹ (Nota: todos los subrayados son nuestros).

Así, con sucesivas sentencias denegatorias de los recursos interpuestos, la Corte Suprema estableció la constitucionalidad de los artículos 2° y 3° transitorios de la Ley N° 16.640, impugnados invariablemente ²⁴⁰.

h. Pequeña propiedad rústica. En el recurso de inaplicabilidad interpuesto por don Luis Mejías, se alegó que le había sido expropiada su casa-habitación en la que vivía, y en el juicio correspondiente sobre reclamo de avalúo ante el Cuarto Juzgado Civil de Santiago, se pretendían aplicar los artículos 24, 26, 29 y 35 de la Ley N° 5.604 y el 25 de la Ley N° 16.742, que permitían indemnizarlo en cuotas y privarlo de la tenencia material con sólo un depósito de la quinta parte del monto de la expropiación, por lo cual estimaba el recurrente que dichos preceptos eran contrarios a la Constitución Política en su artículo 10 N° 10. El Consejo de Defensa del Estado pidió el rechazo de la acción, pero el señor Fiscal de la Corte Suprema, fue de la opinión de acogerlo. Nuevamente el máximo tribunal -esta vez con fecha 28 de enero de 1971- antes de decidir la cuestión de

239 Ibid., voto de minoría de los señores Ministros nombrados.

240 En otros fallos, la doctrina sustentada por el máximo tribunal es la misma que se presentó en esta parte de nuestro trabajo. Por vía ejemplar, podemos agregar que el 18 de marzo de 1968 fueron resueltos otros cuatro recursos de inaplicabilidad en contra de las mismas disposiciones transitorias de la Ley de la Reforma Agraria, y que resolvieron los mismos señores Ministros, excepto el fallo recaído en el recurso de don Emilio Meneses, que suscribieron los magistrados señores Víctor Ortiz Castro, Octavio Ramírez y Armando Silva Henríquez, en lugar de los Ministros señores Manuel Montero, Eduardo Ortiz Sandoval y Juan Pomés, quienes no concurrieron a la vista de la causa. Contaron esas sentencias con las mismas prevenciones y votos disidentes a los que se alude en esta ocasión.

fondo, lanzó su antigua reflexión, en orden a que, para acoger un recurso de este orden, no correspondía sino hacer una comparación concreta y objetiva entre el o los preceptos legales tachados de inconstitucionales.

En su considerando 8°, además reflexionó sobre el punto propuesto:

“Que, al claro tenor del texto de la Carta Fundamental, que determina que para expropiar la vivienda habitada por sus propietarios es indispensable que previamente se le indemnice en forma total, es dable agregar, también, que ese pago ha de hacerse precisamente en dinero efectivo según se infiere de la historia fidedigna del establecimiento de tal precepto” ²⁴¹

La votación fue unánime para acoger la inaplicabilidad solicitada²⁴².

i. Contienda de Competencia entre el Presidente de la República y el Juez del Juzgado de Letras de Melipilla. Si bien no es la materia tratada en el

241 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1971, Tomo LXVIII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 30.

242 También referente a la pequeña propiedad rústica, pero en juicio ante el Tribunal Agrario Provincial de Cautín, se resolvió por la Corte Suprema con fecha 11 de octubre de 1971, la petición que le hiciera don José Franz Acuña, en orden a que el N° 2 del artículo 193 y la letra f) del artículo 1° de la Ley N° 16.640 sobre Reforma Agraria -como ya tuvimos ocasión de ver-, resultaban inconstitucionales, porque al referirse esas disposiciones a lo que se entiende por *“pequeña propiedad rústica trabajada por su dueño”*, se han agregado requisitos que el texto constitucional no contiene, menoscabando de dicha manera la garantía constitucional allí asegurada. En esa ocasión, así como en la sentencia recaída en la inaplicabilidad interpuesta por don Francisco Frías, el Tribunal Pleno, esta vez el 10 de noviembre de 1972 (en juicio seguido ante el Tribunal Agrario de Linares), se apartó de la línea argumental sostenida por su Fiscalía, en cuanto debía rechazar los recursos en todas sus partes. Se acordó el primero de ellos, con el voto en contra de los Ministros señores Eduardo Ortiz Sandoval, Rafael Retamal, Juan Pomés y Octavio Ramírez, quienes se pronunciaron por rechazar la acción de inaplicabilidad; y el segundo, con la oposición de los mismos señores Ministros, menos la firma de don Eduardo Ortiz, quien no concurrió a la vista de la causa. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1971, Tomo LXVIII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 302; y misma *Revista*, año 1972, 2° Parte, sección 1°, pág. 192, respectivamente.

Años antes, en el caso de doña Ivette Eyheramendy Vignaux, se solicitó asimismo la inaplicabilidad del artículo 2° transitorio reseñado, además de la del artículo 193 inciso 2°, en relación al artículo 1° letra f) de la Ley de Reforma en juicio contra la Corporación Agraria, pero esta vez en donde se involucraba una pequeña propiedad rústica. La Corte Suprema lo había acogido porque -como ya se explicitó- al referirse estas últimas disposiciones a lo que se entiende por pequeña propiedad rústica trabajada por su dueño, se han agregado en la legislación requisitos que el texto constitucional no contiene.

Por aceptar el recurso con fecha 13 de agosto de 1968, declarando inaplicables los preceptos aludidos, estuvieron los Ministros señores Ramiro Méndez, Eduardo Varas, Enrique Urrutia, Eduardo Ortiz Sandoval, Israel Bórquez, Ricardo Martín y Luis Maldonado. En tanto por rechazarlo -bajo argumentaciones distintas o únicas-, se pronunciaron los magistrados señores Osvaldo Illanes (Presidente), Víctor Ortiz Castro, Rafael Retamal, Octavio Ramírez y el Ministro suplente Enrique Correa Labra. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1968, Tomo LXV, 2° Parte, Sección 1°, pág. 244.

presente trabajo, constituye de mucha importancia para el mismo lo fallado con fecha 3 de mayo de 1967, en el conflicto de jurisdicción promovido por S.E. el Presidente de la República al Juez Letrado de Melipilla, debido a una querrela posesoria de amparo deducida ante ese tribunal por don Vicente Álamo, quien alegó verse afectado por un decreto gubernamental, a su juicio ilegal, y que fuera representado por la Contraloría General.

El Jefe de Estado sostuvo que la facultad de ordenar la reanudación de faenas en caso de producirse huelgas en determinadas actividades nacionales, y la facultad de calificar las circunstancias que aconsejan la adopción de tal medida, son privativas de la Primera Magistratura, tal como se desprende del inciso 1° del artículo 38 de la Ley N° 12.927, sobre Seguridad Interior del Estado ²⁴³. Prosiguió el señor Presidente de la República diciendo que, al dictar decretos en uso de atribuciones privativas y exclusivas que la Constitución y una ley expresa le otorgan, lo hace en virtud del poder público de que está investido como suprema autoridad de la Nación, y, por lo mismo no corresponde a ninguna otra autoridad ni a ningún otro funcionario calificar su legalidad o constitucionalidad, ni aun cuando con ellos afectare intereses particulares. Extendiéndose, asimismo señaló que el Juez del Juzgado de Letras mencionado, *carecía de jurisdicción* para conocer y fallar un interdicto posesorio en el cual, el embarazo a la posesión del actor estaría constituido precisamente por la dictación del Decreto Supremo expedido, el N° 931, de 9 de noviembre de 1966 (que ordenó la reanudación de las faenas en el fundo “Paico Alto” de la Comuna de El Monte, designando para tales efectos un Interventor). El señor Presidente prosiguió con uno de los argumentos más relevantes de su escrito, al indicar que el DS fue dictado en uso de las facultades privativas y exclusivas que la Constitución le confería, afirmando que si los Tribunales de Justicia pueden impedir la ejecución y cumplimiento de un decreto que como Jefe de Estado ha dictado, realizando por cierto un acto de Gobierno relativo al mantenimiento del orden público, político o económico, entrando a calificar y dictaminar sobre la legalidad o ilegalidad del mismo, eso equivaldría a sostener la prioridad de las decisiones de un tribunal ordinario de justicia sobre las adoptadas por el Poder Ejecutivo en asuntos que son de su exclusiva incumbencia.

Conferido traslado al actor, contestó que la competencia del tribunal ordinario para conocer de la querrela de amparo, no puede ser siquiera

243 Dicho *inciso del artículo 38*, dispone:

“En caso de paralización ilegal que cause grave daño en industrias vitales para la economía nacional o de empresas de transportes, predios o establecimientos productores o elaboradores de artículos o mercaderías esenciales para la defensa nacional o para el abastecimiento de la población o que atiendan servicios públicos o de utilidad pública, el Presidente de la República podrá decretar la reanudación de faenas con intervención de las autoridades civiles o militares”.

discutida, ya que ella emana de claras disposiciones legales, en especial de las del Código Orgánico de Tribunales, y que aquí lo solicitado en ningún caso puede leerse como la petición de nulidad o ilegalidad de un decreto supremo dictado por el Presidente de la República, no siendo necesario esto último para acoger su acción, como equivocadamente a su juicio lo sostiene el Primer Mandatario. Podría ocurrir, por vía ejemplar, que el tribunal prescindiera de dicho acto administrativo, lo que no significaría en caso alguno para el juez invadir atribuciones de aquél.

Así las cosas, el Tribunal Supremo, partió diciendo en su resolución que, conviene consignar que hay:

“uniformidad en la doctrina de los autores y en la jurisprudencia de esta Corte en reconocer que si bien los tribunales de justicia carecen de jurisdicción para resolver la legalidad o ilegalidad de un decreto supremo, se encuentran plenamente facultados para desconocer eficacia al acto de autoridad que excede los límites que le han fijado la Constitución y las leyes, cuando dicho problema se discute dentro de un juicio...”

Prosiguió con una importante tesis en su considerando 9º, totalmente atinente a nuestro trabajo:

“... si la Corte Suprema puede declarar inaplicable, en cada caso, un precepto legal por estimarlo contrario a la Constitución, con igual razón el tribunal que conoce de una causa puede aplicar o dejar de aplicar un decreto supremo, según lo considere o no ajustado a las normas por las cuales debe regirse el ejercicio de la autoridad pública. Esto es el medio más eficaz de protección, porque los otros recursos que contempla la Constitución obedecen a una finalidad diferente de la que es posible obtener de los órganos jurisdiccionales a los cuales pueden recurrir las personas [...] sin obligarlos a esperar las contingencias propias de un juicio político. Así es posible obtener un justo equilibrio de poderes, base inamovible de un verdadero ordenamiento jurídico en que todo derecho está respaldado por la correspondiente acción que se dirige al órgano público al cual le corresponde el ejercicio de este aspecto de la Soberanía Nacional” ²⁴⁴

Ese fue el parecer de seis de los once Ministros que integraron un reñido Pleno, que decidió a la postre, que no procedía dar acogida al

244 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1967, Tomo LXIV, 2º Parte, Sección 1º, págs. 109.

conflicto de jurisdicción planteado, señalando como competente para seguir conociendo de la ya antedicha querrela posesoria, al Juez de Letras de Melipilla. Por esa determinación se pronunciaron los magistrados señores Manuel Montero, Ramiro Méndez, Eduardo Varas, Enrique Urrutia, Israel Bórquez y Luis Maldonado²⁴⁵. Mientras, para los Ministros señores Osvaldo Illanes (Presidente), Eduardo Ortiz Sandoval, Ricardo Martín, Rafael Retamal y Juan Pomés, en minoría, se manifestaron por acoger lo pedido por el Presidente de la República, y declarar en consecuencia, que el tribunal en cuestión debía abstenerse de seguir tramitando esta causa, ordenando su consecuente archivo. Para ellos, existe un antagonismo aparente de autoridad, en que una de las dos que se disputan la capacidad legal para resolver el asunto -la Ejecutiva y la Judicial- debe primar, pero dicho antagonismo sólo sería:

“aparente, porque en el legislador no caben jurídicamente contradicciones capaces de romper la división de Poderes, o su armonía, o de paralizar la acción del que tenga derecho a actuar”. Para la disidencia, el acto político en cuanto tal, “está fuera del control del Poder Judicial. No puede este Poder revisar la validez de los actos del Poder Ejecutivo en el plano administrativo”,

porque precisamente aquel acto emana de la Constitución (entonces artículos 60 y 71) en la parte que tiene por fin velar por el orden público y la seguridad del Estado que especialmente le corresponden al Presidente de la República, no pudiendo,

245 El Ministro señor Varas Videla tuvo presente además otras consideraciones. En particular, las que destacan en cuanto a los ribetes de responsabilidad constitucional del Presidente de la República; así dijo en los siguientes términos: *“Si estos decretos exceden sus atribuciones o contrarían la Constitución o las leyes deben ser representados por la Contraloría General de la República, como ocurrió en el caso en estudio y si el Ejecutivo dicta un decreto de insistencia, suscrito por el Jefe de Estado y todos sus Ministros, dicho decreto se cumple sin perjuicio de su responsabilidad política por la cual puede ser acusado por la Cámara de Diputados y juzgado por el Senado en la forma que determina nuestra Carta Fundamental”,* aunque *“ello no significa que los particulares afectados por el decreto ilegal, en su persona, en su libertad o en su patrimonio, queden privados de todo apoyo legal y sólo puedan instar por la acusación constitucional”,* ya que, los *“ciudadanos afectados disponen de las acciones y recursos que las leyes les franquean”,* los cuales deben ser conocidos por los *“tribunales ordinarios de justicia, los cuales tienen atribuciones para dar aplicación preferente a la Constitución Política y a las leyes de la República y no aplicar aquellos decretos supremos, reglamentos o ordenanzas que vulneren dichos cuerpos legales”* (el resaltado es nuestro).

“por tanto, tal acto ser paralizado por la interposición de un juicio posesorio porque de ser esto posible, el acto de Gobierno podría ser anulado en cualquier caso en que se ejercitara una acción de esta especie” ^{246 247}

j. El recurso de inaplicabilidad no ha sido instituido para enjuiciar o censurar la política legislativa. Recurso contra ley retroactiva. En esta parte diremos que el artículo 2° de la Ley N° 9.581, de 3 de marzo de 1950, elevó el máximo sobre el cual debía hacerse la imposición del 8,33%, de tres mil quinientos pesos a tres sueldos vitales del departamento de Santiago, con efecto retroactivo, al disponer que este aumento regía desde el 1° de enero del año 1949, con lo cual se modificaba la Ley N° 7.295, de 1942. En consecuencia, la ley quedó redactada así:

“Los empleadores deberán hacer mensualmente en la Caja de Empleados Particulares, o en los Organismos Auxiliares, un aporte con cargo a ellos, igual al 8,33% del total del sueldo, sobresueldo y comisiones que el empleado haya ganado durante el mes. Para estos efectos se considerará exclusivamente hasta una remuneración mensual máxima equivalente a tres sueldos vitales del Departamento de Santiago” ²⁴⁸

El Procurador del Número don Alfonso Castro, por la firma Huidobro y Nieto Ltda., interpuso recurso de inaplicabilidad en el juicio seguido por don Gustavo León ante el Sexto Juzgado del Trabajo de Santiago. Pidió en el recurso que se declarasen inaplicables por ser contrarios al artículo 10 N° 10 de la Constitución, los artículos 2° y 3° de la mencionada Ley 9581, en cuanto elevaron retroactivamente el máximo de la imposición patronal, y ordenan que el nuevo máximo se entere desde el 1° de enero de 1949, para solucionar la obligación prevista en el artículo 38 de la antigua Ley 7295. La ley impugnada, prosiguió el recurrente, tiene el antecedente que enuncia: el artículo 38 de la Ley 7295, de 30 de septiembre de 1942, que dispuso que el cálculo se sacaría en base a una remuneración mensual de \$3.500; esta obligación, observó, era una que por mandato legal se cumple mes a mes, y se extingue en el momento en que el empleador la soluciona con el

²⁴⁶ Ibíd., voto de minoría.

²⁴⁷ Dicha sentencia aparece comentada en el artículo de PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el Estado de Chile*, Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, N° 13, agosto de 2005, págs. 27 a 69.

²⁴⁸ La Ley N° 9581 vino a modificar el régimen de gratificaciones a los empleados particulares, permitiendo mejorar dicho régimen al estarse al que más favoreciera a los empleados. Lleva la firma del Presidente de la República don Gabriel González Videla y del Ministro de Salud Pública don Jorge Mardones Restat.

pago correspondiente. Dicha obligación constituye una prestación anexa al sueldo del empleado, que integra sus derechos de acuerdo con el contrato de trabajo, y del cual el empleador no puede prescindir, ni siquiera mediante la voluntad de su trabajador, porque se trata de obligaciones imperativas y de derechos irrenunciables. Por consiguiente, mes a mes, el empleador se descarga de esta obligación depositando la suma correspondiente en la Caja de Previsión de Empleados Particulares, y esta suma entra a formar parte del patrimonio del empleado, e ingresa a su fondo de retiro.

El artículo 3° de la Ley 9581, al dar efecto retroactivo de catorce meses a la disposición del artículo 2° de la misma ley, viola, a su entender, la garantía constitucional de la inviolabilidad de todas las propiedades, y en tal virtud, debe declararse por tanto su inaplicabilidad. No discute que el legislador pueda en ciertos casos, dar efecto retroactivo a la ley; lo que discute es, si al hacerlo, puede despojar a una persona de parte de su patrimonio. De acuerdo con la Ley 7295, el empleador extinguía mensualmente la obligación que aquélla le impuso en favor de sus empleados; cumplida esta obligación, la suma depositada no sólo entró al patrimonio del empleado, sino también -y con igual fecha-, entró al patrimonio del empleador el derecho de no poder ser obligado a pagar de nuevo la misma cantidad, o a pagar una mayor. La obligación había sido así solucionada por medio del pago efectivo y quedó extinguida con arreglo a la ley vigente en la fecha en que dicho pago se verificó. Finalizó diciendo que, cualquiera suma adicional que se pretendiere sacar del patrimonio del deudor, para extinguir una obligación ya concluida, importa despojarlo, en esa parte, de algo que está en su dominio, desconociendo la garantía constitucional a que se refiere el artículo 10 N° 10 de la Constitución.

El demandante señor León, pidió que el recurso fuera declarado sin lugar. Y el señor Fiscal de la Corte, emitió opinión en el sentido que debía acogerse²⁴⁹.

249 Para el Fiscal don Urbano Marín Rojas, la disposición del artículo 3° de la Ley N° 9581, al dar efecto retroactivo a sus disposiciones, era inconstitucional porque a su virtud se han anulado los pagos de las imposiciones hechas de conformidad con lo mandado por la Ley 7295, atropellando los derechos adquiridos bajo el imperio de esa ley, haciendo renacer una obligación extinguida y despojando al deudor del derecho con que la extinguió, y, además, de la parte de bienes de su dominio que es necesaria para la solución de una obligación que ya había sido solucionada con arreglo a la ley anterior. “Para saber si una ley es retroactiva en cuanto al derecho de dominio, hay que determinar si ella lesiona intereses que para sus titulares constituyen derechos adquiridos en virtud de la ley antigua. Se entienden por derechos adquiridos aquellos que son consecuencia de un hecho apto para producirlos bajo el imperio de la ley vigente al tiempo en que el derecho se ha realizado y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona, sin que importe la circunstancia de que la ocasión de hacerlos valer se presente en una época ulterior, en que esté rigiendo otra ley. Los derechos adquiridos entran a formar parte del patrimonio de su titular, y la nueva ley no puede lesionarlos sin quebrantar la ya expresada garantía constitucional. Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra. Naturalmente, debe

Además, el profesor en las Escuelas de Derecho de la Universidades de Chile y Católica de Chile, don Raúl Varela Varela, emitió un Informe en Derecho dado a solicitud de la Caja de Empleados Particulares: *“El valor constitucional de la Ley N° 9581”*.

Lo principal de dicho meticuloso y extenso informe -el que además contiene innumerables citas de autores y de fallos de los tribunales superiores de justicia-, puede simplificarse de la siguiente forma: la retroactividad de la Ley 9581, no constituye en sí un vicio contra la Constitución; y que el recurso instaurado no niega -ni tampoco la Fiscalía de la Corte lo hace-, el derecho del legislador a imponer a los empleadores la obligación de contribuir con aportes pecuniarios a la formación del fondo de retiro de los empleados particulares, sino que funda que la retroactividad dispuesta por el artículo 3°, sería la causa o germen del vicio de inconstitucionalidad que alega.

“Pero conviene agregar que tampoco el recurso niega de un modo absoluto la facultad del legislador de dictar leyes retroactivas. En su concepto sólo está inhabilitado de hacerlo cuando, por efecto de la retroactividad que da a su mandato, ‘despoja a una persona de parte de su patrimonio, válidamente adquirido al amparo de esta ley’. No es posible disimular la evidente contradicción en que el recurso cae, y la absoluta inconsistencia de sus argumentaciones”

Por lo que para él es posible afirmar sin temor a equivocación, que:

“Pudo, por lo tanto, el legislador, avocando a la necesidad de salvar las consecuencias que la desvalorización monetaria ha traído en el régimen de sueldos y salarios, y puesto en la necesidad de arbitrar las medidas adecuadas para corregir los daños que la tardanza en hacerse cargo de esa situación ya había producido, dictar una disposición transitoria mandando que por un año y tres meses contados desde la vigencia de la ley, el aporte de los patrones fuese el 16,66% sobre un máximo de 3 sueldos vitales y que la mitad de los que así se recolectaran fuera aplicado al fondo de retiro por el año y tres meses anteriores a la vigencia de la ley”

hacerse la salvedad en cuanto se refiere a las meras expectativas, y también en lo que dice relación con el goce y las cargas de un derecho adquirido, y aún, con su extinción. Lo que la ley no puede atacar es la parte substancial del derecho adquirido; pero sí, puede hacerlo con respecto a las simples expectativas o al ejercicio de un derecho adquirido, sin tocar la parte substancial del derecho mismo”, rezó su Informe al Pleno de la Corte.

Para el profesor Varela, en ese supuesto, y dentro de la tesis del recurso:

“...nadie habría podido decir [...] que la ley fuera inconstitucional, ya que el vicio de inconstitucionalidad que se le imputa no nace de haberse impuesto la contribución (que por lo demás ya existía, habiéndose limitado la reforma de la Ley N° 9581 aumentar su monto), ni de su monto, sino del hecho de su cobranza con efecto retroactivo de un año y tres meses”,

por lo que la inconstitucionalidad que se pretende no residiría en la sustancia sino en la forma como éste fue dado. Enseguida el autor nos dice que ciertamente la Carta Política -”sólo por excepción”- limita en ciertas materias la facultad de dictar leyes retroactivas; que ello ocurre en la esfera de las leyes penales, donde cita que se rechazan por el constituyente las leyes *ex post facto*, con el objeto evidente de proteger la libertad humana contra los excesos del legislador. Empero no prohíbe las leyes retroactivas en materias penales. Y tan así es que:

“...si ellas favorecen al imputado, porque hacen desaparecer la ilicitud de su hecho o reducen su penalidad. No sólo el Código Penal desarrolla este principio en su artículo 18, sino que la propia Constitución Política hace aplicación de él cuando reconoce al legislador la facultad de conceder amnistías [...] Las leyes de amnistía son leyes retroactivas, que inclusive suprimen la autoridad de la cosa juzgada penal [...] dice nuestro eminente constitucionalista señor Carlos Estévez, ‘hay que distinguir entre las leyes de carácter civil y las leyes de carácter penal. En materia civil, la disposición del artículo 9° del Código Civil, establece que la ley sólo puede disponer para el futuro y que no tendrá jamás efecto retroactivo. El legislador, sin embargo, que es soberano, puede dar a la ley civil efecto retroactivo, no así el juez al aplicarla”

Luego de estudiar el derecho de propiedad en sí mismo, los derechos adquiridos, el contrato de trabajo -que recuerda que antes se denominó “*arrendamiento de servicios*”-, el reconocimiento del Estado a sus deberes fundamentales de dar protección al trabajo y a las obras de previsión social, nos recuerda que no sólo crearlas es deber del Estado, sino también establecer sus modalidades y características, y particularmente, los medios económicos de que deberán ser dotadas dichas instituciones para cumplir su misión. También señala que la legislación protectora de los obreros y empleados ha sido dictada en cumplimiento de un precepto expreso de la Constitución Política, formando de ese modo parte del Derecho Público

chileno; luego estudia los tributos, la utilidad pública, la expropiación y los intereses generales de la Nación. El profesor Varela para finalizar, vuelve sobre la idea central sobre la cual ha descansado su estudio, donde queda demostrado a su entender, que la facultad de dictar leyes retroactivas no tiene mayor limitante que la directa prohibición constitucional referente a materias penales. Por ello expresa:

“Pero desde el momento que ese amparo no existe frente a las exigencias de los intereses generales del Estado y, de un modo específico, por lo que hace a la necesidad en que el Estado se encuentre de proveer al mantenimiento y progreso del orden social, mediante la protección del trabajo y de las obras de previsión social, obvio es que el Estado, que puede limitar el ejercicio del derecho de propiedad en homenaje a tales objetivos, e imponer a los propietarios obligaciones o servidumbres a ellos dirigidas, ha podido dictar, con efecto retroactivo, las providencias de esa índole que se contienen en la Ley N° 958” ²⁵⁰

Asimismo hubo un informe conjunto de los profesores de Derecho del Trabajo de la Universidad de Chile señores Francisco Walker Linares, Carlos Vergara Bravo, Alfredo Gaete Berríos y Gustavo Lagos Matus, básicamente

250 Para el profesor Varela, el legislador chileno ha hecho repetidamente uso de esta facultad. Y el recurrente al afirmar en su escrito que nunca se la había utilizado para imponer gravámenes pecuniarios a particulares, nos dice que le es fácil contradecirlo, para lo cual cita variada legislación sobre Derecho del Trabajo y de Previsión Social elaborada en los últimos 25 años (las cuales nombra a título ejemplar): **“Nadie hasta ahora había negado la legitimidad de esta legislación ni pretendido impugnarla como contraria a la garantía constitucional de la propiedad. Lejos de eso la Excma. Corte Suprema ha reconocido siempre el principio de la validez constitucional de las leyes retroactivas y la facultad que al legislador pertenece de darles ese efecto”**. Cita aquí, variados fallos de la máxima entidad judicial que demuestran lo afirmado en este aserto, donde el máximo tribunal del país aseguró que el mandato del artículo 9° del Código Civil era un mandato legal, más no constitucional. El hecho de que el tribunal se pronunciara vía recursos de casación y no de inaplicabilidad -como lo manifestó nuestro recurrente-, no le resta ningún mérito para traer a colación dichos fallos por el informante, pues dicha Corte de acuerdo con la Carta Fundamental, puede declarar la inconstitucionalidad *de oficio*. En los fallos singularizados, **“La Corte Suprema, sin embargo, no lo hizo y lejos de hacerlo [...] ha afirmado expresamente que no contraría la garantía constitucional de la propiedad la dictación de leyes impositivas con efecto retroactivo...”** (3 de noviembre de 1937, causa <<Valdivieso con Dirección de Impuestos Internos>>). **“De manera que si imponer contribuciones con efecto retroactivo y gravar con ellas utilidades definitivamente adquiridas e incorporadas al patrimonio del contribuyente, fuese contrario a la garantía constitucional de la propiedad, hubiéralo declarado de oficio la Excma. Corte...”**. En la por nosotros recordada sentencia de fecha 10 de agosto de 1936 (<<Cía. de Electricidad con Municipalidad de Santiago>>), el Tribunal Supremo afirmó pertenecerle dicha facultad de obrar por propia iniciativa. VARELA V., Raúl, *El valor constitucional de la Ley N° 9581*, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1950, Tomo XLVII, 1° Parte, Sección Derecho, págs. 61 a 98.

criticando las dificultades de interpretación de la nueva ley, opinando que pudo fácilmente haberse evitado la confusión producida con una mejor técnica legislativa, por lo que estimaron de gran conveniencia para el perfeccionamiento de la legislación social, que las Comisiones de Trabajo y Legislación Social de ambas Cámaras legislativas, fuesen asesoradas en lo sucesivo por especialistas de esta rama del derecho, declarando al mismo tiempo, que la intención del legislador, como se desprende de las actas respectivas de la Cámara y del Senado, e incluso de las propias peticiones de los trabajadores interesados en la aprobación de la ley (antecedentes todos que constituyen o ilustran la historia fidedigna del establecimiento del nuevo texto legal), que la nueva legislación tuvo como:

“objetivo esencial (el de) aumentar la gratificación legal y la imposición ya indicada a fin de compensar a los asalariados por la disminución que dichos beneficios habían sufrido como consecuencia de la desvalorización monetaria...” ²⁵¹

También la Dirección del Trabajo participó del debate, estimando que el pago de la imposición del 8,33% establecida en el artículo 38 de la Ley 7295 no creó por sí mismo derechos patrimoniales, expresando además que la nueva legislación retroactiva no violaba la Constitución ²⁵².

Entre sus consideraciones, la sentencia del Tribunal Pleno, fechada el 29 de julio de 1950, parte arguyendo que era necesario estudiar si la Ley 9581, al aumentar el aporte fijado por la Ley 7295, ha atropellado o no un derecho patrimonial adquirido por el empleador bajo el imperio de esta última. Para una mayoría de jueces la respuesta fue negativa, atendido a que se advierte que i) el uso, goce y disposición son los atributos de los derechos patrimoniales, sean reales o personales, y no se concibe la existencia de estos atributos en lo que respecta a la imposición patronal; ii) los derechos patrimoniales pueden transferirse y transmitirse, salvo las excepciones previstas por la ley, y es incomprensible la transferencia o la transmisión activa del aporte patronal; iii) los derechos patrimoniales son renunciables, salvo las excepciones legales, y la erogación del 8,33% es un deber jurídico exigido por la ley para fines de previsión social; y iv) los derechos patrimoniales están protegidos por las acciones reales o personales,

²⁵¹ WALKER L. Francisco, VERGARA B. Carlos, GAETE B. Alfredo, LAGOS M. Gustavo, *Interpretación de la Ley N° 9581, que aumentó la gratificación de los empleados particulares*, también publicado por la misma *Revista de Derecho y Jurisprudencia* y en el mismo Tomo y Sección, pág. 57.

²⁵² *Revista del Trabajo*, 1950, números 8 y 9, págs. 29 y ss. Citado en GAETE BERRÍOS, Alfredo, *Tratado de derecho del trabajo chileno*, Editorial Jurídica de Chile, año 1960, pág. 42.

según sea la naturaleza de aquellos, y es inadmisibile que el empleador -sujeto pasivo de una obligación de carácter legal- pueda hacer valer acción alguna emanada del cumplimiento del mentado aporte del 8,33%.

“15°) Que, demostrado como lo está, que la firma Huidobro y Nieto Ltda. no ha incorporado derecho alguno a su patrimonio, por el hecho de haber depositado las prestaciones a que estaba obligada según el artículo 38 de la Ley N° 7295, es inconcuso que la retroactividad de la Ley N° 9581 no atenta contra la garantía del artículo 10, N° 10 de la Constitución...”

La Corte también dejó en claro, que le era necesario referirse a otras argumentaciones efectuadas en cuanto ellas aseveran que la ley atacada violentaba el derecho de propiedad: esto es que con el aumento retroactivo de la erogación patronal, la referida ley haya disminuido las utilidades o beneficios que la firma recurrente obtuvo durante el ejercicio del año 1949, y en los meses de enero y febrero de 1950, donde habría pagado al Fisco un impuesto a la renta superior al que le correspondía por el año 1949. Es decir, las impugnaciones a la ley sitúan el problema de la retroactividad en la esfera del régimen tributario, donde para determinar la renta imponible de la tercera categoría sobre los beneficios de la industria y del comercio, se deducen entre otras partidas los gastos del 8,33%, y como el pago del aumento del aporte patronal, es a contar desde el 1° de enero de 1950,

“es evidente que dicho aumento no menoscabará las utilidades o rentas percibidas y distribuidas en ejercicios anteriores, aun cuando podrán verse afectados indirectamente los beneficios de la firma recurrente en ejercicios posteriores a la promulgación de la Ley 9581, por el mayor volumen de los gastos que significará el pago de la erogación patronal, elevada en su monto desde el 1° de enero de 1949; (pero ellos) serían meramente eventuales...”

En el considerando 23°, la Corte finaliza diciendo, que, si bien el Poder Legislativo debe proceder con especial cautela al dotar a una ley de efectos retroactivo, porque ésta perturba el desarrollo normal de los fenómenos jurídicos, produciendo trastornos económicos consiguientes,

“es lo cierto que el recurso de inaplicabilidad no ha sido instituido para enjuiciar o censurar la política legislativa, sino para que la Corte Suprema ejerza el control jurisdiccional respecto de cualquier precepto legal contrario a la Constitución...” (el subrayado es nuestro).

En la dividida decisión de cinco votos contra cuatro, los Ministros señores Alfredo Larenas, Luis Agüero Pérez ²⁵³, Rafael Fontecilla, Pedro Silva y Osvaldo Illanes, resolvieron que:

“procede rechazar el recurso de inaplicabilidad interpuesto...”

²⁵⁴,

descartando así las tachas de inconstitucionalidad deducidas.

Mientras que, por acogerlo, los magistrados Manuel Rivas, Humberto Bianchi, Gonzalo Brañas y Octavio del Real, mostrándose a favor del recurso de inaplicabilidad, estuvieron por admitir en el juicio la inaplicabilidad de los artículos 2° y 3° de la Ley 9581 por ser contrarios al artículo 10 N° 10 de la Carta Fundamental. Tuvieron para ello presente que la ley en cuestión, al elevar con efecto retroactivo el máximo de la remuneración, hace:

“(2°) ... revivir obligaciones que deben presumirse extinguidas por haber sido canceladas en su oportunidad legal. La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna, establecida por la Constitución, en forma de que nadie puede ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella o del

253 El Ministro don Luis Agüero concurrió al rechazo del recurso, teniendo por su parte además presente: que el Poder Legislativo como órgano del Estado, ha procurado indudablemente dar cumplimiento al mandato constitucional expresado en el N° 14 del artículo 10 de la Constitución Política -la protección al trabajo, a la industria, y a las obras de previsión social-, y de ahí es que toda esa legislación aparezca dirigida al mantenimiento y progreso del orden social (verbi gratia: Ley N° 4054, de 8 de septiembre de 1924, que creó la Caja del Seguro Obrero Obligatorio; Ley 4055, que obliga a los patrones a contribuir en la forma que indica a la formación del fondo de garantía, haciendo los depósitos correspondientes en la Caja de Accidentes del Trabajo; Ley 8032, que declaró empleados particulares a los agentes profesionales de seguros), especialmente en cuanto: “a) *regulan por sobre la voluntad de las partes, las relaciones jurídicas que puedan surgir del contrato de trabajo; b) crean organismos con jurisdicción para resolver los conflictos que se produzcan con motivo de esas relaciones; c) organizan institutos o fundaciones de derecho público encargadas de realizar las más convenientes obras de previsión social, en favor de los trabajadores (empleados u obreros) y de sus familias; d) imponen a los patrones o empleadores, por sobre su voluntad y para financiar esas obras, **cargas u obligaciones de dinero, que tienen por fuente propia la ley y que gravitan, es cierto, sobre el patrimonio en general de los imponentes, más en ningún caso sobre un bien determinado de su propiedad, sea corporal o incorporal, y amparado específicamente por un derecho real o personal;** 3°) *Que en tales condiciones esas obligaciones de dinero a que se ha aludido precedentemente, sea que se las denomine ‘imposiciones’, ‘cuotas’ o ‘aportes’, y puesto que importan el cumplimiento de un mandato de la Constitución Política, obedecen a una necesidad del Estado y tienen su fuente inmediata en la ley, constituyen en su esencia ‘cargas públicas’, vale decir, ‘tributos’, ‘impuestos’ o ‘contribuciones’, de acuerdo con el significado que a esas expresiones corresponde dentro de su acepción económico-social; 4°) *Que siendo de tal naturaleza las obligaciones antedichas, resulta también evidente que la facultad del Poder Legislativo para establecerlas, no sólo deriva del citado N° 14 del artículo 10 de la Constitución, sino, además, de otros claros preceptos de la misma”.***

254 Redacción del magistrado don Pedro Silva Fernández. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1950, Tomo XLVII, 2° Parte, Sección 1°, págs. 301.

derecho que a ella tuviere, no puede menos de extenderse al derecho que cada cual tiene de no verse compelido a pagar de nuevo obligaciones ya canceladas, porque el derecho a tener por extinguida una deuda mediante su solución o pago efectivo y a oponer la correspondiente excepción de pago forman parte del patrimonio del que la canceló de conformidad con las leyes que impusieron la obligación, liberándose así de una deuda que gravaba el patrimonio”

También para el voto de minoría, debe conciliarse el artículo 10 en su numeral 14, de manera que pueda ser interpretado en forma que guarde la correspondiente armonía con el N° 10,

“(6°) ...y no se ve razón para estimar que la inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción alguna, asegurada en el N° 10, esté limitada o pueda sufrir alguna excepción porque el N° 14 asegura a todos los habitantes ‘la protección al trabajo, a la industria, y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida’ [...] toda vez que la consecución de los fines expresados es posible lograrla sin que sea indispensable, ni siquiera necesario para ello, vulnerar la garantía constitucional en referencia” ^{255 256}

255 *Ibíd.*, voto de minoría.

256 Los Ministros señores Rivas Muñoz y Brañas Mac Grath, previnieron además que sin perjuicio de lo expresado en el voto disidente, consignan que “*el empleador adquirió derecho sobre aquellos bienes (que le quedaron por restar el 8,33% que estuvo enterando mensualmente de acuerdo con lo que disponía la Ley N° 7295) porque, como se sostiene por opiniones autorizadas, constituyen derechos adquiridos*”.

SECCIÓN TERCERA

*Algunos acontecimientos ya avanzado el imperio de la CPE de 1925*¹

No podemos terminar esta sección -y antes de entrar a su conclusión en cuanto a las principales tendencias establecidas por nuestro máximo tribunal, en el período a que nos hemos hecho cargo, referente al control de la constitucionalidad de la ley bajo la Constitución Política de 1925-, sin dejar de recordar ciertos hitos:

1. Proyecto de Reforma Constitucional de 1950

En un proyecto de Reforma Constitucional aprobado por la Cámara de Diputados en 1950, se proponía lo siguiente:

“La Corte Suprema, a petición de parte, deberá declarar inconstitucional, cualquier precepto que contraríe las disposiciones de la Constitución Política del Estado, sea en cuanto a la forma como se haya dictado la ley o en cuanto al fondo de su contenido”

Del mismo modo se indicaba:

*“Acogido el recurso de inconstitucionalidad, la Corte Suprema, dentro del quinto día, ordenará publicar el fallo respectivo en el Diario Oficial, y, a partir de la fecha de esta publicación, el precepto inconstitucional dejará de producir efectos sin que esta declaración pueda afectar las sentencias ejecutoriadas dictadas con anterioridad a dicha publicación”*²

1 No sólo el establecimiento del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fue obra del Constituyente del '25: se innovó además en la creación de un órgano especializado, denominado Tribunal Calificador de Elecciones, como el encargado de velar por la Ley General de Elecciones (Ley N° 14582). Por su parte, las Cortes de Apelaciones del país, quedaron investidas de la competencia para pronunciarse de las acciones de amparo; y también -ambas en primera instancia- de las solicitudes de desafuero de Diputados y Senadores, que durante la Constitución de 1833 eran del resorte de cada Corporación a la que perteneciera el parlamentario.

2 Citado en ANDRADE GEYWITZ, Carlos, *Elementos de Derecho Constitucional chileno*, Editorial Jurídica de Chile, año 1971, pág. 635.

2. Declaración del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, don Pedro Silva Fernández, pronunciada el 1° de marzo de 1964

Con ocasión de la Inauguración del Año Judicial correspondiente a ese año, y bajo el preciso epígrafe “III.- Conflicto entre Poderes”, el alto magistrado aseveró:

“El primero de estos puntos se refiere a la intervención de la Corte Suprema para dirimir algunos de los conflictos que puedan suscitarse entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo. El Tribunal Supremo debe ser la autoridad constitucional encargada de resolver las contiendas que surjan entre aquellos poderes, durante el proceso de formación de las leyes, si la controversia se plantea sobre problemas formales o sustantivos, que se relacionen con los preceptos de la Carta Fundamental. Esta conclusión se desprende del contexto de la Constitución vigente, que, a través del recurso de inaplicabilidad, confió a esta Corte la función de velar por el acatamiento a los mandatos del Constituyente. Si se confirió a este Tribunal la facultad de declarar inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución, es lógico que a esta misma Magistratura se otorgue la jurisdicción para decidir sobre las cuestiones de orden constitucional, que se produzcan durante las etapas de formación de la ley. Lo expuesto precedentemente demuestra que no procede crear una Corte Constitucional para conocer y juzgar los conflictos de esta naturaleza. Por lo demás, un organismo de ese tipo tiene justificación en regímenes federales”³ (El subrayado es nuestro).

Como veremos a continuación, dicha declaración concuerda con lo expresado en efecto en julio de 1964, por S.E. el Presidente de la República don Jorge Alessandri Rodríguez.

3. Proyecto de Reforma Constitucional de julio del año 1964

Se propuso en el mes de julio ese año por el Jefe de Estado el siguiente texto:

“Si el Presidente de la República veta un proyecto de ley tachándolo de inconstitucional por invadir atribuciones del Presidente de la República, y el Congreso rechaza el veto e

³ Revista de Derecho y Jurisprudencia, año 1964, Tomo LXI, Memoria, pág. VIII.

insiste en el proyecto, el Presidente podrá reclamar ante la Corte Suprema, pidiendo que se declare inconstitucional dicho proyecto de ley”⁴

Como se señaló por Enrique Silva Cimma:

“La idea era simple, como puede verse, y apuntaba a una cuestión que había sido objeto de permanentes polémicas durante la Administración Alessandri: el rechazo indiscriminado, prácticamente en bloque, de vetos en que el Ejecutivo fundamentaba una cuestión de inconstitucionalidad. Es cierto que no se contemplaba aquí la creación de un tribunal especial de conflictos constitucionales y que sólo se preveía un aspecto parcial de las diversas cuestiones de constitucionalidad que se suscitaban en la actividad legislativa. Es cierto también que se recurría al criterio -hoy rechazado mayoritariamente por la moderna doctrina publicista- de entregar la solución de los conflictos a la Corte Suprema, lo que genera más inconvenientes que ventajas, pero con todo, el proyecto en cuestión tiene el mérito de haber sido el primero en que se planteara la necesidad de encontrar una solución a estos diferendos jurídicos entre poderes que estaban creando una situación grave en el desarrollo institucional del país”⁵

La doctrina se había pronunciado con constancia sobre el punto. Como lo expresa en síntesis duramente el profesor Teodoro Ribera Neumann:

“Interesante es destacar que durante largos períodos de nuestra historia constitucional el Congreso Nacional ejerció atribuciones legislativas en forma omnímoda, sin que los

4 En el Mensaje que el Presidente Alessandri envió al Congreso, puede leerse: “*Aquellas prácticas inconvenientes que antes ejerció el Congreso en la ley de presupuesto, se hacen hoy sentir en todos los proyectos que el Ejecutivo somete a su consideración, especialmente en los de orden social, previsional, financiero, tributario y otros, aparte de que muchas veces los parlamentarios toman directamente la iniciativa de proyectos de ley sobre estas materias que producen efectos aún peores. Cada proyecto es objeto de cientos de indicaciones que desnaturalizan su finalidad, que destruyen otras legislaciones vigentes y que involucran toda clase de materias absolutamente ajenas al proyecto mismo*”.

El profesor Enrique Navarro por su parte, nos relata que hubo sendos proyectos de reforma constitucional que no vieron la luz durante la vigencia de la Carta Política de 1925. NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la acción de inconstitucionalidad de la ley entre los años 2006 y 2012*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 39, diciembre de 2012, pág. 363 a 394.

5 SILVA CIMMA, Enrique, *Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, Colección Estudios Jurídicos N° 3, Editorial Jurídica venezolana, año 1977, pág. 23.

tribunales ordinarios controlaran la correspondencia de dichas normas con la Constitución. Aun cuando con la Constitución de 1925 se ampliaron las atribuciones de la Corte Suprema, fue, sin embargo, este órgano -y en contra de la opinión mayoritaria de la doctrina- el que se inhibió de ejercer una fiscalización más amplia de la inaplicabilidad. El Tribunal Constitucional consagrado a nivel de la Ley Fundamental de 1970 [...] fue producto de la tenacidad de la doctrina iuspublicista, que encontró cierta resistencia en la Corte Suprema que rechazaba la participación de sus miembros en la conformación del Tribunal Constitucional”⁶ (Nota: los subrayados son nuestros).

Asimismo, se encuentran las conclusiones que formuló el profesor Jorge Guzmán Dinator: donde se aconseja una relativa al

“establecimiento de órganos moderadores del poder, especialmente en la forma de una Corte Constitucional para los siguientes casos, ninguno de los casos afecta a la actual facultad de la Corte Suprema de declarar a posteriori la inaplicabilidad de la ley por causa de inconstitucionalidad en el caso particular: a) control preventivo de las disposiciones inconstitucionales de los reglamentos de las Cámaras; c) control preventivo de los decretos con fuerza de ley inconstitucionales; d) control preventivo de los tratados internacionales inconstitucionales; e) control preventivo de los reglamentos o decretos reglamentarios inconstitucionales; f) recurso de inconstitucionalidad en las leyes electorales inconstitucionales, pues actualmente no existe ningún recurso por jurisprudencia de la Corte Suprema, la cual se ha negado a admitir su competencia para conocer de esta materia; g) recurso contra la violación de las leyes delegatorias de facultades legislativas; h) resolución de las cuestiones de competencia entre el Congreso y el Presidente de la República (podría ampliarse a toda cuestión de competencia, porque el régimen actual me parece insuficiente); i) control de las operaciones de referéndum y proclamación de su resultado”
7

6 Dichas afirmaciones fueron extraídas de su exposición realizada el día 19 de noviembre de 1986, en el Seminario *Función del Tribunal Constitucional de 1980*, organizado por el Centro de Estudios Públicos, pág. 3 de su estudio (ó 79 del Seminario completo).

7 Recordemos la insistencia de la Corte Suprema, en orden a declarar no corresponderle intervenir -en lo referente al recurso de inaplicabilidad- en las reclamaciones efectuadas ante los tribunales electorales, pues estimó en forma invariable que dichos reclamos no constituían

Convalidando con lo anterior, el profesor Alejandro Silva Bascuñán, también expresó por aquellos años que:

“falta un organismo –que puede ser una Corte Constitucional– que prevenga las discrepancias que se produzcan entre el Presidente de la República y el Parlamento, y dictamine si la ley que está en vía de tramitación cabe o no en la Constitución. Esa Corte Constitucional podría estar organizada más o menos como nuestro Tribunal Calificador de Elecciones. La Corte Constitucional francesa, por ejemplo, tiene dentro de su competencia, la relativa a la calificación de las elecciones. Esa Corte Constitucional podría precisamente servir para que el Ejecutivo defendiera frente al Parlamento ese campo reservado al Reglamento, a fin de que el Legislativo no se meta en detalles que vienen a hacer inútil o demasiado poco provechoso la acción del Parlamento. Hay muchos conflictos que se podrían resolver mejor por una Corte Constitucional de esta clase que por un llamado a la consulta del electorado. Se debería organizar un cuerpo como Corte Constitucional muy independiente del Parlamento, del Poder Judicial, etc., tal como ha sido trazado en la Constitución italiana o en la francesa”⁸

También en Proyecto de Reforma del Presidente Alessandri del año 1964, ahora centrado a una nueva redacción del art. 86 de la Carta Política, en su parte considerativa y refiriéndose a la idea de un nuevo texto de dicho artículo, se proponía uno conforme al cual:

“La facultad de la Corte Suprema, de acuerdo con este artículo, para declarar inaplicable un precepto legal por ser contrario a la Constitución, que hoy puede ejercer en los casos particulares de que conoce, se sustituye y amplía en forma de que la Corte Suprema, a petición de cualquier ciudadano, deberá declarar inconstitucional cualquier precepto legal contrario a la Constitución Política del Estado, sea en la forma de su generación o en su contenido de fondo. Esta petición deberá fallarse dentro de treinta días de interpuesta.

juicios seguidos ante un tribunal de justicia. También nos remitimos a lo por nosotros ya estudiado en torno al marco de las leyes delegatorias. Merece por cierto destacarse además en la propuesta, lo referente a la resolución de cuestiones de competencia suscitadas entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional. GUZMÁN DINATOR, Jorge, *Nueva Sociedad Vieja Constitución, Foros dirigidos por...*, Editorial Orbe, año 1964, pág. 242.

8 Id., pág. 226.

“Acogido el recurso de inconstitucionalidad, la Corte Suprema ordenará publicar de inmediato el fallo respectivo en el Diario Oficial, y a partir de la fecha de esta publicación el precepto inconstitucional dejará de producir efecto, sin que esta declaración pueda afectar las sentencias ejecutoriadas dictadas con anterioridad a dicha publicación.

“Esta modificación -que también fue propuesta por el Presidente de la República al discutirse la reforma constitucional del año 1925-, está destinada a someter los actos del Congreso Nacional a normas semejantes a las que prevalecen para los demás poderes públicos y evitar la extralimitación en sus facultades por parte de aquél”

En virtud de las consideraciones transcritas, dicho proyecto sometía al Congreso Nacional el siguiente nuevo artículo 86:

“Artículo 86.- Sustitúyase el inciso 2° por los siguientes:

“La Corte Suprema, a petición de cualquier ciudadano, deberá declarar inconstitucional cualquier precepto legal contrario a la Constitución Política del Estado, sea en la forma de su generación o en su contenido de fondo.

“Esta petición deberá fallarse dentro de treinta días de interpuesta.

“Acogido el recurso de inconstitucionalidad, la Corte Suprema ordenará publicar de inmediato el fallo respectivo en el Diario Oficial, y a partir de la fecha de esta publicación el precepto inconstitucional dejará de producir efecto, sin que esta declaración pueda afectar las sentencias ejecutoriadas dictadas con anterioridad a dicha publicación”⁹

4. Indicación del Presidente Eduardo Frei Montalva, año 1965

Durante su gobierno, el Presidente Frei Montalva hizo un anuncio de Reforma Constitucional, lo que materializó por vía de una indicación durante la discusión del proyecto que se encontraba ya en el Congreso a mediados de 1965. En esa indicación gubernativa se propuso derechamente la creación de un Tribunal Constitucional de 9 miembros, llamado a resolver los conflictos jurídicos que se suscitaban entre el Poder Ejecutivo

⁹ 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 comprendido dentro de la órbita de aplicación del artículo 80 de la Carta Fundamental*, Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, N° 59, año 1996, págs. 107 a 117. Citado en *Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión N° 285, de 14 de abril de 1977, pág. 948.

y el Congreso Nacional durante la tramitación de un proyecto de Ley, y que como se sabe habían tenido gravitación a lo largo de nuestra vida institucional¹⁰.

10 El mismo Mandatario había dado su visión general sobre los hechos que produjeron la Guerra Civil de 1891, y en particular sobre la caída del Presidente de la República don José Manuel Balmaceda (1886-1891). Señaló que dicho quiebre institucional (y el posterior suicidio del Jefe de Estado que, como sabemos ocurrió al interior de la Legación argentina, donde había obtenido refugio después de desatarse un enfrentamiento armado entre el Ejército por un lado, leal al gobernante, y la Armada por el otro, la que se cuadró con el Congreso), se habría desencadenado cuando al Jefe de Estado el Parlamento le acuerda postergar el trámite de las leyes periódicas, negándose a discutir la Ley de Presupuestos para el correspondiente año 1891, mientras no existiera un gabinete ministerial de la confianza parlamentaria. En respuesta a esa medida, el Presidente decide gobernar aprobando por decreto el presupuesto del año anterior (año 1890). En medio de gran efervescencia política, el Congreso redacta un acta de deposición del Presidente de la República, la que es ignorada por éste último, quien a su vez clausura el Congreso, el 11 de febrero de 1891.

Al respecto, don Eduardo Frei Montalva, asevera: *“La lucha entre el poder presidencial y el naciente predominio del Parlamento estaba llegando, por otra parte, a su última fase y había de adquirir luego dramática intensidad. Hasta ahora se ha juzgado la Revolución de 1891 como un simple conflicto de poderes: por un lado, el Congreso defendiendo sus prerrogativas; por el otro, Balmaceda, temperamento ardiente, apasionado y personalista, llegando hasta los últimos extremos en defensa de lo que él concebía era la misión del Ejecutivo. ¿Pero fue sólo esa la causa de esta Revolución? Las nuevas orientaciones de la investigación histórica buscan otras fuentes donde descubrir el secreto fondo de los procesos políticos más o menos aparentes. En el Congreso estaba representada una clase social, un grupo humano poderoso y absorbente, que por sus características sociales y por razones de predominio económico resistía toda concepción de un Estado dominante. Es lo que Alberto Edwards ha descrito magistralmente en su ‘Fronda Aristocrática’. Balmaceda llegó al poder frente a una crisis política profunda, pues le correspondió vivir el último acto de un drama en el cual chocaba la fuerza social de una aristocracia con el Ejecutivo, que era su único contendor en su lucha para controlar íntegro el poder a través del Parlamento. Balmaceda concibió el proyecto de poner las grandes rentas del salitre al servicio del progreso económico y social del país, nacionalizando la industria salitrera; luchó por terminar con la desvalorización monetaria que beneficiaba a la oligarquía latifundista; propició una política de reforma crediticia que afectaba a los bancos particulares y un proyecto de creación del Banco del Estado que implicaba la nacionalización del crédito. Sostuvo al mismo tiempo, enérgicamente, la necesidad de regular la inversión extranjera subordinándola a los intereses nacionales. Este conjunto de proyectos configuró un cuadro político que colocó a Balmaceda en antagonismo abierto con los sectores latifundistas, los poderosos consorcios ingleses del salitre y la reciente oligarquía financiera”*. SILVA CIMMA, Enrique, *Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, Colección Estudios Jurídicos N° 3, Editorial Jurídica venezolana, año 1977, pág. 27.

Sin lugar a dudas merece especialísima atención para los específicos fines de este trabajo, lo expresado por el ex Presidente de la República a que se ha venido haciendo referencia. El 20 de abril de 1891, ante el Congreso Constituyente, don José Manuel Balmaceda, en el discurso pronunciado en esa ocasión, aseveró: *“Las diversas cuestiones de jurisdicción o competencia entre el Presidente de la República y sus agentes y el Poder Judicial, o entre el Poder Legislativo y los Poderes Ejecutivo y Judicial, acerca de la constitucionalidad de las leyes han creado conflictos muy serios, y por último el que ha provocado la convocatoria de la constituyente. Sería conveniente crear un tribunal especial compuesto de 3 personas nombradas por el Presidente de la República, de 3 nombrados por el Congreso y de otras 3 nombradas por la Corte Suprema, para dirimir sin ulterior recurso los conflictos entre poderes en los casos y en la forma que la Constitución establezca. No es natural, ni justo, que en los conflictos de poderes sea alguno de éstos el que se pronuncie y resuelva, porque se establece una supremacía de autoridad con menoscabo de las otras, ni habría jamás conveniencia en que uno sólo de los poderes públicos sea únicamente juez,*

5. Proyecto de Reformas Constitucionales de 1968

Por supuesto también debemos recordar el proyecto que -como todos los anteriores- nunca se convirtió en ley¹¹, y que introducía derechamente en la Carta Magna un nuevo capítulo que se denominaría “*Tribunal Constitucional*”. En lo referente a este trabajo, éste nuevo órgano -de haberse aprobado dicho proyecto- habría ostentado las siguientes atribuciones:

“a) Pronunciarse sobre las cuestiones constitucionales que se susciten en la tramitación con respecto al contenido de los proyectos de leyes y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso. La consulta sólo podrá hacerse por el Presidente de la República o por cualquiera de las Cámaras, dentro de los diez días siguientes a la votación en la Cámara Revisora, o sólo por aquel dentro del plazo en que pueda formular observaciones a un proyecto de ley. La consulta suspenderá por quince días la tramitación del proyecto o el plazo para formular observaciones. Si el tribunal no evacua la consulta dentro de ese término, continuará la tramitación del proyecto o regirá el plazo para formular observaciones. Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley de la República, pero podrán renovarse transcurrido el plazo de dos años, debiendo en todo caso ser resueltas por el Tribunal Constitucional;

siendo al mismo tiempo parte”. En la obra *El control de la constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)*, se destacan éstas palabras como parte de una visión adelantada del recordado Primer Mandatario chileno en torno a ésta importante cuestión. De ellas, que pueden ser calificadas como parte de su testamento político, resalta el hecho de que fueran dichas tres décadas antes de que formulara su tesis Hans Kelsen, el prestigioso jurista europeo, en torno a la necesidad de contar con un órgano constitucional que dirimiera tales eventualidades. Recién en 1920, y en Europa, se cumpliría el anhelo del académico nativo de Austria. ¿Fue el Presidente Balmaceda el primero en aventurar esta creación? Don Enrique Navarro -que fue Ministro del Tribunal Constitucional entre los años 2006 y 2012, en el cupo de designación que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia-, nos dice que tales palabras dadas en ese discurso fueron “*especialmente visionarias*”. La circunstancia aquélla aparece incluso destacada en el prólogo realizado a la antedicha obra, el que fuera escrito por el entonces presidente del Tribunal Constitucional don Marcelo Venegas Palacios. NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *El control de la constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 43, año 2011, págs. 30 y 31.

¹¹ Como explicita el profesor Juan Colombo: “*En los años 1964 y 1965, los ex Presidentes de la República don Jorge Alessandri y don Eduardo Frei, enviaron sendos proyectos de reforma constitucional en los que se proponía, si bien de manera diferente, una solución a eventuales conflictos entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, por la desigual interpretación de las normas constitucionales. Ambos proyectos, sin embargo, no fueron aprobados por el Congreso Nacional*”. COLOMBO CAMPBELL, Juan, *La justicia constitucional en Chile*, Cuadernos Tribunal Constitucional, año 2003, pág. 3.

“b) Conocer del recurso de inconstitucionalidad que se entable en contra de las siguientes disposiciones:

“1°. - Las normas con fuerza de ley dictadas en virtud de leyes delegatorias de facultades extraordinarias¹². El recurso sólo podrá interponerse dentro de los treinta días siguientes a la publicación de estas normas. Si el Tribunal las declarare inconstitucionales quedarán sin efecto los actos y medidas adoptados en virtud de ellas y el Presidente de la República dispondrá del plazo de treinta días para dictar nuevas disposiciones sobre la misma materia; y

“2°. - Los acuerdos y tratados internacionales”¹³

6. Nuevo Proyecto del Gobierno de Frei Montalva

El 17 de enero de 1969, el Presidente Frei Montalva, envió un nuevo Proyecto de Reforma a la Constitución Política del Estado, el que sí se convertiría en modificación constitucional, la que fue publicada el 23 de enero de 1970, cuando la Ley N° 17.284 introdujo al Código Político los artículos 78 a), 78 b) y 78 c) -entre otros que modificó, sustituyó o agregó¹⁴-, estableciéndolo en ellos el Capítulo VI de la Carta Fundamental, el que

¹² Se ha estimado que con la introducción de la mencionada facultad en un capítulo como el que sería concerniente al “*Tribunal Constitucional*”, se estaría dando solución a un tema siempre controversial al interior de la Corte Suprema, y que decía relación con la posición del máximo tribunal sobre su incompetencia para juzgar la delegación de facultades del Poder Legislativo al Ejecutivo, posición que nosotros estudiáramos con detenimiento en el capítulo respectivo de esta entrega.

¹³ De acuerdo con la profesora doña Marisol Peña Torres, en la normativa mencionada, las competencias del Tribunal “*abarcaban el conocimiento de las cuestiones de constitucionalidad promovidas durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados (control preventivo). Asimismo, podía examinar la constitucionalidad de decretos con fuerza de ley y de decretos que convocaran a un plebiscito (control posterior). Igualmente podía pronunciarse sobre las inhabilidades para ser designado, permanecer o desempeñar el cargo de Ministro de Estado, como resolver los reclamos en caso de que el Presidente no promulgara una ley cuando debía hacerlo o si promulgaba un texto diverso del que correspondía. Finalmente, le estaba confiada la resolución de aquellas contiendas de competencia entre órganos del Estado que determinarían las leyes*”, citada en RIVAS POBLETE, Diana, *Naturaleza jurídica de la inaplicabilidad en el modelo chileno*, Memoria de Prueba, y ganadora del Premio “*Tribunal Constitucional*” correspondiente al año 2012, publicada en los Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 51, año 2013, pág. 25.

¹⁴ Agregó la Reforma -como incisos finales al artículo 108-, disposiciones que tuvieron que ver con que un proyecto aprobado por el Congreso Pleno no podría ser rechazado totalmente por el Jefe de Estado. También, vino a reemplazar el artículo 109 por uno nuevo, en orden a facultar al Presidente de la República, consultar a la ciudadanía, mediante un plebiscito, cuando un proyecto de reforma constitucional presentado por él fuera totalmente rechazado por el Parlamento, en cualquier estado de su tramitación.

pasó a llamarse “*Tribunal Constitucional y Tribunal Calificador de Elecciones*”. Aunque fue aprobado con esa fecha, no entraría en vigencia sino hasta el 4 de noviembre de 1970, como lo dispuso su artículo 2°¹⁵.

Es necesario revisar el Mensaje de dicho Proyecto:

“Una de las causas que resta eficacia a la acción de los Poderes Públicos, es la discrepancia que suele surgir entre el Ejecutivo y el Congreso. No necesito traer aquí el recuerdo de tantos hechos que corroboran esta afirmación, acerca de la cual, por lo demás, existe consenso. De los conflictos entre esos dos Poderes del Estado, muchos son superados por acuerdos políticos, logrados dentro del libre juego de nuestras instituciones. Pero el problema se presenta cuando esos acuerdos no se obtienen, porque nuestro sistema no prevé el medio para zanjar la disputa. Una reforma constitucional ha de llenar este vacío. Con este fin, el proyecto en trámite consulta la creación del Tribunal Constitucional, encargado de dirimir los conflictos cuya raíz consista en una encontrada interpretación de la Carta Fundamental; y la facultad que se entrega al Presidente de la República de convocar a plebiscito, y de disolver el Congreso, para resolver las discrepancias políticas. El Tribunal Constitucional que por este Mensaje propongo crear, ya existente en otras legislaciones más avanzadas, cumplirá satisfactoriamente su objetivo primordial, cual es, la definición de los conflictos de poderes que surjan por la desigual interpretación de las normas constitucionales, cuyo imperio y observancia así quedan robustecidas. Por otra parte, la disolución del Congreso y el plebiscito permitirán superar los conflictos específicamente políticos. Cuando la disolución tenga lugar, lo que no podrá ocurrir más de una vez en cada período presidencial, el pueblo será el llamado a dirimir la disputa que le ha servido de causa, o aprobando la posición del Ejecutivo al que dará mayoría bastante para gobernar de acuerdo a su línea política, o desaprobándola, para que el Ejecutivo revise su orientación y, democráticamente, la conforme al camino que le señaló el pueblo soberano. A diferencia de proyectos anteriores, se propone que el plebiscito sólo pueda tener lugar, cuando una reforma constitucional propuesta por el Ejecutivo no obtenga la aprobación del voto de la mayoría de los parlamentarios en ejercicio, porque se ha demostrado que

15 Firman, S.E. don Eduardo Frei y su Ministro de Justicia don Gustavo Lagos Matus.

esta mayoría es extremadamente difícil de alcanzar cuando se trata de modificaciones que por su importancia o por tocar las atribuciones de los Poderes Públicos, dividen las opiniones”

16 17

16 Mensaje Presidencial de 18 de marzo de 1969, Cuenta en Sesión 21, Legislatura Extraordinaria 1968-69. *Historia de la Ley N° 17.284, Modifica la Constitución Política del Estado*, pág. 6. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, (936 páginas).

También el Mensaje reconocía en los siguientes términos, la jurisprudencia invariable de la Corte Suprema frente a su facultad de declaración de inaplicabilidad: **“La Corte Suprema ha estimado que sólo puede ejercer su facultad respecto de aquellas normas legales que infrinjan o vulneren los derechos que otorga la Carta Fundamental, pero, ha sido siempre renuente en acoger recursos de inaplicabilidad por vicios de inconstitucionalidad formal, porque estima que no tiene competencia para inmiscuirse en el proceso interno de la formación de la ley consagrada en los Reglamentos internos de cada rama del Parlamento. El Tribunal Constitucional será el organismo encargado de avocarse a este tipo de problemas jurídicos en la etapa del proceso de formación de la ley”**; y en cuanto al efecto relativo de sus sentencias: **“El recurso de inaplicabilidad que se plantea ante la Corte Suprema es para impugnar un texto, precepto o disposición legal vigente y sólo podrá interponerse por un particular, en juicio, cuando tenga un interés jurídico comprometido. Por la relatividad de las actuaciones y resoluciones judiciales, la sentencia que se dicte por el Tribunal Supremo sólo tendrá eficacia y podrá invocarla y hacerla valer el particular que obtuvo la sentencia a su favor”** (pág. 32). Puede consultarse, además, *La Reforma Constitucional de 1970*, Editorial Jurídica de Chile, año 1970.

17 No olvidemos que hubo discrepancias surgidas con ocasión de la promulgación de la Reforma Constitucional de 1967 (Ley 16615). El Presidente de la República había recibido con fecha 17 de octubre de 1966, de parte de la Presidencia del Senado, un oficio donde se le comunicaba que el Congreso había aprobado, y el Congreso Pleno ratificado, el proyecto sobre reforma de la garantía constitucional de la propiedad, esto es, la modificación al artículo 10 N° 10 de la CPE. Cuatro días más tarde, el Presidente Frei devolvió dicho proyecto al H. Senado (como Cámara de origen), haciendo una observación (veto), donde señaló que la enmienda que había aprobado el Parlamento, referida a que debería ser por una *ley* la fijación de la indemnización que debería enterarse en casos de expropiaciones.

El Presidente en su veto sustitutivo, pidió que quedara claridad que dicha legislación debía ser de iniciativa exclusiva del Ejecutivo, porque comprometía recursos del Estado, incidiendo además de manera muy relevante en la planificación del desarrollo económico del país. Arguyó que la Reforma del año 1943 vino a ser muy clara al respecto, ya que reservó al Presidente de la República la iniciativa en materia de algunos gastos públicos, y que al Congreso *sólo* le tocaba aceptar, disminuir o rechazar los gastos a que dieran lugar los servicios, empleos, emolumentos o aumentos que propusiere el Ejecutivo. El Senado procedió a declarárselo constitucionalmente inadmisibile, estimando que era en realidad un veto *aditivo* y no *sustitutivo* el que se había formulado por el Primer Mandatario, siendo que los primeros -aseveró la Cámara Alta- le estaban vedados cuando se trataba de reformas constitucionales. La Cámara de Diputados por su parte, aprobó la observación del Jefe de Estado.

Es entonces cuando tuvo lugar el conflicto constitucional entre Senado y Presidente de la República: éste sostuvo que aquella Corporación no había insistido en el texto primitivo, limitándose sólo a declarar la inadmisibilidad constitucional del veto presidencial. En abono de su tesis esgrimió, además, que la otra Cámara le había prestado aprobación a la observación ejecutiva. El Senado por su parte, pidió que el Presidente promulgara necesariamente el texto en la forma aprobada por el Congreso Pleno, por cuanto se había rechazado el veto.

Por corresponderle expedirse sobre los decretos promulgatorios, no quedó otro camino que recurrir a la Contraloría General de la República. Declaró dicho Organismo -bajo Dictamen N° 3.633, de fecha 14 de enero de 1967, firmado por el Contralor General subrogante don Héctor Humeres- que no había ley ni reforma en lo *discutido*, y que, por lo tanto, no habiendo

7. Instalación del primer Tribunal Constitucional en Chile

La primera reunión del nuevo Tribunal Constitucional chileno se realizó con fecha 10 de septiembre de 1970, en dependencias de la Secretaría de la Corte Suprema. Su conformación fue la que sigue: señores Ramiro Méndez Brañas y Rafael Retamal López (a la sazón Presidente y Ministro de la Corte Suprema respectivamente, nominados por ésta); además de los señores Adolfo Veloso Figueroa, Jacobo Schaulsohn Numhauser y Enrique Silva Cimma (nominados por el Presidente de la República, con acuerdo del Senado). Se acordó como primera medida “*declarar constituido*” en esa fecha el Tribunal; acto seguido se eligió como Presidente al último de los nombrados^{18 19}. Actuó como secretario, don René Pica, que lo era a su vez del máximo tribunal de justicia.

ley, sólo procedía promulgar la reforma en la parte *no disputada* por los poderes colegisladores, coincidiendo con el Ejecutivo en ese aspecto. Por ello en el decreto promulgatorio respectivo, el Presidente don Eduardo Frei dejó anotada esta circunstancia, declarando incorporada las disposiciones a la CPE, y no incluyendo la frase respecto a la cual no se había producido acuerdo. El Contralor (s) además declaró, que la entidad fiscalizadora no era un Tribunal de conflictos constitucionales, no correspondiéndole por ello dirimir una contienda de atribuciones entre ambos órganos del Estado, por carecer de atribuciones legales y constitucionales para ello.

Más detalles, consultar *Historia de la Ley N° 16.615, Modifica Constitución Política del Estado*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, págs. 1155 y ss. (1310 págs.).

18 Sólo como un dato histórico, diremos que la elección del Presidente del organismo no fue en primera votación. Llamados los jueces a definirse, el resultado fue el siguiente: señor Silva Cimma, 2 votos; señor Méndez, 1 voto; señor Retamal, 1 voto; y señor Veloso, 1 voto. No consiguiéndose la mayoría necesaria, fue realizada una segunda votación con el resultado siguiente: señor Silva, 3 votos; señor Retamal, 1 voto; y señor Veloso, 1 preferencia. En consecuencia, resultó elegido para liderar el nuevo Tribunal, don Enrique Silva Cimma. A continuación, se procedió a la designación de uno de sus integrantes en el *Tribunal Especial* que debía juzgar la resolución del Contralor General de la República, en cuanto este funcionario fijase el monto de las indemnizaciones que debían pagarse a las empresas del cobre y sus filiales nacionalizadas, todo ello en conformidad con la letra c) de la Disposición Transitoria 17a. de la Constitución. También resultó electo para ese cometido el señor Silva Cimma.

19 Desde el inciso 3° de la letra a) del artículo 78 de la Constitución de 1925, reformada por la Ley N° 17284 de 23 de enero de 1970, se estatuyó además lo siguiente en lo relativo al nombramiento de sus jueces, los requisitos que les eran exigibles, y las circunstancias de la cesación en sus cargos:

“**Artículo 78.** Los Ministros designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado deberán ser abogados con un mínimo de doce años de ejercicio de la profesión y no podrán tener ninguno de los impedimentos que inhabiliten para ser designado juez, y uno de ellos deberá tener, además, el requisito de haber sido durante diez años titular de una cátedra universitaria de Derecho Constitucional o Administrativo en alguna de las escuelas de Derecho del país. Estos Ministros estarán sometidos a las normas que para los Diputados o Senadores establecen los artículos 29 y 30, pero sus cargos no serán incompatibles con los de Ministro, Fiscal o Abogado Integrante de los Tribunales Superiores de Justicia, y lo serán con los de Diputado, Senador y miembro del Tribunal Calificador de Elecciones.

Los Ministros de designación de la Corte Suprema serán elegidos por ésta en una sola votación secreta y unipersonal, resultando proclamados quienes obtengan las dos más altas mayorías. Los empates serán dirimidos por sorteo en la forma que determine esa Corte.

Las materias que le correspondía resolver según sus atribuciones se encontraban en la letra b) del artículo 78. Sus literales eran los siguientes:

“a) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;

“b) Resolver las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley;

“c) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten con relación a la convocatoria al plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones;

“d) Resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales que afecten a una persona para ser designado Ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente otras funciones ²⁰;

Los Ministros de que trata el inciso 3° cesarán en sus cargos por muerte, por interdicción, por renuncia aceptada por el Presidente de la República con acuerdo del Senado, por remoción acordada por éste a proposición de aquél, y por aceptar alguno de los cargos a que se refiere el inciso 2° del artículo 30. Los Ministros a que se refiere el inciso 4° cesarán en sus cargos por expirar en sus funciones judiciales y por renuncia aceptada por la Corte Suprema.

En caso de que un Ministro cese en su cargo de acuerdo con cualquiera de los dos incisos anteriores, se procederá a su reemplazo por el tiempo que falte para completar su período. Habiendo cesado en el cargo uno sólo de los Ministros designados por la Corte Suprema, la elección del reemplazante se efectuará por ese Tribunal de acuerdo con los dos primeros incisos del artículo 65, y los empates serán dirimidos en la forma que indica el inciso 4° del presente artículo.

Los Ministros gozarán de las prerrogativas que los artículos 32 a 35 otorgan a los Diputados y Senadores. El quórum para las reuniones del Tribunal será de tres de sus miembros y sus acuerdos se adoptarán por mayoría de votos emitidos. El Tribunal elegirá de su seno un Presidente, que durará dos años en sus funciones. Corresponderá al propio Tribunal, mediante autos acordados, dictar las demás normas sobre su organización y funcionamiento y las reglas de procedimiento aplicables ante él, como también fijar la planta, remuneraciones y estatutos de su personal y las asignaciones que correspondan a los Ministros del mismo. Anualmente se destinarán en el Presupuesto de la Nación los fondos necesarios para la organización y funcionamiento del Tribunal”.

20 Sólo a modo ilustrativo, puede consultarse una sentencia -la N° 3- que tuvo mucha resonancia política. Nos referimos al requerimiento formulado por una parte de los Senadores, para declarar la inhabilidad del señor Ministro del Interior don José Tohá González, para ocupar la cartera de la Defensa Nacional, en circunstancia de que había sido declarada admisible por la Cámara de Diputados una acusación constitucional en su contra bajo los cargos de *“infracción a la Constitución, atropellamiento de las leyes, haberlas dejado sin ejecución y haber comprometido gravemente la seguridad de la Nación”*, siendo por ello suspendido de sus funciones. A raíz de lo anterior -y estando pendiente el resultado final de ella ante el Senado-, el Presidente de la República don Salvador Allende, nombró al acusado en el Ministerio de Defensa (cuyo

“e) Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley cuando deba hacerlo, o promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda; y

“f) Resolver las contiendas de competencia que determinen las leyes. En el caso de la letra a), el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República,

titular debió necesariamente renunciar, para acto seguido ser nombrado como suplente en Interior). Los requirentes argumentaban que no podía ser nuevamente designado, pues estaba constitucionalmente impedido.

La defensa del señor Tohá expuso ante el Tribunal Constitucional, que solicitaba el rechazo del reclamo, esencialmente porque no constituía la suspensión de un Secretario de Estado, acusado en juicio político, causal de inhabilidad para su nombramiento en otro cargo de la misma naturaleza. La Magistratura Constitucional resolvió, con fecha 10 de febrero de 1972, por cuatro votos contra uno, que rechazaba el requerimiento en su contra, en cuanto dicho funcionario pudo ser designado en Defensa Nacional mientras estaba suspendido de su cargo en Interior.

Por la mayoría se pronunciaron los Ministros señores Silva Cimma, Schaulsohn, Veloso y Méndez Brañas, quienes argumentaron en lo principal, que no había en la Carta Política disposición expresa que consagrara tales inhabilidades: *“Para evitar toda duda sobre el particular, el Presidente de la República procedió a designar Ministro del Interior, en el carácter de suplente, a don Alejandro Ríos Valdivia, conforme al Decreto N° 80, del 7 de enero recién pasado, nombramiento que comporta claro acatamiento al efecto directamente señalado por la Constitución para el Ministro cuya acusación acoge la Cámara de Diputados, y por cierto, entonces, no puede merecer crítica, ni siquiera en cuanto a que el señor Ríos Valdivia haya sido designado como suplente [...] Es a los constituyentes o legisladores a quienes compete, según discrecionalmente lo juzguen procedente, crear las reglas que eviten situaciones que ellos califiquen de inadmisibles o inconvenientes. De esta manera, a falta de inhabilidad señalada por el derecho vigente y no procediendo la construcción de esta por vía interpretativa extensiva, tanto más si se materializa en una prohibición para el nombramiento en una función pública que mira al ejercicio de una atribución constitucional del Jefe del Estado, solamente debe limitarse el Tribunal a no admitirla”*. Además, la particularidad que envuelve el caso de un Secretario de Estado, estriba en la propia naturaleza de sus funciones, por lo que de la gama de autoridades acusables por el Parlamento, *“los Ministros de Estado son los únicos que pueden recibir, simultánea o sucesivamente, más de un nombramiento en diversas carteras para desempeñarlas en forma coetánea por existir compatibilidad legal. Por la inversa, no hay pluralidad de cargos de General, Almirante, Ministro de Corte, Contralor General de la República que puedan reunirse en una sola persona. Algunos de los demás funcionarios acusables podrán ascender o ser trasladados, dejando o conservando el único cargo, en su caso. Un Ministro de Estado puede ser nombrado y servir dos cargos, en carteras distintas, con funciones legales diferentes, y por eso un Ministro del Interior puede más adelante recibir -sin dejar éste- una nominación como Ministro de Defensa. El acusado y suspendido no es cambiado de cartera. Se la conserva y se le nombra independientemente en otro cargo compatible, en otro Ministerio diverso. No se desconoce ni viola la decisión de la Cámara de Diputados. Simplemente se ejercita otra facultad del Presidente de la República no interdicta por el acuerdo de la Cámara de Diputados: nombrar como Ministro en un Departamento a un ciudadano no afectado por prohibición para el nuevo destino”*.

Por acoger el requerimiento estuvo el Ministro señor Retamal López, quien dejó en claro que, a su entender, la suspensión producida por el acuerdo de la Cámara, no sólo significaba que el acusado no podía continuar desempeñándose en relación con el cargo que motivó la presentación, sino que importaba no poder acceder a funciones similares.

*de cualquiera de las Cámaras o de más de un tercio de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley”*²¹

El artículo 78 c) estipulaba que contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno. Y, además:

“Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate.

“Resuelto por el Tribunal que un precepto legal es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia”

²¹ El procedimiento contemplado para cada una de las situaciones era el siguiente:

“El Tribunal deberá resolver dentro del plazo de diez días contado desde que reciba el requerimiento, a menos que decida prorrogarlo hasta otros diez días por motivos graves y calificados. El requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto; pero la parte impugnada de éste no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo referido, salvo que se trate de las materias enunciadas en los números 4º, 11º y 12º del artículo 44.

“En el caso de la letra b), la cuestión podrá ser planteada por el Presidente de la República dentro del plazo de treinta días cuando la Contraloría rechace por inconstitucional un decreto con fuerza de ley. También podrá ser promovida por cualquiera de las cámaras o por más de un tercio de sus miembros en ejercicio contra un decreto con fuerza de ley que la Contraloría hubiere tomado razón y al cual se impugne de inconstitucional, dentro del plazo de treinta días contados desde su publicación. El Tribunal deberá resolver dentro del plazo señalado en el inciso 5º.

“En el caso de la letra c), la cuestión podrá promoverse a requerimiento del Senado o de la Cámara de Diputados, dentro del plazo de diez días a contar desde la fecha de publicación del decreto que fije el día de la consulta plebiscitaria. Una vez reclamada su intervención, el Tribunal deberá emitir pronunciamiento en el término de diez días, fijando en su resolución el texto definitivo de la consulta plebiscitaria, cuando ésta fuere procedente.

“Si al tiempo de dictarse la sentencia faltaren menos de treinta días para la realización del plebiscito, el Tribunal fijará en ella una nueva fecha comprendida entre los treinta y los sesenta días siguientes al fallo.

“En el caso de la letra d), el Tribunal procederá a requerimiento de cualquiera de las Cámaras o de un tercio de sus miembros en ejercicio y deberá resolver dentro del plazo de treinta días, prorrogable en otros quince por resolución fundada.

“En los casos de la letra e), la cuestión podrá promoverse por cualquiera de las Cámaras, y si se trata de la promulgación de un texto diverso del que constitucionalmente corresponda, el reclamo deberá formularse dentro de los treinta días siguientes a su publicación.

“En ambos casos, el Tribunal resolverá en el término a que se refiere el inciso 3º, y si acogiere el reclamo promulgará en su fallo la ley que no lo haya sido o rectificará la promulgación incorrecta.

“Cuando el Tribunal no se pronuncie dentro de los plazos señalados en este artículo, salvo el de la letra d), los Ministros cesarán de pleno derecho en sus cargos. En el ejercicio de sus atribuciones, el Tribunal actuará conforme a derecho; pero procederá como jurado respecto a la apreciación de los hechos cuando se trate de las inhabilidades de Ministros de Estado.

“Si pendiente la decisión de un asunto sometido al conocimiento del Tribunal expirare el período para el que éste fue elegido, continuará conociendo de él hasta su total resolución”

Nuevamente en palabras de Teodoro Ribera, la labor desplegada por este organismo -asumiendo que hasta hoy aún no se ha efectuado una explicación ni estudio profundos de las sentencias que expidió en el período que tuvo su inicial existencia-:

*“...a la luz de la doctrina y de las normas imperantes en la época (porque analizar fenómenos históricos con parámetros distintos puede conducir a un grave error), carecía de legitimidad democrática, de tradición y de prestigio en el sistema jurídico, no por quienes lo integraban sino por el solo hecho de ser un Tribunal nuevo, que detentaba atribuciones, pero aún no se ganaba su espacio político. Sin embargo, el clima de tensión institucional y las luchas políticas intensas sobrepasaron al Tribunal Constitucional, el cual quizás pudo haber tenido una postura más decidida en sus fallos, lo que sin embargo pudo haber exacerbado aún más la confrontación política”*²²

A su turno, y sobre este mismo aspecto, Marisol Peña Torres nos recuerda:

“Debe reconocerse que el Tribunal Constitucional de 1970 funcionó en una época particularmente difícil de la vida nacional, lo que, sin duda, impidió que pudiera desplegar su labor como se hubiese esperado. Ello, porque la labor de los Tribunales Constitucionales se presenta estrechamente asociada a la necesidad de favorecer el equilibrio de los poderes o funciones del Estado, en un marco de frenos y contrapesos...”

^{23 24}

²² RIBERA NEUMANN, Teodoro, *El Tribunal Constitucional, su proceso de legitimación*, Cursos, abril de 1999.

²³ Al respecto, a renglón seguido, la autora hace alusión directa a Hans Kelsen, cuando éste razona sobre el acontecimiento de la anulación de las leyes por parte de un tribunal. Para este autor, lo anterior debe interpretarse “más como un reparto del poder legislativo entre dos órganos que como una intromisión en el poder legislativo. Ahora bien, en este caso no se habla generalmente de una violencia del principio de separación de poderes [...] Si se quiere mantenerlo en la república democrática sólo puede ser tomado razonablemente en consideración, de entre sus diferentes significados, aquél que se expresa mejor en la fórmula de la división de poderes que en la separación de los mismos, es decir; el que alude a la idea del reparto del poder entre órganos diferentes no tanto para aislarlos recíprocamente como para permitir un control recíproco de unos sobre otros. Y esto no sólo para impedir la concentración de un poder excesivo en manos de un sólo órgano [...] sino también para garantizar la regularidad del funcionamiento de los diferentes órganos. Pero entonces la institución de la Justicia Constitucional no está en absoluto en contradicción con el principio de separación de poderes, sino que constituye, por el contrario, una afirmación del mismo”. Citado en PEÑA TORRES, Marisol, *Cuatro Estudios de Justicia Constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 36, año 2007, págs. 29 y 30.

²⁴ Podemos incluir en este punto, el caso especialmente delicado referente al conflicto surgido entre las posiciones del Presidente de la República Salvador Allende por un lado, y el Congreso Nacional por el otro, en cuanto a la situación generada por la presentación de un

Proyecto en Moción de los HH. Senadores Juan Hamilton y Renán Fuentealba sobre Reforma Constitucional. Esta propuesta se asemejaba a la presentada por el Gobierno en octubre de 1971 sobre las <<Áreas de la Economía>>, pero constaba de una diferencia no menor: la de los nombrados parlamentarios establecía que sólo por ley podían traspasarse a las áreas determinadas (social, privada o mixta de la economía) las empresas productoras de bienes o servicios, o de los derechos sobre ellas.

El Ejecutivo entendía que con ello se cercenaban sus facultades, pues debía recurrirse al Parlamento para declarar por vía legal la estatización de cualquier empresa, lo que aquél entendía podía realizarse por vía administrativa. Lo que ocurrió fue lo siguiente: presentado el proyecto de ambos Senadores -en fechas muy recientes al mentado proyecto del Ejecutivo-, el Congreso Pleno lo aprobó (19 de febrero de 1972). Dos días después así se lo comunicó al Jefe de Estado. El 6 de abril, el Primer Mandatario opone al proyecto aprobado un *veto*, objetando parcialmente algunas de sus disposiciones. El veto fue rechazado tanto por la Cámara de Diputados como por el Senado.

El Ejecutivo sostuvo entonces, que el Congreso, al rechazar el veto debía pronunciarse acerca de si insistía o no en la primitiva redacción dada al proyecto, insistencia que sólo sería posible si obtenía los votos de los dos tercios (2/3) de los miembros presentes de cada Cámara. Las mayorías del Congreso en cambio alegaban, que, rechazados los vetos por el voto conforme de la mayoría de los Diputados o Senadores en ejercicio, procedía remitir el proyecto al Ejecutivo quien debía, o *promulgarlo* (acatando de ese modo la voluntad mayoritaria del Congreso), o *llamar a plebiscito* consultando sobre la discrepancia a la ciudadanía.

El 12 de mayo de 1973 el Presidente Allende decide someter el conflicto a la decisión del Tribunal Constitucional: acusaba que el Congreso -tratando de reformar la CPE por la vía de la interpretación e intentando imponer su criterio-, se colocaba fuera de la Carta Fundamental: sustentó la tesis de que un criterio como el de la simple mayoría parlamentaria -y no el de los 2/3 que necesariamente se requerirían-, implicaba imponer la voluntad de esa *simple mayoría* del Parlamento por sobre la del Poder Ejecutivo, en circunstancias que la naturaleza jurídica del veto precisamente era esa: el de la necesidad de requerir elevar el quórum parlamentario de la votación, porque de lo contrario -si es que aquél puede ser sobrepasado por la misma votación que le ha dado origen, y por la cual se ha hecho la mentada *observación presidencial*- no tendría sentido la institución del veto. Además, el Presidente adujo que la norma que establecía la Constitución para la tramitación de las leyes, era aplicable también a los proyectos de reforma constitucional.

El Parlamento por su parte insistió en que el Presidente de la República promulgara y publicara el proyecto de Reforma tal como se había aprobado, y no solamente las partes de él sobre las cuales había habido acuerdo entre los dos Poderes (como era el criterio del Ejecutivo). Es decir, el conflicto estaba planteado entre las más altas autoridades de la Nación, y el Jefe de Estado lo sometió a continuación a consideración del Tribunal Constitucional.

El Congreso adujo ante esta instancia -como incidente de previo y especial pronunciamiento-, el de incompetencia absoluta del Tribunal para pronunciarse.

Fallo del Tribunal: con fecha 31 de mayo de 1973, la Corte Constitucional chilena emitió su sentencia, declarándose incompetente absolutamente para resolver la disputa de atribuciones constitucionales planteada. Formaron mayoría su Presidente Enrique Silva Cimma y los Ministros Rafael Retamal e Israel Bórquez. El voto por rechazar la *excepción de incompetencia* correspondió al Ministro Adolfo Veloso, quien estuvo por pronunciarse sobre el fondo; y el Ministro Jacobo Schaulsohn estuvo por declarar previamente la improcedencia actual del requerimiento, sin perjuicio de lo que pudiera resolverse en la debida oportunidad.

En el ínterin, el Jefe de Estado había enviado a la Contraloría General de la República un decreto promulgatorio de la reforma constitucional en el que omitía aquellas disposiciones que a su juicio no habían terminado de tramitarse en el Congreso por no haberse pronunciado éste con el voto de los 2/3 de sus miembros. Empero, notificado del fallo del TC, el Presidente procedió a retirar de tramitación dicho decreto, declarando que no existiendo el organismo

Tendencias jurisprudenciales correspondientes al período comprendido bajo la Constitución de 1925

- a) Se estableció que la Corte Suprema de Justicia, era el único Tribunal de la República con jurisdicción para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la ley;
- b) Se distinguió entre la inaplicabilidad de una ley y la nulidad de ésta;
- c) Se estableció asimismo la singularidad y efecto relativo de la declaración de inaplicabilidad de una ley, es decir “*Inter partes*”, y no con efectos “*erga omnes*”;
- d) El máximo tribunal invariablemente entendió que su misión era efectuar una comparación concreta y objetiva entre los preceptos constitucionales y los legales impugnados, es decir, que el recurso de inaplicabilidad, doctrinariamente, tenía un carácter puramente jurídico;
- e) Se determinaron todos los requisitos procesales que harían posible su procedencia, desde que el juicio estuviere sometido al conocimiento de un tribunal de justicia; que dicho juicio no sería considerado en el estricto sentido del término; que bastaba para su interposición la sola posibilidad de aplicación de un precepto legal determinado, no la certeza de su aplicación; que tampoco podía intentarse para una pluralidad de juicios, entre otros;
- f) La posibilidad de interponerlo, cabía incluso si el proceso en el que trataba de incidir se hallaba en etapa de recurso de casación pendiente ante la misma Corte Suprema;
- g) No procedía ante gestiones entabladas ante el Tribunal Calificador de Elecciones;
- h) No procede frente a los decretos supremos ni reglamentos;

en nuestro sistema jurídico que pudiera resolver un conflicto de las dimensiones a que se ha venido haciendo referencia, sólo restaba promulgar aquellas partes de la reforma respecto de las cuales no había disputa ya que, de otra forma uno de los Poderes colegisladores aparecería imponiéndose sobre la otra sin fundamento jurídico que le habilitara para ello.

El Contralor General don Héctor Humeres Magnan, con fecha 2 de julio de 1973 (mediante Oficio 50782), al pronunciarse sobre la constitucionalidad del decreto promulgatorio -parcial en este caso-, lo rechazó. No hubo más acciones del Ejecutivo.

- i) Sólo puede intentarse contra vicios de fondo de una ley, no por vicios de forma o generación de los preceptos legales. Lo anterior fue muy criticado tanto por la doctrina nacional, como destacados votos de minoría al interior del máximo tribunal;
- j) No correspondía al máximo órgano del Poder Judicial inmiscuirse en las decisiones de los Poderes colegisladores, sobre si podían delegarse atribuciones del Legislativo al Ejecutivo, mediante la dictación de decretos con fuerza de ley, circunstancia también rebatida por interesantísimos votos disidentes;
- k) Tampoco le correspondía juzgar a la cabeza del Poder Judicial si esas facultades delegadas, excedían o contrariaban la ley delegatoria. Como apreciamos, constaron también destacadas disidencias sobre el punto;
- l) También se discutió si cabían bajo la órbita del recurso de inaplicabilidad, disposiciones dictadas bajo el imperio de la Constitución de 1833. El máximo tribunal, como vimos, estimó que la facultad que al respecto le concedió la Constitución de 1925 no contenía limitaciones de ninguna especie;
- ll) Importantes normas que involucraban complejos asuntos sociales y políticos terminaron mediante este recurso en manos de la Corte Suprema, lo que le significó a este organismo resolver, en definitiva -mediante la declaración respectiva de constitucionalidad o inconstitucionalidad de dichas normas- las disputas generadas en torno relevantes materias.

CUARTA PARTE

La supremacía constitucional bajo la Carta de 1980

Por el hecho de situar la sujeción a la ley constitucional por encima de la sujeción a la ley simple, el Poder Judicial no se convierte en protector de la Constitución

CARL SCHMITT

Acabo de jurar por Dios y los Santos Evangelios, lo que para mí es todo...

... lo que he jurado es guardar la Constitución y la ley. Guardarlas en su contenido, no en su continente. Vivificarlas en la desafiante historicidad en cada caso. Cuidarlas de lecturas de inmovilidad y fijeza

Juez CARLOS CERDA FERNÁNDEZ
al ingresar a la Corte Suprema de Justicia, junio de 2014

SECCION PRIMERA

Historia

1. Antecedentes

Como sabemos, la Carta Política de 1980 es la Ley Fundamental vigente en Chile. Su texto fue aprobado en un plebiscito llevado a cabo el día 11 de septiembre de ese año, cuyo texto comenzó a regir el 11 de marzo del año siguiente.

Como también sabemos, en septiembre de 1973, debido a la acción conjunta de los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea, y del General Director de Carabineros, se produjo un quiebre institucional en el país o Golpe de Estado, que derribó de sus funciones al Presidente de la República don Salvador Allende Gossens, instalándose el mismo día de las acciones bélicas desplegadas, una Junta Militar de Gobierno la que dictó -mediante el Decreto-Ley N° 1- su *Acta de Constitución*, además de sus objetivos. Entre sus considerandos, señalan que son parte de la Fuerza Pública, que representa la organización que el Estado se ha dado para su resguardo, fuerza pública constitucionalmente formada por cada una de las ramas de las Fuerzas Armadas, más la de Orden, las que:

“1°) Con esta fecha se constituyen en Junta de Gobierno y asumen el Mando Supremo de la Nación, con el patriótico compromiso de restaurar la chilenidad, la justicia y la institucionalidad quebrantadas, conscientes de que ésta es la única forma de ser fieles a las tradiciones nacionales, al legado de los Padres de la Patria y a la Historia de Chile, y de permitir que la evolución y el progreso del país se encaucen vigorosamente por los caminos que la dinámica de los tiempos actuales exigen a Chile en el concierto de la comunidad internacional de que forma parte;

2°) Designan al General de Ejército don Augusto Pinochet Ugarte como Presidente de la Junta, quien asume con esta fecha dicho cargo;

3°) Declaran que la Junta, en el ejercicio de su misión, garantizará la plena eficacia de las atribuciones del Poder Judicial y respetará la Constitución y las leyes de la República,

en la medida en que la actual situación del país lo permitan para el mejor cumplimiento de los postulados que ella se propone.”¹ (Nota: el subrayado es nuestro).

1 Después del 11 de marzo de 1981 -día de entrada en vigor de la Constitución Política (CPR) de 1980-, la Junta de Gobierno fue presidida por el Almirante don José Toribio Merino Castro. Hasta esa fecha el señor Pinochet Ugarte presidió la Junta de Gobierno (11 de septiembre de 1973-11 de marzo de 1981); aunque entre el 27 de junio y el 17 de diciembre de 1974, por disposición del Decreto-Ley N° 527, ocuparía el cargo con el título de *Jefe Supremo de la Nación*. “... **Artículo 7°.-** *El Poder Ejecutivo es ejercido por el Presidente de la Junta de Gobierno quien, con el título de Presidente de la República de Chile, administra el Estado y es el Jefe Supremo de la Nación, con las facultades, atribuciones y prerrogativas que este mismo Estatuto le otorga. El cargo de Presidente de la Junta corresponde al integrante titular de ella que ocupe el primer lugar de precedencia de acuerdo con las reglas que fija el Título IV*”.

Desde el 17 de diciembre de 1974 al 11 de marzo de 1981, por aplicación del Decreto-Ley N° 806 (que modificó al N° 527) ejerció bajo el título de Presidente de la República. Conservó hasta el 10 de marzo de 1998 la Comandancia en Jefe del Ejército que había ocupado desde el 26 de agosto de 1973. Retirado de la Comandancia, asumió el cargo de Senador en carácter de Vitalicio, conforme a lo dispuesto en el entonces vigente artículo 45 letra a) de la Carta Fundamental -calidad que también ocupó don Eduardo Frei Ruiz-Tagle-. Esta norma fue eliminada en las Reformas Constitucionales de 2005.

Con fecha 18 de marzo de 1998, al Tribunal Constitucional le correspondió expedirse en un requerimiento en su contra, el que pretendía inhabilitarlo para llegar a ocupar un escaño en el Senado. Dicho requerimiento fue presentado por 16 diputados en base al artículo 45 citado, en razón de que no habría desempeñado el cargo de Presidente de la República que tal norma exige. Fundaron básicamente su solicitud de la siguiente forma: i) que durante el período en que el señor Pinochet gobernó Chile, no había República: **“Por consiguiente, si no había República mal el ex General Pinochet pudo haber sido Presidente de la República”**, agregándose enseguida: **“Este militar ahora en retiro, fue Jefe de Estado de un gobierno autocrático pero jamás Presidente de la República”**; y ii) que la Disposición Decimocuarta Transitoria de la Constitución (en cuanto señala que el señor Pinochet continuará ejerciendo el cargo de Presidente de la República) no le conferiría tal carácter, porque dicha denominación sólo se reserva, en las normas pertinentes, para quien haya sido elegido en votación directa y por mayoría absoluta de los sufragios válidamente emitidos, “lo que en el caso sublite no ocurrió”.

La Magistratura Constitucional -en el rol N° 272-, argumentando su sentencia, primeramente nos dice que: **“(8°) ...es posición de este Tribunal ampliar hasta límite máximo permitido por la Constitución las atribuciones que ella le confiere, como asimismo permitir que los órganos legitimados puedan recurrir en forma expedita a esta Magistratura, a fin de que ella vele por el principio de la ‘supremacía constitucional’, consagrado como una de las bases esenciales de la institucionalidad en el artículo 6° de nuestra Carta Fundamental. Sin embargo, esta irrevocable posición no puede llevar al Tribunal a ir más allá de lo que razonablemente lo autoriza la Carta Fundamental”**, por lo que decide declarar, que carece de competencia para pronunciarse sobre la inhabilidad planteada (en virtud del artículo 82 N° 11 de la Carta Magna), porque le está **“vedado entrar a conocer de una pretensión de validez o legitimidad de los preceptos contenidos en el artículo 4° y en la disposición decimocuarta transitoria, inciso primero, de la Carta Fundamental, ya que al hacerlo importaría arrogarse una facultad que no se le ha conferido y lo que es más grave, situarse por sobre el Poder Constituyente originario”** (cons. 12°). Así se pronunciaron los Ministros señores Osvaldo Faúndez (Presidente), Eugenio Valenzuela, Luz Bulnes, Mario Verdugo y Hernán Álvarez García. El Ministro señor Verdugo Marinkovic previno que sólo aceptaba los considerandos 13° a 17°, teniendo además presente **“que los incordios que se advierten en la práctica, entre la normativa permanente del Código Fundamental con la contenida en su estatuto transitorio, no pueden ser superados mediante una interpretación exegética -como pretende el requerimiento en análisis- a menos**

Ponemos énfasis en esto último porque nos ayudará con los objetivos de nuestro trabajo.

Por el Decreto-Ley N° 27, de 21 de septiembre de 1973, la Junta de Gobierno -recordando al DL N° 1-, disolvió el Congreso Nacional.

Asimismo, el Tribunal Constitucional había cesado en sus funciones a poco andar del ascenso de las nuevas autoridades gubernamentales, por considerarlo la Junta de Gobierno como un órgano “*innecesario*”. Al efecto, el Decreto-Ley N° 119, publicado en el Diario Oficial de 10 de noviembre de 1973, disolvió el Tribunal ².

de tornar cuestionable toda la institucionalidad vigente”.

Comentando dicho fallo, el autor Renato Cristi, nos dice que la redacción del mismo comete un error de conceptualización, por cuanto en el punto 10 -citando al jurista argentino Segundo Linares Quintana-: “*implícitamente admite que la titularidad del Poder constituyente reside aún en la Junta de Gobierno y no en el pueblo chileno [...] El problema reside en que la cita no explícita ni tampoco explica el contenido de esa noción [...] Cuando la sentencia de 1998 se refiere a la definición de Linares y acuerda que el Poder constituyente es una facultad inherente a ‘toda comunidad política soberana’, no toma en cuenta lo que establece Linares y deja sin definir la particular forma política y la identidad del sujeto o titular del Poder Constituyente. Al referirse en su definición a ‘toda comunidad política soberana’, identifica implícitamente al pueblo o a la nación como titular constituyente. No toma en cuenta que también puede serlo un monarca (como lo estableció el principio monárquico durante la Restauración borbónica), una casta aristocrática (como en Florencia con los Medici), un caudillo monocrático o una junta militar, como lo establece Schmitt en su ‘Teoría de la Constitución’... [...] Al no distinguir entre los diferentes posibles sujetos constituyentes, la sentencia erróneamente asume que el titular constituyente de 1980 y el que existe en la actualidad [año 2000] tienen que ser uno y el mismo. Para demostrar este error hay que tomar en cuenta una sentencia previa del Tribunal Constitucional [...] La sentencia de 21 de diciembre de 1987 responde al requerimiento en contra de Clodomiro Almeyda formulado por Ricardo García, entonces Ministro del Interior del gobierno militar. Esta sentencia no incurre en error a pesar de que su razonamiento es idéntico al formulado por el Tribunal en marzo de 1998 [...] En su punto 33, se responde de la siguiente manera a los puntos 3, 4, 5 y 6 de la defensa [...] que alegan la **ilegitimidad de origen, de contenido y de ejercicio de la Constitución de 1980**: ‘Que este Tribunal carece absolutamente de jurisdicción para entrar a pronunciarse sobre la legitimidad de origen de la Constitución de 1980, ya sea que tal ilegitimidad se apoye en su origen y contenido, ya sea que ella se haga derivar de la gestión realizada por el actual gobierno’”. CRISTI BECKER, Renato, *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, Lom Ediciones, 2a. Edición, pág. 166 y ss.*

- 2 En el artículo 4° de dicho decreto-ley, se modificó además la letra c) de la Disposición 17a. Transitoria de la CPE en cuanto esta contemplaba el *Tribunal Especial*, que como acabamos de ver también a pie de página, tendría a su cargo el conocimiento y fallo de las apelaciones deducidas contra la resolución del Contralor de la República que determinara las indemnizaciones correspondientes debido a que el Estado nacionalizaba la Gran Minería del Cobre, en 1971. Como se sabe, en virtud de dicha medida pasaron al dominio nacional todos los bienes de las empresas mineras y, además, los de sus filiales que determinara el Presidente de la República. Correspondía al Contralor la determinación de las indemnizaciones, de cuyo monto se podía recurrir a un órgano compuesto por un Ministro de la Corte Suprema designado por ésta (que lo presidía); por un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago designado por ésta; por un Ministro del Tribunal Constitucional designado por éste; por el Presidente del Banco Central de Chile; y por el Director Nacional de Impuestos Internos. Este Tribunal Especial apreciaba la prueba en conciencia y fallaba conforme a derecho, en única instancia y sin ulterior recurso. No procedía el recurso de queja, y tampoco tendría aplicación respecto de él lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución. En razón de lo anterior, el

Se restableció en el año 1981 en adelante, con una nueva integración, y en labor ininterrumpida hasta nuestros días, el que (más allá de las Reformas Constitucionales introducidas por el Artículo Único de la Ley 18.825, de 17 de agosto de 1989) entre otras atribuciones, tendría la de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales *antes* de su promulgación y de las leyes que interpretaran algún precepto de la Carta Política (artículo 82 N° 1 de la Constitución); resolver las cuestiones que se suscitaren sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley (82 N° 3); además de resolver las cuestiones que se suscitaren sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones del Tribunal Calificador de Elecciones (83 N° 4); también

constituyente dijo que no se encontraba bajo la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema; además se entendía que no cabía la interposición del recurso de inaplicabilidad en las materias que en él se ventilasen.

En Informe en Derecho elaborado por el profesor Alejandro Silva, explica sobre ellas que en la respectiva discusión en el Congreso, tuvo especial relevancia el hecho de contar con la seguridad necesaria sobre la exacta naturaleza de las normas transitorias, habida consideración del ámbito que podía abarcar el recurso de inaplicabilidad, y lo que pudiera surgir de él en torno de la eventual inconstitucionalidad de tales normas transitorias. En sus conclusiones, el profesor anota que *“no resultaría verdaderamente soberano el Constituyente si, por ejemplo, la Corte Suprema declarara inaplicable una regla transitoria por oponerse a la Carta Fundamental”*.

En cuanto al inciso 2° de la Disposición 17a., en cuanto permitió extender la expropiación *“además (a) los (bienes) de sus filiales que determine el Presidente de la República”*, puede -a juicio de don Alejandro Silva- *“evidentemente, ser objeto de control de constitucionalidad la decisión del Jefe de Estado que reviste [...] el rango de Decreto con Fuerza de Ley si se manifiesta en normas generales y puede ser sometido, por lo tanto, a los preceptos de la Carta que hacen intervenir al Tribunal Constitucional, a la Contraloría General de la República y a la Corte Suprema”*. Y si la decisión del Presidente de la República tiene el carácter particular, *“será sometido al control preventivo de la Contraloría y a la jurisdicción de los tribunales”*. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Valor Jurídico de las Disposiciones Constitucionales transitorias*, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1971, Tomo LXVIII, 2° Parte, Sección Derecho, págs. 71 a 100. (Nota: los resaltados y subrayados son nuestros).

Para conocimiento histórico de la conformación del Tribunal Especial en referencia: por la Corte Suprema fue designado para integrarlo el Ministro don Enrique Urrutia; por la Corte de Apelaciones de Santiago, el Ministro don Julio Aparicio Pons; y por el Tribunal Constitucional, su presidente, Enrique Silva Cimma. El presidente del Banco Central era don Alfonso Inostroza (generalmente subrogado por el vicepresidente señor Hugo Fazio); y el Director de Impuestos Internos era don Jorge Soto, los que formaron su primera composición. Posteriormente, por cambio del Director de Impuestos Internos, el nuevo titular, Juan Vadell, sustituyó al señor Soto. A partir de mayo de 1972 el Ministro señor Urrutia Manzano fue reemplazado por don José María Eyzaguirre, por haber sido designado el primero, presidente de la Corte Suprema. El decreto-ley en comento -entre otras modificaciones- dispuso que se eliminase la frase *“por un Ministro del Tribunal Constitucional designado por éste”*, aumentando a dos los miembros de la Corte Suprema que compondrían dicho Tribunal Especial. Se entiende lo anterior, ya que el TC había sido disuelto.

la de pronunciarse sobre los decretos o resoluciones del Presidente de la República que la Contraloría General hubiese representado por estimarlo inconstitucional (83 N° 6), entre otros^{3 4 5}.

3 Hasta antes de la Reforma Constitucional del año 2005, el Tribunal Constitucional estaba compuesto por 7 miembros, quienes eran designados de la siguiente manera:

- a) Tres ministros de la Corte Suprema, elegidos por ella misma, por mayoría absoluta de sus miembros, en votaciones sucesivas y secretas. En caso de cesar en el cargo de ministros de la Corte Suprema dejarán de serlo del Tribunal Constitucional, cualquiera sea la causa.
- b) Un abogado designado por el Presidente de la República.
- c) Un abogado elegido por el Senado, por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio.
- d) Dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional.

En el Diario Oficial del día 29 de mayo de 1981, aparece que con fecha 26 de ese mes y año se reunió el Tribunal Constitucional. Concurrieron a la audiencia los Ministros señores Israel Bórquez, José María Eyzaguirre, Enrique Correa Labra, José Vergara Vicuña, Enrique Ortúzar Escobar, Julio Philippi Izquierdo y Eugenio Valenzuela Somarriva. La primera medida tomada fue la de elegir como su Presidente al señor Bórquez Montero, quien lo había sido hasta ese momento provisionalmente.

- 4 Por el Artículo Único de la Ley 18.825, de 17 de agosto de 1989, se derogó el número 8° del artículo 83 (siempre en lo referente a las atribuciones de este organismo), que lo habilitaba para declarar, en conformidad al artículo 8° de la Constitución, *“la responsabilidad de las personas que atenten o hayan atentado contra el ordenamiento institucional de la República. Sin embargo, si la persona afectada fuere el Presidente de la República o el Presidente electo, dicha declaración requerirá, además, el acuerdo del Senado adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio”*. Es dable destacar que dicha responsabilidad podía incluso alcanzar al Jefe de Estado en funciones, o al Presidente electo, obviándose en estos casos además la participación de la Cámara de Diputados en dicha declaratoria.

El artículo 8° cuya parte pertinente se transcribe, también se derogó por la misma Ley de Reforma Constitucional del año 1989: *“Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República. Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales. **Corresponderá al Tribunal Constitucional conocer de las infracciones a lo dispuesto en los incisos anteriores...**”*.

Referente a lo anteriormente anotado, puede consultarse (ya citada con anterioridad) la dividida y largamente argumentada decisión de dicho Tribunal -fecha 21 de diciembre de 1987- en orden a acoger el requerimiento en contra del señor Clodomiro Almeyda Medina, en cuanto se le acusaba por parte del Ministro del Interior de la época, de haber infringido el inciso primero del mentado artículo 8°. A favor de dicho requerimiento estuvieron los Ministros señores José María Eyzaguirre, Enrique Ortúzar, Marcos Aburto y Eduardo Urzúa Merino. Mientras que por su rechazo se manifestaron los jueces señores Eugenio Valenzuela, Julio Philippi y Luis Maldonado Boggiano (Sentencia N° 46).

- 5 La Ley N° 20.050 de Reforma Constitucional del año 2005, introdujo relevantes atribuciones a este Tribunal. Entre ellas se cuentan las de resolver las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones (actual art. 93 N° 2 de la CPR); conocer de las contiendas de competencias que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado (93 N° 12). Y la más importante respecto del tema de investigación de nuestro trabajo, esto es la contenida en el N° 6 del mismo art. 93: *“Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión*

A la Corte Suprema de Justicia, se le siguió confiando el recurso de inaplicabilidad, *a posteriori*, como medio de control represivo de constitucionalidad.

Recordando que la normalidad constitucional fue quebrantada después de septiembre de 1973, cuando se produjo el mentado derrocamiento del Presidente de la República por parte de las Fuerzas Armadas y de Orden, como ya anotamos, un nuevo orden se instauraría. La primera noticia que se tendría de él, vendría de la mano de la publicación del Decreto-Ley N° 1, fechado el mismo día 11 de septiembre de ese año ⁶.

En las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, en su Sesión 13a. celebrada el 7 de noviembre de 1973, se discutió la elaboración de un proyecto de decreto-ley relativo al ejercicio del Poder Constituyente de la Junta de Gobierno ⁷. El Auditor General de la Armada hizo notar una inquietud expresada por la Corte Suprema, del siguiente tenor:

que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución"; con lo que vino a instaurar el control concentrado de constitucionalidad en nuestro país, colocando de aquí en adelante en un sólo ente -el Tribunal Constitucional-, las potestades de ser el verdadero garante de la supremacía constitucional en Chile, quitándole de paso con ello, la facultad de conocer los recursos de inaplicabilidad que fue hasta ese momento -y desde 1925- resorte de la Corte Suprema.

6 Renato Cristi da cuenta que en dichas actas quedó consignado que el día 13 de septiembre de 1973, el señor Contralor General de la República Héctor Humeres Magnan, visitó a las nuevas autoridades gubernamentales, a las que ofreció su adhesión y cooperación, donde también dicho funcionario tuvo la ocasión de sugerirles dos posibles procedimientos para la tramitación de los decretos-leyes que habían emanado y que emanarían de la Junta. Propuso o bien tomar razón de ellos, o bien -citando las palabras del Contralor-: *“sólo registrarlos, para la historia, sin pronunciarse, lo que le da una gran libertad de acción a la Junta para desenvolverse”*. La Junta de Gobierno optó por el segundo camino.

Para el articulista -a quien hemos decidido incluir en nuestro estudio, habida consideración de su extenso conocimiento, interés y documentación sobre el particular-, lo anterior significa que la Constitución de 1925 y la legalidad *“han sido destruidas por el pronunciamiento militar del 11 de septiembre”*, y que con ese ofrecimiento *“la Contraloría deja formalmente de existir...”*. En CRISTI BECKER, Renato, *La génesis de la Constitución de 1980: una lectura de las Actas de la Honorable Junta de Gobierno*, Revista de Ciencia Política, Volumen XIX, año 1998, págs. 208 a 228.

El Decreto-Ley 38, de 24 de septiembre de 1973 (publicado el 2 de octubre), introdujo modificaciones a la Ley N° 10.336, Orgánica de la Contraloría General. Este decreto-ley se basa en el DL N° 1.

7 La Comisión se reúne bajo la presidencia del señor Enrique Ortúzar, y con asistencia de sus miembros señores Sergio Díez Urzúa, Enrique Evans y Jorge Ovalle Quiroz. Actuó como secretario, el señor Rafael Eyzaguirre Echeverría. Concurrieron, además, los Auditores Generales del Ejército y de la Armada, General Osvaldo Salas Torres y Contraalmirante Rodolfo Vio Valdivieso, respectivamente, y el General de Justicia de

“en orden a que hasta la fecha no se ha dictado ninguna norma que disponga que la Junta ha asumido también, aparte de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, el Poder Constituyente. Lo anterior tiene importancia, a juicio de la Corte Suprema, por la posible procedencia de los recursos de inaplicabilidad respecto de los decretos leyes que sean modificatorios de la Constitución.”

“Igualmente, señaló, se tienen dudas acerca de si para dictar un decreto ley sobre materias que incidan en aspectos constitucionales se deberá previamente y en forma expresa modificar por esa vía la Constitución, para luego dictar el decreto ley específico referente al asunto sobre el cual se quiere legislar.

“Es necesario, agregó, dar solución a este tipo de problemas procesales para evitar que el día de mañana la Corte Suprema pueda declarar la inaplicabilidad de un decreto ley”

El presidente de la Comisión a su vez señaló, que para evitar posibles declaraciones de inconstitucionalidad de los decretos-leyes por parte del máximo tribunal de justicia:

“es indispensable formular una declaración en el sentido de que la Junta de Gobierno ha asumido también el Poder Constituyente. Hasta esta declaración, prosiguió, no tendría objeto dictar dos decretos leyes diferentes para modificar una disposición constitucional, sino que bastaría uno solo, ya que si éste aborda materias que son de carácter constitucional, obviamente se debe entender como una enmienda al texto de la Carta Fundamental” (los subrayados son nuestros).

En la siguiente Sesión -14a- de 8 de noviembre del mismo año, se acordó acoger la propuesta del señor Diez, que propuso el texto de lo que luego sería el Decreto-Ley 128, con el que se buscaba precisamente eliminar la posibilidad de futuros problemas que pudieran resultar de la posible intervención de la Corte Suprema, como había hecho saber el Contralmirante Vio ⁸.

Carabineros, don Hugo Musante Romero. No asistieron los comisionados señores Guzmán, Lorca y Silva Bascuñán.

8 En aquella Sesión se enfrentaron algunas posturas disímiles: don Alejandro Silva Bascuñán expresó algunos reparos en torno a este relevante punto. Expresó que “no hay duda alguna de que la Junta de Gobierno ha asumido de lleno el Poder Ejecutivo en su calidad de gobernante de hecho, y que, por tal motivo, no está sujeta a las limitaciones

Mediante este DL (N° 128), de 12 de noviembre de 1973 -por el que

*que afectarían a un Poder Ejecutivo que, en el ejercicio de sus funciones, debe relacionarse con otros órganos del Estado [...] No existe duda tampoco de que la Junta de Gobierno ha asumido, también, la **función legislativa**, pues frente a la contingencia de los problemas que se deben enfrentar en la vida del Estado, es indispensable dictar normas para volver a poner en marcha la regularidad institucional del país y, que, por su naturaleza, en una situación normal, serían materia de ley". Empero, en lo que respecta a si le asiste la facultad de creación de normas constitucionales, expresó sus dudas: "**en lo relativo al Poder Constituyente; porque tal Poder es la facultad que tiene un Estado para dictar o modificar su Constitución. En una democracia, régimen de gobierno que la Junta ha manifestado que desea continuar, el Poder Constituyente en su origen corresponde a la sociedad gobernada, al común del pueblo. En ningún instante la Junta ha manifestado o pretendido que desea asumir la plenitud del Poder Constituyente**". A tal punto es cierto esto, que nombró esta Comisión para redactar una reforma o una nueva Constitución. Dentro del sistema de las Constituciones escritas o del fenómeno constitucionalista, prosiguió el señor Silva, **la Junta de Gobierno no ha expresado su voluntad de asumir el Poder Constituyente. Es sabido, por otra parte, que dicho Poder se puede expresar no sólo dentro del sistema de las constituciones escritas, ya que existen países que no consideran necesaria una estructura jurídica con una norma superior escrita que sea la Constitución Política, en donde ésta se transforma en una categoría puramente intelectual que sólo acepta que formen parte de ella todas aquellas reglas de comportamiento social que tienen, racionalmente, por su importancia, el carácter de Constitución. A su juicio, la Junta de Gobierno no tiene, dentro del sistema de las constituciones escritas, el Poder Constituyente, aunque naturalmente lo posee, en el sentido puramente racional teórico, porque ejerce, de hecho, la plenitud del Poder por la propia dinámica de la situación de emergencia que vive el país. En este aspecto, puede dictar normas de cualquiera naturaleza, incluso aquellas que, por su índole, sean tan fundamentales que, racionalmente, sean de carácter constitucional, por lo que estima que no es indispensable declarar que el Gobierno ha asumido el Poder Constituyente, porque podría parecer que la Junta ha querido resolver algo más de lo que en este momento está haciendo; que ella no está expresando una voluntad jurídica del pueblo chileno, sino que una voluntad poco menos que anímica de subsistencia de nuestro pueblo. Dentro de esta tarea de salvación, no estrictamente jurídica, lo más fundamental en que se puede pensar es en la propia subsistencia de la sociedad, por lo que reitera que no vale la pena expresar formalmente que el Gobierno ha asumido el Poder Constituyente porque podría estimarse de que se pretende sobrepasar, así, la voluntad que ella misma ha manifestado, al asumir el Mando Supremo de la Nación**".*

* Recordamos que hay texto expreso en el Decreto-Ley N° 1° en ese sentido.

El señor Jaime Guzmán no aceptó este análisis. Para él lo que ha ocurrido, es que la Junta de Gobierno ha sumido el Poder Constituyente derivativo " *porque no hay duda alguna de que Chile tenía una Constitución el día 11 de septiembre y frente a eso hay dos posibilidades: entender que a partir de esa fecha Chile no tiene Constitución y que ha pasado a ser un país que se gobierna de acuerdo con el sistema de las constituciones consuetudinarias y que la norma jerárquica superior del ordenamiento jurídico chileno serán los decretos leyes; o bien, entender que sigue vigente la Constitución en todo aquello que no sea expresamente derogado. En cualquiera de estas dos alternativas se debe partir de la base de que la Junta asumió el Poder Constituyente derivativo, ya que para derogar una Constitución y entender que ahora la norma jerárquica superior serán los decretos-leyes ha debido asumir necesariamente ese Poder, y, en tal caso, es preciso declararlo, porque de lo contrario se plantea el problema al cual la Comisión está abocada en este instante:*

se aclaró “*el sentido y alcance*” del DL N° 1-, la Junta de Gobierno asume el Poder Constituyente. Expresó entre sus consideraciones:

“... c) *Que la asunción del Mando Supremo de la Nación supone el ejercicio de todas las atribuciones de las personas y órganos que componen los Poderes Legislativos y Ejecutivo, y en consecuencia el **Poder Constituyente** que a ellos corresponde*”.

Por lo tanto, decreta:

“1°) *La Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de Septiembre de 1973 el ejercicio de los **Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo***.

“*El Poder Judicial ejercerá sus funciones en la forma y con la independencia y facultades que señale la Constitución Política del Estado*.”

“2°) *El ordenamiento jurídico contenido en la Constitución y en las leyes de la República continúa vigente mientras no sea o haya sido modificado en la forma prevista en el artículo siguiente*.”

la Corte Suprema puede no tener claridad en cuanto a si procede o no el recurso de inaplicabilidad respecto de los decretos-leyes que se estén dictando. Si se acepta que la Constitución ha sido derogada y que nuestro país será gobernado por un tiempo transitorio y de emergencia de acuerdo con el mecanismo de las constituciones consuetudinarias, con los decretos leyes como norma jerárquica superior, es claro, **que no procede el recurso de inaplicabilidad**.

Para este comisionado la Junta que gobierna entiende que la Carta Fundamental está vigente, “en todo aquello que no haya sido derogado, pero, en este caso, es igualmente necesario declarar que la Junta asumió el Poder Constituyente derivativo. Por lo demás [...] los órganos llamados en Chile a ejercer el Poder Constituyente están disueltos, de manera que la Junta no puede menos que haber asumido ese Poder, aunque llegado el momento del retorno al sistema institucional democrático normal, abdique del ejercicio del Poder Constituyente derivativo y restituya al Poder Constituyente originario la decisión del nuevo texto constitucional que vaya a regir al país”, por lo que para él es indispensable que la Junta dicte un decreto-ley constitucional en que diga en forma expresa, que ella “ha asumido el Poder Constituyente derivativo, **a fin de dejar vigente la Constitución en todo lo que no haya sido modificada; o bien, redactar un texto que disponga que la Junta en uso de tal facultad ha derogado la Constitución y que, en el futuro, el decreto-ley será la norma jerárquica superior del ordenamiento jurídico chileno**”. (Nota: los resaltados son nuestros). En *Actas Oficiales de la Comisión Constituyente*, Biblioteca del Congreso Nacional, sitio web: www.leychile.cl, págs. 140 y siguientes (1155 págs.). También, SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo III, págs. 240 y ss.

“3°) El Poder Constituyente y el Poder Legislativo son ejercidos por la Junta de Gobierno mediante decretos leyes con la firma de todos sus miembros y, cuando éstos lo estimen conveniente, con la de el o los Ministros respectivos.

“Las disposiciones de los decretos leyes que modifiquen la Constitución Política del Estado, formarán parte de su texto y se tendrán por incorporadas en ella

“4°) El Poder Ejecutivo es ejercido mediante decretos supremos y resoluciones, de acuerdo con lo dispuesto en el decreto ley N° 9, de 12 de Septiembre de 1973”.

Así, queda manifiestamente claro que fue en este DL, cuando se señaló por vez primera y expresamente que la Junta de Gobierno, al asumir el Mando Supremo de la Nación, que dicha asunción suponía el ejercicio del *Poder Constituyente*, cuestión no dicha por el DL N° 1 (al que decía que aclaraba en su sentido). Por ello con razón, puede estimarse al Decreto-Ley 128⁹ como el que otorga la base jurídica de las nuevas autoridades en su ejercicio del poder estatal en todas sus dimensiones, dejando fuera claro está, lo tocante a las atribuciones jurisdiccionales del Poder Judicial, al que dijo además respetar.

En el Acta N° 153 de la Junta de Gobierno, fechada el día 5 de septiembre de 1974, el señor Jaime Guzmán comienza dando cuenta que ha tenido

9 Para el profesor Renato Cristi, con la dictación del Decreto-Ley 128, se declara formalmente que la Constitución Política de 1925 ha sido abrogada.

Para este mismo autor, el Acta de Sesiones N° 153, deja en claro que desde un comienzo los miembros de la Junta gobernante (así como el mismo Jaime Guzmán), entendieron que el sentido inequívoco de cuando esta asumió era el de arrogarse el Poder Constituyente. Así lo dice expresamente: “... de una manera no totalmente declarada, el decreto ley 1° ha sobrepasado la Constitución de 25, ha reemplazado al pueblo soberano y ha abierto de par en par la puerta para que la junta militar se constituya en dictadura soberana. De este modo, al mismo tiempo que se sustrae al pueblo de su Poder Constituyente, la junta se lo arroga a sí misma, por sí y ante sí. Estamos en presencia de un nuevo Poder Constituyente, que al relativizar la Constitución del 25 la ha efectivamente eviscerado. Simultáneamente, a su letra muerta se le insufla nueva vida por parte del nuevo Constituyente. Una nueva ‘Constitución del 73’ está vigente y este cuerpo constitucional es el que será en lo sucesivo reformado por la junta militar en virtud de su **Poder Constituyente derivado**”. CRISTI BECKER, Renato, *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, 2a. Edición, pág. 106.

Ver, además, las definiciones del ya recordado abogado Linares Quintana, el que, en sus estudios sobre el particular, nos dice que la Carta Fundamental es el estatuto jurídico de mayor jerarquía dentro de un ordenamiento positivo, y que surge como expresión de un Poder que se denomina “Constituyente”. Al decir del profesor Linares, éste se define como “la facultad inherente a toda comunidad política soberana a darse su ordenamiento jurídico político originario por medio de una Constitución y a reformar a ésta total y parcialmente cuando sea necesario”. LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Tomo III, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina, año 1977, pág. 201.

noticia que hacía muy poco la Corte Suprema ha acogido un recurso de inaplicabilidad en contra de un decreto-ley, sosteniendo que los decretos-leyes que modificasen la Constitución Política (de 1925) *deben decirlo expresamente*. El señor Guzmán hace notar la gravedad de la situación, la que creía a salvo con la redacción del DL N° 128, porque se entendía que la Junta de Gobierno -al dictar un decreto-ley que contradijera la Constitución-, había hecho uso de la *facultad constituyente*, y había modificado por tanto la Carta Política. Agrega que él en ese entonces, estuvo por agregar un inciso al mentado DL 128 donde se dijera expresamente que nunca procedería un recurso de inaplicabilidad respecto de los preceptos legales emanados de la Junta ¹⁰.

Asentado lo anterior, veremos cómo fueron resueltos los recursos de inaplicabilidad en este período (es decir el que media entre septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1981, fecha esta última de la entrada en vigencia de la nueva Ley Suprema), con especial referencia en cuanto a la *Potestad Constituyente* ¹¹.

2. Potestad Constituyente (11 Septiembre 1973/ 11 Marzo 1981)

a. Sentencia de 24 de julio de 1974. Con esta fecha, el máximo tribunal de justicia, y a pesar de rechazar por unanimidad el recurso de inaplicabilidad

¹⁰ Para Renato Cristi la situación expuesta por el comisionado señor Guzmán significa que “*es obvio que la Corte Suprema no ha tomado en cuenta la doctrina elaborada en el fundacional Decreto ley 128 [...] [la que] está ahora siendo ignorad[a]. Es posible, sin embargo, que la Corte Suprema no haya entendido cabalmente en ese entonces el significado de afirmar que la Junta asumía el Poder constituyente*”.

Guzmán Errázuriz había propuesto originalmente agregar un inciso a dicho DL que dijera claramente que nunca procedería recurso de inaplicabilidad respecto de un decreto-ley. Recuerda que el Tribunal Supremo, en la Comisión de la Constitución, le manifestó que no valía la pena esa inclusión: “*Y resulta que ahora les mandan [a la Junta] un recurso de inaplicabilidad y lo han acogido...*”. Por ello mismo y ante la presencia de los Miembros de la Junta de Gobierno, el señor Guzmán previno: “*Eso les puede crear mil problemas, porque les pueden empezar a decir que son inaplicables o inconstitucionales todos los demás decretos leyes que modifiquen la Constitución sin haberlo dicho [...] De modo que sería indispensable dictar un decreto ley aclaratorio especificando claramente este punto para evitar todo problema para adelante y para atrás*”, puntualizó. CRISTI BECKER, Renato, *La génesis de la Constitución de 1980: una lectura de las Actas de la Honorable Junta de Gobierno*, Revista Ciencia Política, Vol. XIX, año 1998, Instituto de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile, págs. 211, 227 y 228. (Nota: también los resaltados son nuestros).

¹¹ Para su adecuada comprensión se transcriben los artículos pertinentes del DL número 527.

Es del 26 de junio del año 1974, y aprueba el “*Estatuto de la Junta de Gobierno*”:

“1°) La Junta de Gobierno, integrada por los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea y por el General Director de Carabineros, ha asumido los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo [...]

4°) La Junta de Gobierno ejerce, mediante decretos leyes, el Poder Constituyente y el Poder Legislativo, de acuerdo con las disposiciones contenidas en este Estatuto y en los preceptos legales que lo complementen. Dichos decretos leyes deben llevar la firma de todos sus miembros y, cuando éstos lo estimen conveniente, la de el o los Ministros respectivos”.

deducido esta vez en contra de la disposición del artículo único del Decreto-Ley N° 449, por considerársele contrario al artículo 10 N° 10 de la Constitución Política del Estado de 1925, en juicio por cobro de renta de arrendamiento, había dicho en su consideración 2° muy claramente:

*“Que siendo, pues, motivo de Decretos Leyes, tanto las normas constitucionales que se dicten, como las meramente legales, sin que se haya establecido una característica formal para distinguirlos, y siendo asimismo inaceptable admitir una modificación constitucional tácita, resulta que sólo podrán considerarse formando parte de los primeros aquellos en los cuales se deja expresamente constancia de que se trata de modificaciones o de nuevas normas constitucionales, de manera que si nada se expresa al respecto en un Decreto Ley, deberá considerársele como un mero conjunto de preceptos legales”*¹²

La declaración que hizo el Tribunal, en orden a no admitir una modificación tácita de preceptos constitucionales, hizo por consiguiente reaccionar rápidamente a la Junta de Gobierno, órgano que como sabemos a la sazón ejercía el Poder Constituyente¹³: por ello es que dictó el mismo

12 Concurrieron el Presidente del Tribunal don Enrique Urrutia Manzano (redactor), además de los Ministros señores Israel Bórquez, Rafael Retamal, Luis Maldonado, Juan Pomés, Octavio Ramírez, Víctor Rivas del Canto, Enrique Correa Labra y Osvaldo Erbeta. En el considerando tercero, además argumentan: *“Que en atención a lo expuesto y dado que el Decreto Ley, materia del recurso en fallo, nada expresa en orden a que se refiera a una reforma constitucional debe considerarse como un mero estatuto legal, y es el caso entonces proceder a resolver si como sostiene el recurso tal Decreto Ley vulnera la Constitución Política en la materia que legisla”*. Revista Fallos del Mes, N° 188, pág. 118.

13 El DL número 788, de 2 de diciembre de 1974 (publicado el día 4), dictó “normas sobre el ejercicio del Poder Constituyente”, ahondando entre sus consideraciones en la circunstancia de explicar que, por el hecho de la no explicitación escrita de ese ejercicio, no podía por ello colegirse que no se hubiese practicado. Por lo anterior, ahora entre las *motivaciones* para dictarlo -de crucial importancia para la comprensión de lo que se está exponiendo-, se expresó:

- “... c) Que ninguna diferencia formal se ha establecido hasta ahora para señalar cuáles son los casos en que la Junta de Gobierno ha actuado en ejercicio del Poder Constituyente o en ejercicio del Poder Legislativo, de modo tal que la única forma de identificar cuándo se ha ejercido una y otra potestad radica tan sólo en el contenido o sustancia jurídica de los preceptos aprobados por la Junta de Gobierno;
- d) Que, en el hecho y hasta el momento, sólo en algunos casos la Junta de Gobierno ha estimado conveniente destacar la categoría de rango constitucional con que han dictado algunas normas modificatorias de la Constitución Política del Estado, pero que esta circunstancia no puede conducir a la conclusión de que no se ha ejercido la Potestad Constituyente en aquellos casos de decretos leyes que, sin hacer tal mención, han establecido reglas obligatorias incompatibles con el texto constitucional;
- e) Que, en consecuencia, debe entenderse que cada vez que la Junta de Gobierno ha dictado un decreto ley cuyos términos no coinciden con alguna disposición de la Constitución

año el Decreto-Ley N° 788 (de 4 de diciembre) -cuyas motivaciones ya transcribimos a pie de página-, inhibiendo de esa manera esta línea jurisprudencial^{14 15}.

Política del Estado, ha ejercido el Poder Constituyente modificando, en lo pertinente y ya sea en forma expresa o tácita, total o parcial, el respectivo precepto constitucional;
 f) Que ha podido entenderse, por interpretación del inciso 2.o del artículo 3.o del decreto ley 128, de 1973, en cuanto señala que ‘las disposiciones de los decretos leyes que modifiquen la Constitución Política del Estado, formarán parte de su texto y se tendrán por incorporadas en ellas’, que se habría limitado el ejercicio del Poder Constituyente sólo a aquellos casos en que la Constitución sea modificada de manera expresa reemplazando alguno de sus preceptos por otro distinto;
 g) Que tal interpretación del referido precepto debe rechazarse, puesto que resulta obvio que su sentido y alcance ha sido el de incorporar al texto constitucional las modificaciones a que alude el considerando anterior, pues ellas son las únicas en que interesa y tiene posibilidad lógica la incorporación del nuevo mandato al contenido de la Carta Fundamental; pero ello, en ningún caso, puede excluir la posibilidad de que la Constitución sea reformada tácitamente, por la dictación de decretos leyes con contenido distinto al de los preceptos constitucionales. Tan evidente es lo dicho que la conclusión contraria sólo sería admisible si se aceptara que la propia Junta ha restringido el ejercicio del Poder Constituyente que asumió, sin facultad ni siquiera de derogar tal pretendida auto restricción, supuestos que son inadmisibles para el restablecimiento del normal desenvolvimiento institucional del país;

- h) Que, doctrinariamente, se ha sostenido que la Carta Fundamental no puede ser modificada tácitamente, sino que sólo a través de norma expresa que reemplace algún precepto constitucional o se agregue a ellos. Pero esta afirmación no tiene validez para periodos de emergencia ni mucho menos en los casos en que, por la fuerza de los hechos históricos, se reúnen en un mismo órgano y sin formalidades o requisitos diferenciadores, el ejercicio del Poder Constituyente y del Poder Legislativo. En estas circunstancias es obvio que la voluntad de tal órgano expresará siempre una norma de conducta de carácter obligatorio que, en cuanto pueda ser distinta de la Constitución que esté vigente tiene, sin duda, un efecto modificadorio de ésta;
 j) Que, por otra parte, la realidad institucional alcanzada actualmente en el país, hace aconsejable que la Junta de Gobierno elimine hacia el futuro toda posible duda acerca de los casos en que ésta decida ejercer el Poder Constituyente, de manera tal que respecto de los decretos leyes en que éste no se ejerza, quede vigente el recurso de inaplicabilidad consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política del Estado”. (Los subrayados, cursivas y negritas son nuestros).

14 Por tanto, la Junta de Gobierno en ejercicio del Poder Constituyente, acuerda decretar (DL 788, de 1974):

- “1°) Declárase que los decretos leyes dictados hasta la fecha por la Junta de Gobierno, en cuanto sean contrarios o se opongan, o sean distintos, a algún precepto de la Constitución Política del Estado, han tenido y tienen la calidad de normas modificatorias, ya sea de carácter expreso o tácito, parcial o total, del correspondiente precepto de dicha Constitución;
 2°) Aclárase el alcance del inciso 2.o del artículo 3.o del decreto ley 128, de 1973, en el sentido de que las modificaciones a la Constitución Política del Estado que deben formar parte de su texto y entenderse incorporadas a ella, son las modificaciones de carácter expreso;
 3°) Los decretos leyes que se dicten en el futuro y que puedan ser contrarios, u oponerse, o ser distintos, en forma expresa o tácita, total o parcial, a alguna norma de la Constitución Política del Estado, tendrán el efecto de modificarla, en lo pertinente sólo si de manera explícita se señala que la Junta de Gobierno lo dicta en el ejercicio de la Potestad Constituyente que le corresponde;
 4°) Las disposiciones del presente decreto ley no regirán respecto de las sentencias judiciales ejecutoriadas con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial”. (Nota: los resaltados y subrayados también son nuestros).

15 En el discurso de Inauguración del Año Judicial de 1975, el señor Presidente de la Corte

b. Sentencia de 11 de marzo de 1977. La Corte Suprema a propósito de un recurso de inaplicabilidad interpuesto por don Luis Fernández, en contra de los artículos 2° y 3° del Decreto-Ley N° 1.283, publicado en el Diario Oficial el 16 de diciembre de 1975, en juicio de reclamación de monto de indemnización del fundo de su propiedad, proceso que se seguía ante el Tribunal Agrario Provincial de Valdivia, donde el recurrente manifestó, como materia previa, que el decreto-ley impugnado no tenía rango constitucional, sino que su carácter era el de una norma legal común, por lo que cabía atacársele mediante el recurso de inaplicabilidad, ya que dicho DL no se ajustaba a los presupuestos exigidos por los Decretos-Leyes números 527 y 788, para que pudiera considerársele como precepto constitucional. En seguida, argumentó que del conjunto de decretos-leyes que dictó la Junta de Gobierno, ésta carecía de la facultad para crear nuevos impuestos o contribuciones a través de aquellos, facultad que sólo se podía tener ajustándose a lo preceptuado en el artículo 44 de la Constitución Política de 1925, esto es, como bien sabemos, a través de una ley, dictada ella por el Congreso Nacional. También se esgrimió como causal, la vulneración que habría cometido el DL en contra del N° 10 del artículo 10 de la Constitución Política, por desconocerse el valor de la cosa juzgada de la sentencia que ha de determinar la indemnización reclamada, en una cantidad precisa y que se expropia en favor del Fisco mediante el impuesto establecido igual al 85% de las sumas a beneficio fiscal.

En el traslado conferido a la Corporación de la Reforma Agraria -que solicitó el rechazo del recurso-, ésta partió de la base de que el decreto-ley atacado efectivamente no tenía carácter de norma constitucional,

Suprema don Enrique Urrutia M., se refiere expresamente a lo acontecido en esta sentencia que falló el recurso anotado. Al respecto, y bajo el punto 11 de su exposición, precisamente bajo el epígrafe *Recurso de Inaplicabilidad*, señaló: “*Con el objeto de aclarar el sentido y alcance del Decreto Ley N° 1, en cuanto éste se refería al hecho de que la Honorable Junta de Gobierno, asumía el mando supremo de la nación [...] se dictó el Decreto Ley N° 128, agregando que ‘el Poder Constituyente y el Poder Legislativo son ejercidos por la Honorable Junta de Gobierno mediante decretos leyes con la firma de todos sus miembros y, cuando éstos lo estimen conveniente, con la de el o los ministros respectivos’.* Pero al dictarse este decreto ley no se cuidó de indicar en él una característica formal para diferenciarlos unos de otros, es decir, cuándo se ejercía la atribución constitucional de la meramente legislativa, asunto de grave importancia para resolver si el decreto ley que se dictara era o no atacable por el recurso de inaplicabilidad. Esta Corte, *avocada al conocimiento de un recurso de esta naturaleza en contra de un decreto ley, en sentencia que correspondió redactar al que habla, declaró que en aquellos decretos leyes en que no se manifestara, en una forma expresa, el ejercicio del Poder Constituyente, debería entenderse que dicho decreto ley era un precepto puramente legal, atacable, en su caso, por el recurso de inaplicabilidad contemplado en el artículo 86 de la Constitución Política, doctrina que, felizmente, fue corroborada posteriormente con el dictado del Decreto Ley N° 788*”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1975, Tomo LXXII, Sesión Inaugural, Corte Suprema, pág. 15. (Los resaltados y subrayados nuevamente son nuestros).

coincidiendo en ese aspecto con la tesis planteada por el recurrente, aunque señaló que mediante *decretos-leyes*, podían establecerse *nuevos impuestos*, conforme a las disposiciones de los Decretos-Leyes números 128, 527 y 991.

El señor Fiscal de la Corte Suprema, dictaminando, opinó que el recurso fuera rechazado. En la parte que nos interesa, sostuvo que mediante esta clase de legislación pueden imponerse tributos atendidas las facultades legislativas de la Junta de Gobierno, esto es mediante los Decretos-Leyes números 128, 527 y 991, que ya se mencionaron.

El Tribunal Pleno, con fecha 11 de marzo de 1977, después de analizar como materia previa, el carácter jurídico que el recurrente le había otorgado a la norma impugnada, esto es que constituía una simplemente legal, careciendo por tanto de rango constitucional, cuestión que haría posible la procedencia del recurso de inaplicabilidad, señala que:

“(3°) por consiguiente, y atento al tenor claro y literal de la fundamentación del Decreto Ley N° 1.283, se hace necesario analizar con detenimiento si este estatuto jurídico es o no de rango constitucional, puesto que, si así fuere, el recurso resultaría obviamente inaceptable”, lo que quedaría despejado, por cuanto: “(5°)... si alguna duda persistiere en orden a la improcedencia del recurso de inaplicabilidad en el evento que se analiza, basta con leer la exposición de motivos del citado Decreto Ley N° 788, cuando en su letra j) se afirma.....”¹⁶

Por ello es por lo que nos ha parecido útil a pie de página la transcripción pertinente del decreto-ley a cuyos pasajes acude la Corte en su argumentación. Finalmente, el Tribunal Supremo decide que:

“El 4 de diciembre de 1974 se publica el Decreto Ley N° 788 en el cual, ejerciéndose el Poder Constituyente, declara que los decretos leyes dictados hasta esa fecha en cuanto sean contrarios o se opongan o sean distintos a algún precepto de la Constitución Política, han tenido y tienen la calidad de normas modificatorias, ya sea de carácter expreso o tácito, parcial o total del correspondiente precepto de dicha Constitución; se agrega a continuación, en el artículo 3° que los decretos leyes que se dicten en el futuro y que puedan ser contrarios u oponerse, o ser distintos, en forma expresa o tácita, total o parcial a alguna norma de la Constitución Política, tendrán el

¹⁶ “j) ... de manera tal que respecto de los decretos leyes en que éste no se ejerza [Poder Constituyente], quede vigente el recurso de inaplicabilidad consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política del Estado”.

efecto de modificarla en lo pertinente sólo si de manera explícita se señala que la Junta de Gobierno lo dicta en el ejercicio de la Potestad Constituyente que le corresponde [...] uno de los propósitos que tuvo el constituyente para dictar el Decreto Ley N° 788, fue precisamente el de determinar con exactitud la situación del recurso de inaplicabilidad cuando se estimara que algún decreto ley contradijera normas constitucionales, situación que se resuelve en el sentido de que sólo opera dicho recurso cuando la Junta de Gobierno al dictar el respectivo decreto ley omite ejercer el Poder Constituyente. Como en la especie aparece de la letra del decreto ley impugnado de inconstitucional que se ha ejercido este Poder Constituyente, el recurso de inaplicabilidad queda formalmente excluido”¹⁷ (Nota: los subrayados son nuestros).

El fallo contó con el parecer unánime de los doce integrantes del tribunal que asistieron a la vista de la causa.

c. Sentencia de 10 de enero de 1979. Finalmente, en este aspecto, podemos indicar la sentencia de fecha 10 de enero de 1979 -donde también en voto unánime-, se rechazará el recurso de inaplicabilidad impetrado por don Fernando Valdivia. El máximo tribunal recalcó:

“Que el ejercicio por la Junta de Gobierno de la potestad constituyente origina preceptos constitucionales de igual rango a las Actas Constitucionales y a la Constitución Política del Estado, y, en consecuencia, si aquellos preceptos contradicen a las Actas o a la Constitución no pueden declararse inconstitucionales, ni inaplicables, porque sólo es viable tal declaración respecto de leyes ordinarias; o de los decretos leyes dictados por la Junta de Gobierno en ejercicio de la mera potestad legislativa”¹⁸ (el subrayado es nuestro).

Por lo que no aceptó la tesis sustentada en el recurso que demostraría la inconstitucionalidad de los decretos-leyes que se impugnaron, donde el recurrente establecía gradaciones de rango entre las Actas Constitucionales (en primer lugar, de jerarquía), luego la Constitución misma, y finalmente los decretos-leyes. Para la Corte ello fue inadmisibile, ya que entre los actos

¹⁷ En la sentencia aparece la firma de los Ministros señores José María Eyzaguirre (presidente), Eduardo Ortiz Sandoval, Israel Bórquez, Rafael Retamal, Juan Pomés, Octavio Ramírez, Víctor Rivas del Canto, Enrique Correa Labra, Osvaldo Erbeta, Emilio Ulloa, Marcos Aburto y Estanislao Zúñiga. *Revista Fallos del Mes*, N° 220, pág. 1

¹⁸ *Revista Fallos del Mes*, N° 242, pág. 419.

legislativos en que ejercía la Junta de Gobierno el Poder Constituyente y la Constitución Política no podía haber categorías o rangos diversos, puesto que todos ellos emanaban de la misma autoridad en cuanto ejerce funciones constituyentes.

d. Sentencia de 24 de abril de 1980. Referencias a Potestad Constituyente. Finalizando esta sección, y en recurso distinto al que se estudia en este trabajo, podemos destacar el fallo recaído en recursos de casación de forma y fondo, en causa ante el Séptimo Juzgado Civil de la capital, deducidos por los señores Patricio Aylwin y Andrés Zaldívar, en juicio que siguieron contra el Fisco de Chile, a fin de que se declarase por el referido tribunal que el Partido Demócrata Cristiano subsistía y conservaba su personalidad jurídica, la que había sido cancelada.

Los demandantes accionaron reclamando la inaplicabilidad y la *falta de valor jurídico* de los artículos 1° y 2° del Decreto-Ley 1697, de 12 de marzo de 1977, debido a que no podían derogar las Actas Constitucionales -en especial la N° 3 en su artículo séptimo transitorio-, cuyos preceptos debían estimarse subsistentes en orden a mantener la garantía de existencia de los Partidos Políticos (en receso a la fecha de la dictación del mencionado decreto-ley). En subsidio de lo anterior, solicitó se declarara que el destino de los bienes del partido político nombrado debía ser resuelto por los órganos del propio conglomerado, no perteneciendo ellos por consiguiente al Fisco.

Éste, en primer término, contestó la demanda alegando *falta de jurisdicción*, porque en su concepto, se pide por los actores que se declare la ineficacia e inaplicabilidad del Decreto-Ley 1697, el que es norma constitucional, lo que no compete a ningún tribunal de la República.

El Juzgado acogió la excepción de falta de jurisdicción; apelada esta sentencia, una Sala de la Corte de Apelaciones la confirmó.

En los recursos de casación se examinaron varias infracciones. En cuanto al de fondo, se denunció que los jueces al acoger la excepción antedicha infringieron las normas del artículo 80 de la Constitución Política; además de los artículos 1°; 5° inciso 1°; y 10 inciso 2° del Código Orgánico de Tribunales, que en síntesis son los que establecen la facultad que corresponde a los tribunales de justicia de conocer todas las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado. Se hizo referencia a estas en relación con el fallo impugnado en cuanto resolvió acerca de la excepción propuesta.

Después de repasar la doctrina en cuanto esta define el concepto de jurisdicción, la Corte Suprema dice que es preciso estudiar si en el caso específico que se encuentra conociendo, existe una contienda propiamente dicha sobre algún punto de derecho que deba ser juzgado por el tribunal

ante el cual se ha sometido la cuestión; si así fuere, dijo el máximo tribunal, los sentenciadores habrían incurrido en las infracciones de derecho que han sido invocadas.

En el considerando 9° del Juez de la instancia -cuyo fallo fue confirmado por el Tribunal de Alzada-, se afirma que diversos párrafos de la demanda envuelven necesariamente la petición de que el tribunal se abstenga de dar aplicación a las normas del Decreto-Ley 1697, por considerarlo en clara contradicción entre lo prescrito por él y las Actas Constitucionales, y ante ese conflicto, el tribunal debía aplicar la norma de mayor jerarquía constitucional, no pudiendo darle aplicación al mencionado decreto-ley. En atención a ello, los jueces estimaron que, al solicitárseles simplemente la no aplicación de determinadas normas jurídicas, el caso no tenía carácter jurisdiccional, procediendo a acoger la consiguiente excepción.

En cuanto a lo que nos interesa, la Corte dijo:

*“Si se parte del supuesto reconocido y aceptado de que la Junta de Gobierno asumió la potestad constituyente y si en virtud de ella dicta normas que contengan formalidades o procedimientos para expedir estos textos jurídicos de rango constitucional, nada puede impedir que la misma autoridad en uso de la misma potestad modifique expresa o tácitamente aquellas reglas adjetivas del quehacer constituyente [...] Un precepto de rango constitucional que contraría una norma de igual jerarquía dictada con anterioridad produce la derogación tácita de la primera [...] no se puede hacer distinciones en cuanto a su naturaleza intrínseca entre preceptos constitucionales, porque todos tienen una misma jerarquía”*¹⁹ (Parte del considerando 20°; los subrayados son nuestros).

¹⁹ También se había denunciado en el recurso la infracción del artículo 86 de la Constitución Política, cuando el Juez de primer grado sostuvo que era de competencia de la Corte Suprema resolver sobre la inaplicabilidad del Decreto-Ley 1697, dictado por la Junta de Gobierno en ejercicio de la potestad constituyente. Para la Sala del máximo tribunal, en verdad dicha aseveración en un considerando del Juez, más bien significa un error de hecho que de derecho: “afirmación errónea desde el momento que dicho decreto ley es texto de rango constitucional y siendo así no rige la norma de competencia propia del Tribunal máximo toda vez que la inaplicabilidad que a éste corresponde declarar para un caso particular es la de la ley y no la del precepto constitucional. Este error; empero, no influye para nada en la decisión del problema medular planteado por los actores y que aparece resuelto en la sentencia, cual es, la de la plena eficacia del expresado decreto ley en cuya virtud se declaran disueltos los partidos políticos que a su fecha se encontraban en receso y sin que opere la primacía de las Actas Constitucionales que aquéllos pretenden...”. Sala integrada por los Ministros señores José María Eyzaguirre (presidente), Víctor Rivas del Canto y Marcos Aburto y por los Abogados Integrantes señores Enrique Urrutia y Raúl Rencoret. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1980, Tomo LXXVII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 77

De ese modo el máximo tribunal rechazó los recursos intentados.

3. Otros fallos período señalado

a. Sentencia de 4 de octubre de 1974. Se acoge recurso de inaplicabilidad en materia laboral. En recurso de inaplicabilidad interpuesto por don Oscar Rojas y otros, en juicios laborales ante el Sexto, Séptimo y Noveno Juzgados del Trabajo de nuestra capital, seguidos todos contra la Empresa de Comercio Agrícola, en los cuales se perseguía el pago de la indemnización extraordinaria contemplada en el artículo 58 de la Ley 7.295, y donde se pretendía aplicar en el litigio la disposición del artículo 6° del Decreto-Ley N° 472, publicado el 28 de mayo de 1974²⁰. Indicaron que este último precepto era contrario al artículo 10 N° 10 y al artículo 80 de la Constitución Política, por lo que solicitaban a la Corte Suprema la correspondiente declaración de inconstitucionalidad.

En el expediente que el Tribunal Pleno tuvo a la vista, cada uno de los recurrentes demandó a la citada compañía, sosteniendo que fueron exonerados de sus cargos por razones diversas de las contempladas en el Código del Trabajo, y que, por lo tanto, tenían derecho a que se les pagara la indemnización establecida en la Ley 7.295, dada la calidad jurídica que investían y que tenía, asimismo, la empresa demandada. Este estatuto legal consignó una indemnización extraordinaria de un mes de sueldo por cada año de servicio para los empleados semifiscales, con más de tres años de labores que fuesen exonerados como ya se dijo, por causas distintas a las previstas en el Código nombrado, indemnización que era compatible con cualquier otra.

Expresaron también que el decreto-ley que impugnaban contravenía el artículo 80 de la Carta Fundamental, en cuanto por él se ejercen funciones judiciales, puesto que, encontrándose pendientes los juicios aludidos, ellos se resolvían o decidían sin intervención de los tribunales.

20 Dicho cuerpo legal fue dictado según “*la necesidad de aclarar, complementar y modificar algunas disposiciones de los decretos leyes N°s. 307, 314 y 361, de 1974, como, asimismo, la de darle adecuada regulación por medio de una norma legal a diversos problemas que han surgido en la aplicación de otras disposiciones de orden previsional*”, según reza en su considerando. El artículo en disputa -el 6°- introdujo lo siguiente:

“**Artículo 6°)** Declárase que no tienen derecho a la indemnización extraordinaria que establece el artículo 58° de la Ley N° 7.295 los personales de los Servicios, Reparticiones, Organismos, Empresas y demás Instituciones de la Administración del Estado, tanto central como descentralizadas, que hubieren cesado o cesaren en sus funciones por efecto de la aplicación de los decretos leyes números 6 y 22, de Septiembre de 1973, y número 98, de Octubre de 1973”.

Finalizaron su exposición en el sentido que el DL 472 era en realidad un precepto retroactivo, en cuanto alcanza a situaciones ya perfeccionadas antes de su entrada en vigor; y que de la voluntad legislativa que se desprende de él, se colige que no constituye verdaderamente una norma interpretativa de los Decretos-Leyes 6, 22 y 98, porque expresamente así lo dice. Lo que hace es aclarar otras disposiciones legales, las que singulariza en su considerando (DL 307, 314 y 361)

La Empresa de Comercio Agrícola pidió el rechazo del recurso, atendido principalmente: a) que en el caso de uno de los demandantes (Adolfo Morales Tobar) existía ya *sentencia de término* que resolvió el juicio, por lo que el recurso era improcedente; y b) que la exoneración denunciada por los recurrentes -requisito para que sea procedente la aplicación de la Ley 7.295- no existe en el caso sub lite, puesto que ellos dejaron de prestar servicios por aplicación de los Decretos-Leyes 6 y 22 (a los que aludió como vimos el DL 472), los que facultaron discrecionalmente a los Jefes de Servicio, para poner término a los interinatos que ellos consignaron, en forma amplia, libremente y sin restricciones, cualesquiera que fuere el estatuto jurídico de los empleados de la Administración Pública. Lo que existió en consecuencia, fue una terminación de funciones amparada por preceptos legales, no existiendo por lo tanto la “*exoneración indebida*”, que es el requisito esencial para que se adquiriera el derecho a la indemnización.

En cuanto al artículo 80, la Empresa Agrícola señala que al dictarse una norma legal de general aplicación no existe quebrantamiento constitucional. Lo que el Código Político prohíbe es la dictación de leyes especiales que resuelvan, en forma particular, determinados asuntos ventilados en los tribunales.

El señor Fiscal de la Corte fue partidario de desestimar la acción.

El máximo tribunal se encargó primeramente de determinar si había “*juicio pendiente*”. Para ello cita su fallo de fecha 25 de mayo de 1962, en donde estableció la siguiente doctrina: mientras existan en contra de una sentencia que hubiere puesto fin a la instancia de un juicio, recursos ordinarios o extraordinarios que puedan llegar a dejarla sin efecto, tal fallo no puede considerarse ejecutoriado, porque ello importaría desconocer la existencia de esos recursos ²¹, por lo tanto, la Corte estimó que estaba en condiciones de pronunciarse sobre el fondo de la inaplicabilidad.

21 Así como en el aludido fallo que resolvió el recurso de inaplicabilidad de 25 de mayo de 1962 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1962, Tomo LIX, 2º Parte, Sección Primera, págs. 87 a 107), la situación procesal individual de los otros demandantes -y recurrentes de inaplicabilidad- de los distintos procesos que se tramitaban, era la siguiente: en la de don Adolfo Morales se encontraba *pendiente* el recurso de reposición deducido frente al rechazo de la Corte Suprema del recurso de queja dirigido contra la Corte del Trabajo, por haber ésta a su vez

Enseguida el Tribunal se avocó a resolver si el artículo 58 de la Ley 7.295 pudo quedar sin aplicación por la declaración de los DL 6 y 22. Resolvió con respecto al primer precepto, que no era meramente una disposición sobre inamovilidad funcionaria, porque ahí no se contienen normas para determinar los casos en que procede poner término al empleo o función, sino que se limita a otorgar una indemnización cuando la exoneración no obedece a una causa justa y comprobada, independiente de la facultad del empleador; ella no contempla lo que esencialmente constituye un estatuto sobre inamovilidad, puesto que no somete la terminación del contrato de trabajo, el despido o cesación de servicios, a reglas limitativas específicas, en términos que su inobservancia los haga ilegítimos y tenga el efecto de que el trabajador conserve la propiedad del empleo y pueda exigir, por lo tanto, su incorporación a sus labores.

Para la Corte lo que hace el artículo 6° del DL atacado de inconstitucionalidad, es contemplar la incompatibilidad de la indemnización estatuida por la Ley 7.295, con toda otra indemnización por el concepto de años de servicio.

La exoneración, prosiguió la Corte, puede producirse en virtud de un precepto legal, esto es que no sea arbitraria,

“(15°) ... pero el derecho a la indemnización extraordinaria en referencia, subsiste si ella tiene lugar por una causa diferente a las enumeradas (en el artículo pertinente del Código del Trabajo); 15°) Que el indicado derecho tiene el carácter de adquirido, esto es, se incorpora al patrimonio del empleado, pues su adquisición se produjo en virtud de un hecho apto para producirla, al tener más de tres años de servicio y que la exoneración se haya llevado a cabo por un motivo distinto de los que contempla el artículo 164 del Código”

En cuanto a que los derechos sociales puedan ser o no parte de los derechos adquiridos de un empleado, para el máximo tribunal esos derechos en los tiempos contemporáneos son los que, por lo general,

“constituyen la parte más importante del patrimonio de un trabajador. Nuestro siglo ha visto el desarrollo de la legislación social, cuya tendencia ha sido progresiva, esto es, a ir otorgando a los individuos que sólo subsisten por medio

confirmado el fallo del Juez de la causa que había negado lugar a la acción entablada. En el caso del señor Rojas, su proceso ante los tribunales laborales recién había comenzado; y en el caso del señor Otero, en segunda instancia se había confirmado el rechazo a la indemnización solicitada (siempre en virtud de los Decretos-Leyes 6, 22 y 98, todos de 1973), ante lo cual también había optado por deducir recurso de queja ante el Tribunal Supremo, el que estaba pronto a resolverse.

de su trabajo personal, cada vez mayores beneficios ya sea con cargo a patrones o empleadores, ya con cargo al Estado o a las instituciones que de él dependen o por medio de las cuales ejerce sus finalidades, ya sea previsionales, industriales, comerciales o de otros servicios indispensables al bien común” (Cons. 19°)

En el considerando 21°, la Corte dice que la garantía constitucional del derecho de propiedad (artículo 10 N° 10 de la Constitución Política), es amplia y comprende las diferentes formas que pueden revestir el dominio, esto es, a las cosas corporales y a las incorporales o créditos.

Concluye que, a pesar de que el artículo 6° del DL denunciado contiene el vocablo “*declárase*”, no puede estimarse interpretativo de los preceptos anotados, ya que el simple empleo de tal palabra no demuestra un sentido de interpretación o aclaración, porque, entre otras razones, no se divisa qué parte o el todo de la disposición del artículo 58 de la Ley 7.295 pudiera ser susceptible de aclararse, tanto porque ésta fue dictada en el año 1942, es decir es una ley antigua que decía relación con situaciones del todo diferentes a las creadas por los decretos-leyes dictados (de 1973) promulgados con más de 30 años después. Decide por tanto, acoger el recurso de inaplicabilidad, declarando que el artículo 6° del Decreto-Ley 472 -por ser contrario a la garantía constitucional del artículo 10 N° 10 de la Constitución-, no tendrá aplicación en los juicios correspondientes seguidos ante los distintos tribunales del trabajo singularizados más arriba, no sin antes dejar pasar la oportunidad de rebatir el argumento, tanto de la Empresa de Comercio como del Fiscal del Tribunal, que habían manifestado que el derecho adquirido de los recurrentes habría existido si estos hubieran obtenido sentencias ejecutoriadas en las que se reconociera la concurrencia de todos los requisitos que se exigen en la Ley 7.295, lo que no ha ocurrido en la especie:

“Tal argumentación es equivocada, puesto que importa confundir la existencia de un derecho con el reconocimiento jurídico del mismo. La sentencia que reconoce el derecho a la indemnización del referido artículo 58, es declarativa, el derecho existía desde que se cumplieron las normas o requisitos para obtenerlo, el fallo judicial sólo reconoce su existencia y otorga al actor o actores el título adecuado para hacerlo exigible”²²

Se pronunciaron unánimemente en ese sentido, los Ministros señores Enrique Urrutia (Presidente), José María Eyzaguirre (redactor), Israel

²² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1974, Tomo LXXI, 2° Parte, Sección Tercera, pág.180.

Bórquez, Rafael Retamal, Luis Maldonado, Juan Pomés, Octavio Ramírez, Víctor M. Rivas del Canto y Osvaldo Erbeta. El señor Presidente de la Corte, previno que aceptaba el recurso sólo en cuanto el decreto-ley se ha dictado con efecto retroactivo, efecto que puede lesionar derechos que se encuentran litigados entre las partes, y que han podido ser adquiridos con anterioridad a su dictado, y si así lo fuere, dicho DL resulta, en su parte pertinente, contrario al N° 10 del artículo 10 de la Constitución ²³.

b. Sentencia de 31 de enero de 1978. Recurso que incidió en materia de Estados de Excepción Constitucional; referencias a Potestad Constituyente. Con esta fecha se resolvió el recurso de inaplicabilidad interpuesto por don Tomás Pablo Elorza ²⁴, en representación del señor Jaime Castillo Velasco -dentro del recurso de amparo interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago, contra la prohibición gubernativa que le había negado el derecho a ingresar al territorio nacional- a fin de que se declararan inconstitucionales: a) el Decreto-Ley N° 81²⁵ (artículos 2° y 3°) por ser contrario a los artículos 72 N° 17, 80 y 44 N° 12 de la Constitución Política, además de violar al Decreto-Ley 527 (artículo 10 N° 14), al artículo 1° N° 3 y 6 letra a) del Acta Constitucional N° 3 y a los artículos 9° y 2° transitorio del Acta Constitucional N° 2, modificado este último por el Decreto-Ley 1873. Y en segundo

²³ En los fundamentos 2° y 3° de su prevención, tuvo presente que la empresa demandada había excepcionado, entre otras alegaciones, sosteniendo que, si bien el recurrente no fue despedido por una de las causales que menciona el Código del Trabajo, lo fue por una facultad legal establecida en los decretos-leyes mencionados, facultad que lo liberaría de pagar la indemnización que establece el artículo 58, por lo que el empleado, al ser despedido en virtud de esa facultad legal, no habría tenido derecho a la indemnización que reclama. *“Que, como se ve, se encuentra controvertido el derecho a la indemnización que exigen los recurrentes, y esta cuestión no corresponde resolverla a esta Corte Suprema, sino que, a los jueces de la causa, ya que no es propio que se resuelva el fundamento del pleito mediante el procedimiento extraordinario establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, recurso que tiene otra finalidad”.*

²⁴ El señor Tomás Pablo (1921-1999) ocupó la Presidencia del Senado de Chile entre 1969 y 1971. Su segundo período senatorial que terminaría en el año 1977 se vio interrumpido por el Decreto-Ley N° 27, de 21 de septiembre de 1973 que disolvió el Congreso Nacional, cesando en sus funciones a los parlamentarios en ejercicio, lo que de hecho había ocurrido el mismo día 11 de septiembre de ese año.

²⁵ Este decreto-ley atacado mediante el recurso de inaplicabilidad deducido, fijó *“por razones de seguridad del Estado, sanciones para las personas que desobedezcan el llamamiento público que indica el gobierno”.* En su consideración dijo: *“1°) La necesidad de que las personas requeridas por la autoridad obedezcan el llamamiento que se les hace, por exigirlo la seguridad del Estado; 2°) La conveniencia de sancionar penalmente y acorde con la seguridad del Estado la renuencia en el obedecimiento a ese llamamiento; 3°) La necesidad, por otra parte, de velar por la seguridad del Estado, el orden interno y la normalidad de las actividades nacionales, en consonancia con la situación que el país vive y que los hechos descubiertos han evidenciado”.*

Fue derogado el 19 de enero de 1990.

término, que se declaren inconstitucionales, b) los Decretos-Leyes números 1369, 1550, 1668 y 1889²⁶, por violentar la Constitución en sus artículos 4°, 14 y 72 N° 17, nuevamente al DL 527 y al Acta Constitucional N° 2.

En cuanto a la inconstitucionalidad del DL N° 81, expresó que contravenía, en primer lugar, lo dispuesto por el artículo 72 N° 17 de la Constitución (que reglamenta la declaración del *estado de sitio*) y en segundo término al Decreto-Ley 527 -el Estatuto de la Junta de Gobierno-. En cuanto al primer precepto fundamental que se estima vulnerado, en él sólo se conceden al Presidente de la República *la facultad de trasladar las personas, de un departamento a otro y la de arrestarlas en sus propias casas y en lugares que no sean cárceles ni otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes*; y de acuerdo con el segundo, durante el estado de sitio, sea en tiempo o estado de guerra u otro conforme con los grados con que lo distingue el Decreto-Ley 640 -que sistematizó las disposiciones relativas a los regímenes de emergencia²⁷-, al Jefe de Estado sólo se le conceden las indicadas facultades. De modo entonces, prosiguió el recurrente, para que el Primer Mandatario pueda expulsar o desterrar a las personas, requiere de una reforma constitucional, la que no ha acontecido para el efecto indicado.

El Decreto-Ley 81, donde se faculta esta *expulsión o destierro*, es sólo un precepto legal que no puede tener la virtud de haber derogado preceptos constitucionales ni aún con el mérito de los DL N°s 128 y 788, los que no

26 El Decreto-Ley N° 1369 (de 11 de marzo de 1976) declaró el territorio nacional en *Estado de Sitio* en grado de *Seguridad Interior*, por el plazo de seis meses a contar de su publicación; el N° 1550 (de 11 de septiembre de 1976) también lo declaró en dicho estado y grado, y por el mismo tiempo; el N° 1668, a contar del 11 de marzo de 1977, también por seis meses; y el N° 1889 (de 10 de septiembre del mismo año) lo hace en el menor grado contemplado en el Decreto-Ley 640, de 1974, esto es *Conmoción Interior*.

27 Este decreto-ley se dictó en la necesidad, como se dijo, de sistematizar las normas que reglan a los distintos regímenes de emergencia que se contempla en la legislación nacional, estableciendo una adecuada armonía de dichas disposiciones con aquellas de rango constitucional que regulan la materia con los demás preceptos legales que la Junta de Gobierno había aprobado hasta el momento. Para dictarlo, la Junta gobernante hizo alusión a los decretos-leyes a los cuales nosotros nos hemos referido: N°s 1°, 128 y 527 (entre otros).

En su artículo 5° señaló que procederá la declaración de Estado de Sitio en los siguientes casos: a) En caso de *peligro de ataque exterior o de invasión*, tanto si la amenaza proviene de extranjeros como si es obra de chilenos; b) En *caso de conmoción interior*, cualquiera que sea su naturaleza. Y en el artículo siguiente, los distintos grados en que podía decretarse: i) Estado de Sitio por situación *de Guerra Interna o Externa*; ii) Estado de sitio *en grado de Defensa Interna*, que procederá en caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentren organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad; iii) Estado de Sitio *en grado de Seguridad Interior*, que procederá cuando la conmoción sea provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que no se encuentren organizadas, y iv) Estado de Sitio *en grado de Simple Conmoción Interior*, que procederá en los demás casos previstos en la legislación vigente.

pueden convertir el simple mandato legal del DL 81 en norma modificatoria de la Carta Magna o de un Estatuto Orgánico Constitucional, pues para que ello ocurra es necesario que se diga en *forma expresa*. No haciéndolo, no ha podido tener el carácter de una reforma constitucional, ya que el DL 527, que realmente es una modificación a la Constitución, en cuanto determina las facultades, entre otros del Presidente de la República, no consideró la pretendida reforma del DL 81 que había **aumentado** dichas facultades durante la vigencia del estado de sitio.

Para que tenga lugar la derogación tácita de preceptos de rango constitucional, ello sólo es posible cuando opera una derogación orgánica del todo o parte de la Constitución, como sí aconteció con la dictación de la Constitución de 1833, con la de 1925, o con el propio Estatuto de la Junta: el Decreto-Ley 527. Si se aceptase que el DL 81 es *modificación* constitucional, habría que concluir que la Carta Fundamental está formada por textos anteriores al 11 de septiembre de 1973, además de Actas Constitucionales, decretos-leyes que la modifican en forma expresa y además un conjunto de disposiciones contenidas en diversos Decretos-Leyes que serán preceptos constitucionales en la medida que se le dé este carácter en la interpretación que se haga de ellos, lo que equivaldría a su juicio realmente en un absurdo. Lo anterior se confirma sobre la base del artículo 9° del Acta Constitucional N° 2, que dice:

“La mención que en esta u otras Actas Constitucionales se haga a la Constitución Política de la República debe entenderse referida a su texto vigente al 10 de septiembre de 1973, con las modificaciones posteriores de que ha sido objeto en conformidad a lo dispuesto en el decreto ley N° 788, de Diciembre de 1974”
(El subrayado es nuestro).

Y como resulta que de manera categórica el DL N° 788 señaló que las modificaciones que deben formar parte de su texto y entenderse incorporadas a ella, son las modificaciones de carácter *expreso*, resulta que el DL 81 -el que no es modificación expresa- no puede entenderse incorporado a su texto, y por su parte el DL 527 -que en forma orgánica modificó la Constitución al aprobar el Estatuto de la Junta de Gobierno- no consideró para nada esa pretendida reforma del DL 81 que había aumentado las facultades del Presidente de la República en período de estado de sitio, conforme a los artículos 60 y 71 de la Carta Fundamental y los artículos 7° y 9° del DL 527.

Finalizó en esta parte el recurrente de inaplicabilidad, sosteniendo que el tachado DL N° 81 vulnera también al Decreto-Ley N° 1.873, que modificó a su vez el artículo 2° transitorio del Acta Constitucional N° 2. Esta última disposición establecía:

“que, dentro del plazo de un año, contado desde la vigencia de dicha Acta, los decretos leyes que hayan modificado la Constitución Política de la República en lo relativo a los Poderes del Estado y su ejercicio, deberán revestir la forma de Acta Constitucional”

El DL 1873 le suprimió la frase del encabezamiento al Acta mencionada (“*dentro del plazo de un año contado desde la vigencia de esta Acta...*”), y en tal situación el artículo 2° transitorio ordena ahora que los decretos-leyes que hayan modificado la Constitución en lo relativo a los Poderes del Estado y su ejercicio deberán revestirse bajo la forma de un Acta Constitucional, lo que no ha ocurrido, por lo que quedan respecto de él dos opciones: o ha sido derogado o ha perdido el rango constitucional. Además, el DL 81 viola otra Acta Constitucional -la N° 3-, porque establece una pena cual es la ***expulsión del territorio nacional***, lo que sólo puede hacerse mediante un juicio que se ventile ante los tribunales, por lo cual vulnera asimismo el artículo 80 de la Constitución, que otorga la facultad jurisdiccional en forma privativa a los tribunales establecidos por la ley.

En cuanto al segundo grupo de preceptos de los cuales se pide la declaratoria de inaplicabilidad (DL N°s 1369, 1550, 1668 y 1889), se les acusó en el escrito que ellos no fueron dictados en uso del Poder Constituyente, siendo inconstitucionales porque declararon en estado de sitio “*todo el territorio de la República*”, en circunstancias que la Constitución y el mentado DL 527 -que la reformó-, autorizan que dicho estado de excepción constitucional se decrete “*en uno o varios puntos de la misma*”; y además porque fueron dictados sin que medie el requisito -como situación fáctica- de la “*conmoción interna*”, único caso en que se puede ejercer esta facultad ²⁸. Por lo tanto, finalizó, tanto el Jefe de Estado como la Junta de

28 Para un estudio completo -además de histórico- referente a los Regímenes Excepcionales, puede consultarse el texto de JIMÉNEZ LARRAÍN, Fernando, *Los estados de excepción constitucional en Chile*, Editorial Jurídica de Chile, año 2010, 262 págs., en donde, además de ilustrar lo que ocurre en este campo en el Derecho Comparado, reflexiona sobre las modificaciones realizadas a la primitiva exclusión de los tribunales militares en tiempo de guerra de la superintendencia de la Corte Suprema, efectuada mediante la Ley N° 20.050, de Reforma a la Constitución Política de 1980.

La jurisdicción de estos tribunales comprende precisamente el territorio nacional declarado en estado de asamblea (que se dicta en la situación de *guerra externa*), o de sitio (por caso de *guerra interna* o *grave conmoción interior*), y es ejercida por los Generales en Jefe o comandantes superiores de plazas o fortalezas sitiadas o bloqueadas, o de divisiones o cuerpos que operan independientemente, por los Fiscales y por los Consejos de Guerra y Auditores. El Decreto-Ley 640, que sistematizó como ya vimos, las disposiciones de los Regímenes de Emergencia -y que

Gobierno, se han arrogado facultades que constitucionalmente no tienen, configurándose así la situación prevista en el artículo 4° de la Constitución y 6° del Acta Constitucional N° 2, por lo que tales actos legislativos son *nulos*.

El Ministerio del Interior respondió que el recurso debía ser desechado en atención a que ninguna de las normas que expresa, infringe los preceptos constitucionales a que se hizo alusión.

El Fiscal de la Corte don Gustavo Chamorro fue del parecer que la acción fuera desestimada, básicamente en atención a que el Decreto-Ley N° 81 sí ostentaba rango constitucional, por haberle conferido ese carácter los tantas veces aludidos Decretos-Leyes 128 y 788 ²⁹.

también se atacó mediante el recurso de inaplicabilidad en el presente caso que nos ocupa-, dispuso en sus artículos 7° los casos donde entrarían a funcionar los Tribunales Militares *de tiempo de guerra*; en el 8°, los casos en que regirían los Tribunales Militares *de tiempo de paz*; y en el artículo 9° se dispuso, que a pesar de concurrir las situaciones previstas en el artículo anterior -y su procedimiento aplicable además de la penalidad-, entrarían a conocer los de *tiempo de guerra* en los delitos previstos en la Ley de Seguridad Interior del Estado. Además, entre otros aspectos, la Reforma Constitucional de 2005, en el caso de la declaración de estado de Sitio, introdujo que sólo podía este extenderse por 15 días, prorrogables; antes de ella, la duración máxima podía llegar a 90 días, y también podía haber prórroga.

Si se quiere profundizar aún más sobre el particular, ahora relacionado -en el período que ahí se estudia- con la acción de amparo o *habeas corpus* y su procedencia en las situaciones de excepción constitucional, véase el histórico texto de CAFFARENA DE GILES, Elena, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, Imprenta San Francisco, del año 1957, 282 páginas, que cuenta con prólogo de don Patricio Aylwin Azocar -el que da cuenta de la objetividad científica con la cual la autora ha escrito un ensayo estrictamente jurídico-. La autora parte ilustrándonos que, desde 1930 al año de la publicación de su obra (1957), nuestro país vio nacer 16 leyes o decretos de facultades extraordinarias, sin contar las múltiples ocasiones donde el Poder Ejecutivo declaró por sí el consabido régimen del estado de sitio. Del prólogo extraemos los siguientes pasajes: “Hay, en los últimos lustros, un ostensible abuso por parte de nuestros gobiernos de las medidas de emergencia. Es un abuso cuantitativo y cualitativo [...] Recientemente se ha introducido la práctica -iniciada en Enero de 1956 y repetida en Abril de 1957- de que el Presidente de la República declare por sí mismo el estado de sitio, aun estando el Congreso en funciones, con manifiesto fraude a lo dispuesto en el N° 17 del art. 72 de la Constitución Política, mediante el subterfugio de clausurar transitoriamente el período extraordinario de sesiones y volverlo a convocar acto seguido. Desde 1936, contrariando la letra de nuestra ley fundamental y la doctrina invariablemente sostenida por todos nuestros constitucionalistas hasta entonces, se ha ‘descubierto’ que el estado de sitio declarado por el Presidente de la República se mantiene en vigencia después de reunido el Congreso hasta que éste acuerde expresamente rechazar ‘la proposición de ley’ que constitucionalmente importa para él”.

29 La Fiscalía sostuvo que las normas de dichos decretos-leyes (que como vimos reglan especialmente la Potestad Constituyente, además de las Legislativas y Ejecutivas) deben apreciarse en su contexto global y no parcial, y en estas condiciones no puede ser atacado de inconstitucional. Las prescripciones del DL N° 81, otorgan al Jefe de Estado las facultades de *desterrar* o *expulsar* a una persona determinada cuando su presencia en el país atente contra la seguridad interna, y no hay contradicción alguna con el Estatuto de la Junta de Gobierno (Decreto-Ley 527, con el cual se atribuye por parte del recurso una supuesta contradicción), ya que si bien el N° 14 de su artículo 10 -que contempla las atribuciones especiales del Presidente- otorga *sólo* la facultad de *traslado* y *arresto* de las personas durante el estado de sitio, sin embargo el N° 15 del mismo termina por agregar que el Presidente de la República tiene las *demás atribuciones que la Constitución y las leyes le conceden*. Siguió el Fiscal profundizando, que tampoco a su parecer

El Tribunal Supremo entonces, después de analizar las extensas y razonadas argumentaciones del recurrente, debió pronunciarse sobre las contradicciones denunciadas entre los preceptos legales y la Constitución, básicamente en atención a que el DL N° 81 conformaría una norma simplemente legal y no un texto constitucional. Para resolver lo anterior, el Pleno también, necesariamente debería definirse sobre los efectos de los Decretos-Leyes 128 y 788 en orden a la homologación que éstos hicieron en relación con decretos-leyes dictados con anterioridad, para otorgarles el valor de normas de rango constitucional. Por ello debió analizar si el DL N° 81 pudo tener o no esta última condición.

Después de hacer el correspondiente análisis de los DL 128 y 788, dice que el recurrente afirma su posición en cuanto este último ordena que las modificaciones a la Carta Fundamental, que deben formar parte de su texto y entenderse incorporadas a ella son las modificaciones de carácter expreso. En torno a este punto la Corte en su considerando 5° expresó:

“Que ante el claro tenor de lo que disponen los artículos 1° y 2° del referido Decreto Ley N° 788, corresponde expresar que, para estar en presencia de una norma modificatoria de la Constitución Política, tratándose de preceptos contenidos en un decreto ley anterior a aquél, basta con que contenga cualquier texto que sea contrario, se oponga o sea distinto a cualquier precepto de la Constitución. Por lo tanto, concurriendo esta condición, se entenderá que hay una modificación constitucional en el punto de que se trata. Ahora bien, el recurrente hace caudal de que es un absurdo considerar que hay textos jurídicos que sin estar incorporados a la Constitución [...] por no ser modificación expresa, deben ser considerados sin embargo como disposición constitucional, dependiendo ello del intérprete, que sería en definitiva el que determina el nacimiento del rango constitucional que esa disposición tendría”

se violentaba el artículo 80 del Código Político, ni menos el Acta Constitucional N° 3, toda vez que el DL N° 81 no ha establecido *penas* sino *restricciones* a la libertad en base a principios de orden superior, tomados en base al resguardo de la comunidad, ya que la expulsión de personas que ese texto autoriza, no importa una pena propiamente tal, “*ya que para que ella exista sería necesaria la comisión de un delito sancionado por la ley y de que haya sido impuesta a su autor una pena privativa de la libertad, situación que no ocurre en este caso*”.

En cuanto a lo concerniente a la inconstitucionalidad de los diferentes decretos-leyes que impusieron el estado de sitio en sus diversas formas en el territorio de la República, opinó en su Informe, que dichos decretos-leyes se dictaron “*en uso de la facultad otorgada por el Decreto-Ley N° 527*” por lo que “*nada puede objetarse respecto de su rango constitucional refrendado más tarde por el Decreto-Ley N° 788*”. Y en cuanto a lo asegurado en el escrito, en cuanto considera se ha terminado la situación de conmoción interna, dicha aseveración “*no se aviene con la realidad que vive el país. Por todo ello tampoco se ha vulnerado el artículo 4° de la Carta Fundamental*”, finalizó.

En este último punto, para la Corte la argumentación que se acaba de enunciar,

“carece en absoluto de validez [...] tanto más si se considera que el Decreto Ley 788 en cuestión fue dictado en uso de la Potestad Constituyente”,

por lo que en realidad no es un argumento lo que el recurrente realiza cuando direcciona en camino a restarle valor constitucional a la regla en cuestión. Lo que hace el libelo en verdad es

“más bien una crítica al sistema normativo institucional”,

crítica que el propio Decreto-Ley 788 se encarga de contestar, en cuanto expresa en su exposición de motivos -que nosotros también viéramos-, especialmente lo que manifiesta en su letra h) ³⁰.

En cuanto a la reforma del artículo 2º transitorio del Acta Constitucional, la Corte le concede ello, pero que el sentido y finalidad de dicha reforma,

“es totalmente distinto a lo que pretende el recurrente. En efecto, en la exposición de motivos del Decreto Ley N° 1873, se recuerda que el mencionado artículo transitorio fijó el plazo de un año para convertir en Acta Constitucional todos los decretos leyes que se hayan dictado en lo relativo a los Poderes del Estado y su ejercicio [...] agrega que como dicho plazo vence el 18 de septiembre de 1977 [;] y que los estudios para cumplir con ese propósito aún están pendientes y no será posible llevarlos a término dentro de ese plazo, se procede a dictar el referido decreto ley que suprime el indicado plazo. En consecuencia, la supresión del término de un año a que se refería el Acta Constitucional N° 3, no tuvo otro objetivo que el de eliminar el plazo y dejar sin término fijo la conversión en actas constitucionales de los decretos leyes modificatorios de la Constitución en lo concerniente a los Poderes del Estado y su

³⁰ La Corte transcribe la letra h) de las consideraciones que tomó la Junta de Gobierno para dictarlo. Recordemos:

“h) Que, doctrinariamente, se ha sostenido que la Carta Fundamental no puede ser modificada tácitamente, sino que sólo a través de norma expresa que reemplace algún precepto constitucional o se agregue a ellos. Pero esta afirmación no tiene validez para periodos de emergencia ni mucho menos en los casos en que, por la fuerza de los hechos históricos, se reúnen en un mismo órgano y sin formalidades o requisitos diferenciadores, el ejercicio del Poder Constituyente y del Poder Legislativo. En estas circunstancias es obvio que la voluntad de tal órgano expresará siempre una norma de conducta de carácter obligatorio que, en cuanto pueda ser distinta de la Constitución que esté vigente tiene, sin duda, un efecto modificatorio de ésta”. (Nota: el subrayado es nuestro).

ejercicio, pero de ninguna manera ello puede significar que esos decretos leyes quedan derogados o sin rango constitucional por no haberseles dado la forma de Acta”

Pero es en el considerando 10° de su sentencia donde la Corte deja aún más claro su pensar. Lo que ha venido diciendo en sus argumentaciones anteriores, es que el DL N° 81 no puede ser impugnado de inconstitucionalidad, aun cuando cualquiera de sus normas estuviere en pugna con la Constitución Política, con alguna Acta o con cualquier decreto ley de este rango, porque de acuerdo

“con lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política, el recurso de inaplicabilidad sólo está destinado a esclarecer si hay contradicción entre una ley y un texto constitucional, pero no a resolver una posible pugna entre diversos preceptos constitucionales...” (todos los subrayados son nuestros).

En cuanto a la tacha de inconstitucionalidad de los DL 1369, 1550, 1668 y 1889 -los que sucesivamente declararon el estado de sitio en todo el territorio nacional por el período de seis meses cada uno-, el Tribunal Pleno señaló que sólo se pronunciará sobre el último de ellos -bajo cuyo imperio ocurrió el hecho que motivó el recurso de amparo en el cual radica la presente inaplicabilidad-, porque los tres primeros no se encontraban ya vigentes. En cuanto al que se hallaba en vigor, se sostuvo, recordemos, que violentaba la Constitución en su artículo 72 N° 17, además del DL N° 527, por cuanto estas disposiciones sólo autorizan declarar en estado de sitio *uno* o *varios* puntos de la República, pero no -como ha ocurrido en la especie- *todo* su territorio, lo que para los magistrados

“no contradice el mandato constitucional de facultarse esta declaración sobre uno o varios puntos del territorio, puesto que el concepto ‘varios’ admite una pluralidad de puntos o lugares del territorio, pluralidad que nada obsta a que abarque el total. No sería consecuente ni lógico el constituyente si en caso, por ejemplo, de ataque exterior; hubiera sido su intención de permitir el estado de sitio sólo para una parte del territorio, no obstante que toda su integridad estuviera en peligro”
(Considerando 13°)

Analizando esta parte del recurso, la Corte señala que sirve para desvanecer la tesis del recurso, lo que ocurre con el estado de Asamblea, en donde por dicha declaración, es facultad del Presidente de la República declarar a una o más provincias invadidas o amenazadas en caso de guerra extranjera. Pues bien,

“nada obstaría a que se dispusiera dicho estado para todo el territorio, si se dan las referidas condiciones para toda su integridad y sería absurdo que en semejante evento se pusiera en discusión un mandato de la autoridad en ese sentido”

En cuanto a la impugnación del Decreto-Ley 1889 -cuestionado de dictarse sin que medie conmoción interna, único caso en que puede ejercerse la facultad reglada tanto por la Constitución como por el DL 527-, sobre si éste se ciñe o no formalmente a la norma constitucional del artículo 72 N° 17:

“no siendo posible entrar a escudriñar si realmente existe el hecho de la conmoción interior que justifique su pronunciamiento, ya que ello, por su naturaleza, corresponde a la competencia de la propia autoridad que lo ha dictado. Por otra parte, sería impropio del recurso de inaplicabilidad buscar en este procedimiento las posibles pruebas acerca de la existencia de un hecho que ha servido de base a la dictación del Decreto Ley impugnado...”³¹,

por lo que determina, por unanimidad, rechazar el recurso intentado. Intervinieron los Ministros señores José María Eyzaguirre (presidente), Eduardo Ortiz Sandoval, Israel Bórquez, Rafael Retamal López³², Luis Maldonado, Octavio Ramírez, Víctor Rivas, Enrique Correa Labra, Osvaldo Erbeta, Marcos Aburto (redactor), Estanislao Zúñiga y Abraham Meersohn.

³¹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 2° Parte, Sección Primera, Tomo LXXV, pág. 111.

³² El Ministro señor Retamal López previno que no aceptaba el considerando 13° -cuya parte principal transcribimos más arriba-. Para éste magistrado, la presunta “*inconstitucionalidad consistente en haberse declarado en estado de sitio **todo el territorio** de la República, contrariando el precepto constitucional que lo autoriza para **uno o varios** puntos del país, plantea un problema de interpretación lógica: es cierto que la voz ‘**varios**’ en lenguaje común no comprende **el todo** de los elementos de que se trata y, por ello, el decreto ley declaratorio del estado de sitio de **todo el país**, sería aparentemente contrario a la norma constitucional por exceder los límites de ésta; pero no hay que preterir la posible coincidencia de las normas constitucional y legal que se dicen contrarias y que consiste en que declarado **todo** el territorio nacional en estado de sitio, se declaran en tal estado los **varios** puntos de la República, porque el **todo** contiene las **varias partes** de que consta; y siendo así, los respectivos decretos leyes no serían inconstitucionales absolutamente, sino sólo relativamente, inconstitucionalidad relativa esta que no puede declararse; Que no debe tampoco olvidarse que en el asunto jurídico promovido, los intérpretes autorizados del texto constitucional, como miembros del Poder Ejecutivo, declararon en estado de sitio todo el territorio de la República, atribuyendo a la locución ‘**varios puntos de la República**’ un sentido totalizador del territorio nacional”, dijo en su prevención. (Nota: los resaltados son originales del texto, los cuales vienen en cursiva).*

SECCION SEGUNDA

Estudios previos

1. Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la nueva Constitución Política de la República

Antes de continuar, en lo que a nosotros atañe, analizaremos las Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile, que contienen específicamente las discusiones dedicadas al recurso de inaplicabilidad. Como sabemos, esas discusiones tuvieron lugar en el contexto de una Comisión que debatía los estudios relativos a dar vida a una nueva Constitución Política para el país.

Esta Comisión estuvo presidida por el ex Ministro de Justicia y de Relaciones Exteriores del Ex-Presidente de la República Jorge Alessandri, don Enrique Ortúzar Escobar; además la integraron los señores Jaime Guzmán Errázuriz, Alejandro Silva Bascuñán, Jorge Ovalle Quiroz, Enrique Evans de la Cuadra, Sergio Diez Urzúa, Gustavo Lorca y la señora Alicia Romo. En el año 1977 presentaron su renuncia los señores Silva y Evans; con posterioridad tomó igual determinación el señor Ovalle. Ingresaron entonces a la Comisión los señores Raúl Bertelsen y Juan de Dios Carmona, además de la señora Luz Bulnes. Actuó como Secretario don Rafael Eyzaguirre.

Analicemos por tanto las actas que contienen los aspectos relativos a la acción de inaplicabilidad. Desde la Sesión 285a, celebrada el jueves 14 de abril de 1977, y donde asistieron los señores comisionados Enrique Ortúzar -como presidente-, Sergio Diez Urzúa, Jaime Guzmán Errázuriz y Jorge Ovalle Quiroz. También asistieron especialmente invitados don José María Eyzaguirre, a la sazón Presidente de las Corte Suprema, y el Capitán de Navío (j) Aldo Montagna, Subsecretario de Justicia (después se integraron otras personas). Se comenzó la discusión y análisis del motivo central de este trabajo, cual es el *recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*.

Hacemos presente que, por su utilidad pedagógica, hemos decidido seguir y mantener los acápites usados por el profesor Gustavo Fiamma Olivares en su estudio sobre las Actas Oficiales y el recurso de inaplicabilidad¹,

¹ FIAMMA OLIVARES, Gustavo, *El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (Antecedentes contenidos en las Actas Oficiales)*, Revista Gaceta Jurídica N° 94, año 1988, págs. 3 a 14.

estudio que ha venido a ser de nuestro auxilio en esta parte. Además, en él podemos encontrar alusiones a fallos históricos que nosotros aquí ya hemos revisado o que revisaremos.

Se dijo al interior de la Comisión en aquella oportunidad:

a. Origen. En cuanto al origen:

“El señor Ortúzar (Presidente) hace saber al señor Montagna (Subsecretario de Justicia) que la Comisión estaba empezando a considerar el artículo 86 bis, relativo al recurso de inaplicabilidad, el que, en los términos propuestos por la Subcomisión que ha presidido el señor Presidente de la Corte Suprema, dice:

Artículo 86 bis.- La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o que le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento, cualquiera que sea su naturaleza’.

“Anota el señor Ortúzar que, en esta parte, hay una modificación de la disposición vigente, que establece que no se suspende la marcha del juicio, y prosigue, luego, la lectura del precepto:

‘Después de tres fallos, en un mismo sentido, acogiendo el recurso, la inaplicabilidad producirá efectos generales’”

b. Inaplicabilidad de oficio y a petición de parte. El profesor Fiamma, nos recuerda que en la CPR se contemplaron tres formas procesales en virtud de las cuales la Corte Suprema podía entrar a conocer de una cuestión de constitucionalidad referente a un precepto legal: i) *de oficio*; ii) *a petición de parte* -en ambos casos respecto de las materias que esté conociendo-; y iii) a través del recurso de inaplicabilidad respecto de las gestiones que estén en conocimiento de otro tribunal. Sobre el particular son ilustrativas las siguientes intervenciones:

“La profesora Bulnes da a conocer que el año pasado se encontró con la novedad de que había ciertos fallos en que se establecía que la Corte Suprema no podía declarar de oficio la inaplicabilidad, haciendo una interpretación del artículo

86 en ese sentido, no obstante que ella consideraba casi como un dogma la declaración de inaplicabilidad, porque obliga a interponer el recurso (Sesión 302, pág. 1301).

“Ortúzar: recuerda haberle hecho la pregunta al señor Presidente de la Corte Suprema, porque le parecía conveniente que pudiera hacerlo de oficio, y él le contestó que la Corte no estimaba que estuviera inhabilitada para poder declararla de oficio, pero que, en la práctica, no se había hecho nunca (Sesión 302, pág. 1301).

“Luz Bulnes: cree que en 1932 ó 1933, no lo recuerda con precisión, existe un caso, que encontró el año pasado al estudiar el problema, pero le quedó la duda de por qué se había llegado a esta interpretación, pues ella siempre lo había enseñado igual hasta que se encontró con esta novedad (Sesión 302, pág. 1301).

“Ortúzar: considera que la idea de la señora Bulnes es que se pueda declarar de oficio la inaplicabilidad (Sesión 302, pág. 1301).

“Bulnes: repite que esa es su opinión (Sesión 302, pág. 1301).

“Diez: cree que la interpretación de este artículo es bastante clara: ‘La Corte Suprema, en las materias de que conozca o que le fueren sometidas en recurso...’, etcétera, de manera que el recurso es para cuando la Corte no está conociendo la materia (Sesión 302, pág. 1301).

“Bertelsen: expresa que él ve ahí un problema, antes y ahora, y es el que, conociendo, las partes o los interesados en esos asuntos puedan inequívocamente solicitar un pronunciamiento de la misma (Sesión 302, pág. 1301).

“Diez: piensa que podría decirse: ‘La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca o que le fueren sometidas en recurso interpuesto...’, etcétera (Sesión 302, pág. 1301).

“Bertelsen: hace presente que con la redacción actual y con ésta a él no le queda claro, en forma inequívoca, que en un asunto

que está en la Corte Suprema una de las partes pueda pedir a la Corte su intervención para que efectivamente se produzca un pronunciamiento (Sesión 302, pág. 1302).

“Bulnes: recuerda que el caso que señaló se refería a un juicio que estaba en la Corte Suprema y una de las partes quería que la Corte declarara la inaplicabilidad, pero se encontraron con que, en realidad, la Corte Suprema, en muchos casos, no había aceptado esta petición pronunciamiento (Sesión 302, pág. 1302).

“Guzmán: acota que podría ser conveniente colocarlo en el precepto (Sesión 302, pág. 1302).

“Diez: anota que la frase sería: ‘de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca’ (Sesión 302, pág. 1302).

“Guzmán: estima que lo que habría que distinguir bien claramente es que respecto de las materias de las cuales está conociendo pueda actuar de oficio o a petición de parte, y respecto de las gestiones que se están realizando o se siguen ante otro tribunal sólo puede actuar a petición de parte en recurso interpuesto por ésta (Sesión 302, pág. 1302).

“Diez: explica que por eso ha propuesto decir: ‘La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que esté conociendo o que le fueren sometidas en recurso interpuesto’, etcétera (Sesión 302, pág. 1302).

“Guzmán: expresa que a él no le satisface esa redacción, porque cree que no queda claro el sentido de que, con el señor Diez, quieren darle al artículo, pues podría prestarse a que se interpretara que también puede actuarse de oficio (Sesión 302, pág. 1302).

“Ortúzar: considera que si la Corte Suprema está conociendo, por ejemplo, de un recurso de casación en el fondo, es, es un caso que le ha sido interpuesto en juicio que se sigue ante otro tribunal, y no observa la razón por qué no podría también declarar de oficio la inaplicabilidad (Sesión 302, pág. 1302).

“Guzmán: estima que hay que distinguir dos situaciones: si la Corte Suprema está conociendo, o no lo está; si está conociendo,

puede actuar de oficio, pero al imponerse de que hay un juicio pendiente ante un tribunal de mayor cuantía o ante la Corte de Apelaciones, la Corte Suprema no puede, obrando de oficio directamente, indicar al tribunal inferior de que no puede aplicar una determinada ley, lo que lógicamente, no es admisible, ni es la idea de la Comisión (Sesión 302, pág. 1302).

“Diez: anota que no hay problema con decir: ‘La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca’, porque de las materias de que conoce la Corte, algunas son propias de su competencia y otras lo son por recursos, y en cualquier materia que esté en conocimiento de la Corte, ya sea de oficio o a petición de parte, ésta puede declarar la inaplicabilidad. Respecto de la expresión: ‘o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal’, entiende que aquí sí que debe haber una petición, porque éste es el recurso propio de inaplicabilidad (Sesión 302, pág. 1302).

“Ortúzar: acota que es el recurso de inaplicabilidad en el verdadero sentido de la palabra (Sesión 302, pág. 1303).

“Diez: explica que lo otro es como decirle a la Corte Suprema que en los casos que conozca puede declarar la inaplicabilidad de una disposición constitucional, ya sea de oficio o a petición de parte; siempre lo ha entendido de esa manera, y sugiere decirlo así si hay dudas al respecto (Sesión 302, pág. 1303).

“Ortúzar: considera que en esa forma queda perfectamente: ‘La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto’ -éste es el recurso de inaplicabilidad- ‘en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso legal podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento’ (Sesión 302, pág. 1303).

“Lorca: anota que es muy distinto el primer caso, porque allí está conociendo la Corte Suprema; en el otro, se tiene que interponer el recurso (Sesión 302, pág. 1303).

“Guzmán: expresa que tiene dudas en cuanto a si la redacción es lo suficientemente adecuada, pero en lo que respecta a la idea están todos de acuerdo” (Sesión 302, pág. 1303).

c. Materias de que conozca. Según el autor en su artículo, los redactores de la Constitución le asignaron a las citadas expresiones un significado amplio. Así quedó de manifiesto con las siguientes intervenciones que los señores Comisionados que a continuación se transcriben:

“Eyzaguirre: propone decir, en lugar de ‘en las gestiones’, ‘en las cuestiones de que conozca’ (Sesión 288, pág. 1012).

“Guzmán: sugiere decir: ‘en las materias de que conozca’. Y se suprimiría la frase ‘o que le fuesen sometidas’ (Sesión 288, pág. 1012).

“Ortúzar: concluye que entonces se diría: ‘La Corte Suprema, en las materias de que conozca’. Y se suprimiría la frase ‘o que le fuesen sometidas’ (Sesión 288, pág. 1012).

“Diez: señala que es igual para los casos que hasta ahora le ha tocado conocer a la Corte; pero va más allá, porque también permite que la Corte Suprema pueda declarar la inaplicabilidad en materias de carácter público, como es su propia generación, cosa que no cree que pudiera hacer con el texto actual de la Constitución (Sesión 288, pág. 1013).

“Eyzaguirre: confirma que no podría (Sesión 288, pág. 1013).

“Diez: destaca que el nuevo texto protege también la generación del poder judicial. Precizando sus palabras a instancia del señor Presidente, expresa que, a su juicio, dado el texto actual de la Constitución, si se dictara una ley inconstitucional que afectara a la generación del Poder Judicial, la Corte Suprema no podría declarar inaplicable ese precepto legal porque no sería ‘un caso particular’ -la generación del Poder Judicial nunca puede mirarse como un caso particular- ni se trataría de recurso interpuesto en ningún ‘juicio’, por muy amplia que sea la interpretación de la palabra ‘juicio’. Es una ‘materia’, de que conoce la Corte Suprema, que no es ni ‘caso particular’ ni ‘juicio’, y que tiene relación con algo de enorme importancia, como es la generación del Poder Judicial. De manera que si se reemplaza ‘casos particulares’ por ‘materias’

se amplía el concepto y, evidentemente, no se contradice la jurisprudencia, porque nunca se ha presentado el caso de una ley inconstitucional en materia de generación del Poder Judicial, pero pudiera producirse (Sesión 288, pág. 1013).

“Eyzaguirre: informa que hoy día, respecto de las ternas, no hay apelación, sino un recurso especial de reclamación (Sesión 288, pág. 1013).

“Diez: hace notar que a la Corte Suprema le corresponde conocer de ello por el recurso de reclamación; o le corresponde, como ‘materia’, aplicar medidas disciplinarias; autorizar traslados; o hacer presente algo al Presidente de la República. Hay muchas atribuciones que dicen relación al Poder Judicial (Sesión 288, pág. 1013).

“Eyzaguirre: pone un ejemplo nada más que para aclarar ideas. Supuesto que el día de mañana no se apruebe el texto constitucional como ya está aprobado en cuanto a la edad límite para los miembros de la Corte Suprema, sino que, sencillamente, una ley diga: ‘Los miembros de la Corte Suprema deberán retirarse después de que hayan cumplido cinco años en sus funciones o de que hayan cumplido tantos años de edad’. Cree que hay que buscar la fórmula para que la Corte Suprema pueda declarar que eso es inconstitucional, pues ésta no es, al parecer, una ‘materia’ de que le corresponde conocer (Sesión 288, pág. 1014).

“Ortúzar: resume que la idea clara, precisa y concreta que aprobaría la Comisión, a propuesta del señor Diez, sería la de facultar a la Corte Suprema para que pueda declarar la inaplicabilidad de una ley por ser contraria a la Constitución, sea en materias que digan relación con la organización y atribuciones del Poder Judicial o sea en las materias de que conoce o que le sean sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal (Sesión 288, pág. 1014).

“Ortúzar: ofrece la palabra sobre los términos en que está redactada esta disposición, y hace presente que se modificó la expresión ‘en los casos’ sustituyéndola por ‘en las materias’, a fin de permitir que la Corte Suprema pueda declarar la

inaplicabilidad de un precepto legal en todos los asuntos que le corresponda conocer, incluso en algunos que no constituyen propiamente casos judiciales, como, por ejemplo, cuando está ejerciendo sus facultades relacionadas con la generación misma del Poder Judicial, como es la formación de las ternas. Explica que si se dictara el día de mañana una ley inconstitucional, que contrariara los preceptos de la Constitución sobre la forma de elaborar las ternas, podría la Corte Suprema -porque es una materia de la cual ella conoce- declarar la inaplicabilidad de ese precepto legal por ser contrario a la Constitución” (Sesión 302, pág. 1301).

d. O que le fueren sometidas. Esta frase iba a ser suprimida a sugerencia del señor Ortúzar. Por ello el señor Sergio Diez intervino en los siguientes términos:

“Diez: dejaría la frase ‘o que le fueren sometidas’. Establecería un recurso distinto del de queja (sic). Diría: ‘La Corte suprema, en las materias de que conozca o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto contrario a la Constitución” (Sesión 288, pág. 1012).

e. Cualquier gestión. En este punto, la Comisión reemplazó la expresión “juicio” por “cualquier gestión” con el objeto de dar mayor amplitud a la posibilidad de interposición del recurso de inaplicabilidad. Las siguientes intervenciones que reproducimos son demostrativas de esta afirmación:

“Eyzaguirre: piensa que es útil para lo mismo que está afirmando el señor Diez -y la Corte Suprema lo ha confirmado en su jurisprudencia-, que quede constancia en el Acta de esta sesión de que el término ‘juicio’ consignado en el inciso segundo del artículo 86 bis de la Constitución, se entiende en un sentido amplio de cualquier gestión judicial, de cualquiera petición a los tribunales de justicia (Sesión 288, pág. 1008).

“Guzmán: desea recoger, en primer lugar, lo que acaba de señalar el señor José María Eyzaguirre. Cree que eso sería sumamente satisfactorio porque se acerca a la inquietud que ha estado planteando permanentemente, de no requerir innecesariamente la exigencia de un juicio si en verdad éste no se estima indispensable. La circunstancia de entender por

juicio cualquiera petición o gestión que se entable ante los tribunales de justicia abre todavía más el campo del recurso de inaplicabilidad (Sesión 288, pág. 1008).

“Eyzaguirre: informa que actualmente la Corte Suprema, por la vía de la jurisprudencia ha declarado que la expresión ‘juicio’ empleada por la Constitución debe ser interpretada en un sentido amplio. Cualquier gestión judicial para los efectos del recurso de inaplicabilidad es juicio ². Por ejemplo, en el caso de una queja, no puede ser más evidente que se trata de un recurso extraordinario que no es juicio, y la Corte Suprema ha resuelto que en ese caso procede el recurso de inaplicabilidad. También lo ha establecido en los casos de jurisdicción voluntaria en que no hay juicio. de manera que la Corte Suprema ha dado a la palabra ‘juicio’ consignada en el inciso segundo del artículo 86 bis de la Carta Fundamental no una acepción restringida de juicio entre las partes, sino de cualquier juicio o gestión judicial. Por eso cree muy útil que quede constancia en el Acta de que al usar la expresión ‘juicio’ empleada en la referida disposición constitucional la Comisión entiende que se refiere a cualquier petición sometida a los tribunales de justicia (Sesión 288, pág. 1009).

“Guzmán: señala que entendía que la jurisprudencia le ha dado siempre ese sentido no restringido a la expresión ‘juicio’, pero que convendría, en todo caso, aclararlo en el texto (Sesión 288, pág. 1009).

“Ortúzar: cree, como el señor Guzmán, que sería conveniente, más que dejar constancia en acta, dejar testimonio en la letra

2 No es necesario como ya tuvimos ocasión de apreciar, que exista “juicio” en el sentido estricto del término. Bajo el artículo 86 de la Constitución de 1925, la Corte Suprema lo entendió de ese modo invariablemente. Así por ejemplo en fallo de 27 de diciembre de 1955 -en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1955, Tomo LII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 428-, donde estableció que podía deducirse antes de la notificación de la demanda; o aún -por eso citamos este específico caso- en el caso en que ésta no haya sido cursada por el juez por falta de un entero de las multas contra las cuales se reclamaba, cuestión que el Fisco consideraba indispensable para declarar trabada la relación procesal, por lo que había planteado la inadmisibilidad del recurso de inaplicabilidad, cuestión que fue rechazada por el Tribunal Supremo. También sobre el sentido de la palabra “juicio” bajo el imperio de la misma Constitución Política, pueden consultarse las sentencias de 27 de julio de 1970 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1970, Tomo LXVII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 273); 31 de agosto del mismo año (misma *Revista* y Tomo, pág. 361); 30 de diciembre de 1946 (misma *Revista*, Tomo XLIV, 2° Parte, Sección 1°, pág. 394); 12 de enero de 1968 (misma *Revista*, Tomo LXV, 2° Parte, Sección 1°, pág. 45); y 9 de octubre de 1974, en *Revista Fallos del Mes*, N° 191, pág. 208, entre otras.

del precepto de que la referencia a la necesidad de que exista un juicio alude prácticamente a cualquier gestión judicial, de cualquier naturaleza que sea, como podría ser, por ejemplo, el caso del recurso de protección en que todavía no hay juicio. Porque la disposición que se propone, que es igual a la vigente, dice: ‘La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere ante otro tribunal’. La idea, como por lo demás lo ha entendido la Corte Suprema, según lo acaba de manifestar su Presidente, es que se trate de un juicio o gestión judicial o recurso de cualquier naturaleza (Sesión 288, pág. 1012).

“Diez: dice que, si la Corte ha interpretado de esa manera la expresión ‘recurso interpuesto en juicio’, mantendría el texto como está y ratificaría la interpretación de la Corte en el Acta de la Comisión (Sesión 288, pág. 1012).

“Eyzaguirre: pregunta si no se podría en vez de ‘interpuesto en juicio que se siguiere ante otro tribunal’, decir ‘en cualquier gestión de carácter judicial que se siguiere ante otro tribunal’ (Sesión 288, pág. 1012).

“Ortúzar: sugiere que se podría decir: ‘La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o que le fueren sometidas en recurso interpuesto con motivo de cualquier gestión judicial que se siguiere ante otro tribunal’ (Sesión 288, pág. 1012).

“Diez: expresa que, a su juicio, debiera decirse: ‘en recurso interpuesto en cualquier gestión judicial que se siguiere ante otro tribunal’, o bien: “La Corte Suprema, en las gestiones de que conozca o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en gestiones judiciales que se sigan ante otro tribunal (Sesión 288, pág. 1012).

Atendido lo anterior el comisionado señor Guzmán le consultó al señor Presidente de la Corte Suprema, don José María Eyzaguirre:

“si esta redacción coincide exactamente con la interpretación de la jurisprudencia ha dado a la expresión ‘juicio que se siguiere ante otro tribunal’ o si es más amplia que esa jurisprudencia (Sesión 288, pág. 1012).

A lo cual el alto magistrado respondió lo que nosotros ya adelantáramos en nuestra cita a pie de página:

“es más amplia, porque así se evita que en el futuro el Tribunal cambie de criterio o que alguien pueda decir que ‘juicio’ es nada más que lo que procesalmente es <juicio>. Entonces, con esto queda eliminada cualquier duda en recurso interpuesto con motivo de cualquier gestión judicial que se siguiere ante otro tribunal (Sesión 288, pág. 1012-1013).

Enseguida nuevamente el señor Guzmán reitera que no le cabe la menor duda de que el texto aprobado es de mayor amplitud que el texto que se encuentra actualmente vigente, aunque especifica su pregunta en orden si el texto nuevo estaría en consonancia con la jurisprudencia que hasta ahora ha dado la Corte Suprema de la expresión *juicio*. El señor Eyzaguirre responde:

“que es exactamente igual (Sesión 288, pág. 1013).

“Diez: señala que es igual para los casos que hasta ahora le ha tocado conocer a la Corte; pero va más allá, porque también permite que la Corte Suprema pueda declarar inaplicables en materias de carácter público, como es su propia generación, cosa que no cree que pudiera hacer con el texto actual de la Constitución (Sesión 288, pág. 1013).

“Eyzaguirre: confirma que no podría (Sesión 288, pág. 1013).

“Diez: destaca que el nuevo texto protege también la generación del Poder Judicial (Sesión 288, pág. 1013).

“Ortúzar: hace notar que la otra modificación, como lo señalaba el señor Bertelsen, consiste en emplear la expresión ‘cualquier gestión’ a fin de no hacer necesaria la existencia de un juicio” (Sesión 302, pág. 1301).

f. Suspensión del procedimiento. La suspensión del procedimiento como una facultad de la Corte Suprema, es otra de las innovaciones que contuvo el artículo 80 de la Carta Fundamental. Esta facultad fue incorporada con el propósito de evitar lo que venía sucediendo en la práctica, en orden a que en no pocas ocasiones cuando se iba a fallar el recurso de inaplicabilidad ya se había fallado el juicio principal.

La discusión en torno a lo anterior versó como sigue:

“Eyzaguirre: expresa que en el inciso primero la novedad está en la suspensión del procedimiento, ya que ahora ocurre todo lo contrario; pero, en la práctica, muchas veces sucede que se presenta el recurso de inaplicabilidad, se confiere el traslado respectivo, se cumple este trámite, se pone el asunto en tabla, vienen las suspensiones de las partes y ocurre que de repente el juicio termina, y así, en el momento en que la Corte Suprema va a dictar fallo, se encuentra con que el juicio está finiquitado. De este modo -añade- el recurso de inaplicabilidad no tiene efecto alguno, porque el juicio terminó y el texto de la Constitución exige juicio pendiente, como es lo lógico que sea. Pero, como la suspensión del juicio es muy peligrosa y como los abogados pueden empezar a usar el recurso de inaplicabilidad nada más que para paralizar el juicio, la disposición le deja la facultad a la Corte Suprema la facultad de suspender la tramitación del mismo, así como en el recurso de revisión, en materia civil y criminal, tiene la de suspender los efectos de la sentencia. Estima evidente que si se le plantea un recurso de inaplicabilidad que no tiene ningún fundamento o que no tienen seriedad suficiente, la Corte rechazará la suspensión del procedimiento, suspensión que, por lo demás muchas veces se produce de facto, por el hecho de que la Corte pida el expediente, ya que hay ciertos casos en que es necesario estudiar el expediente para darse cuenta de cómo está planteado el debate dentro del juicio, pero esa es la excepción (Sesión 285, pág. 244).

“Ovalle: está de acuerdo con las ideas contenidas en el proyecto propuesto por la Subcomisión, porque le parece de extraordinaria utilidad, y a la vez, muy prudente, la facultad que se le entrega a la Corte Suprema para suspender el procedimiento, porque, por una parte, resuelve el problema que señalaba el señor Presidente, -que solía ocurrir, según el mismo lo destaca, durante la vigencia de las actuales disposiciones- y, por la otra, no posibilita la suspensión por la sola interposición del recurso y evita, del mismo modo, la transformación de este recurso en un mero expediente dilatorio que pudieran emplear los abogados (Sesión 285, pág. 946).

“Montagna: en cuanto al problema de la facultad del tribunal supremo de suspender la tramitación del juicio, que es una facultad y no un imperativo, en alguna medida le preocupa

el hecho de que esto pudiera de todas maneras utilizarse para suspender la tramitación de los juicios -no obstante creer que es bueno que el tribunal supremo tenga una atribución de esa naturaleza-, a los fines de que los juicios no se paraliquen por un tiempo más o menos prolongado con motivo de este recurso. No sabe, agrega, si valdrá la pena considerar -ignora si se ha hecho- la idea de que el juicio pudiera avanzar sin producir efectos definitivos, porque el juez quedaría inhibido de dictar sentencia mientras no hubiera un pronunciamiento del tribunal supremo respecto de la inconstitucionalidad o inaplicabilidad, o de la aplicabilidad o constitucionalidad de la norma que se está debatiendo y que sea el punto central del proceso. Hace una sugerencia en ese sentido, porque una de las cosas que le ha preocupado -como abogado- ha sido la utilización de aquello de no innovar del tribunal supremo o de los tribunales que conocen de los recursos de queja y que muchas veces dejan paralizado el juicio por un tiempo prolongado, impidiendo en algunas ocasiones, por ejemplo, la rendición oportuna de pruebas. Como todo lo que apunta, señala, hacia avanzar en materia de derecho, no ve por qué suspender el procedimiento que apunta en perjuicio de los hechos, en circunstancias que bien podría la norma establecer que no hubiera fallo mientras el Tribunal Supremo no se haya pronunciado en el recurso respectivo y siempre y cuando así lo hubiere advertido, por estimarlo necesario, al tribunal que esté conociendo del juicio (Sesión 286, pág. 974).

“Eyzaguirre: concuerda con lo expresado por el señor Montagna (Sesión 286, pág. 974).

“Romo: lo que ha dicho el señor Subsecretario, agrega, en cuanto a que se paraliquen los juicios, si bien tiene ventajas, por otro lado, puede ser peligroso porque la orden de no innovar, en general, se usa como la gran defensa que tiene la parte para que no se vayan a producir hechos que puedan ser irreversibles o que puedan causar mucho daño (Sesión 286, pág. 974).

“Montagna: acota que, tal vez, él utilizó mal la expresión ‘orden de no innovar’ porque, en verdad orden de no innovar se produce con fallo dictado, y aquí sería suspensión del procedimiento (Sesión 286, pág. 974).

“Romo: anota que, en materia penal, por ejemplo, un juicio de impuestos puede dar lugar a que una persona sea declarada reo y vaya preso. Encuentra complicado el sistema (Sesión 286, pág. 975).

“Montagna: está de acuerdo en ello (Sesión 286, pág. 975).

“Romo: manifiesta que todos estos problemas pueden producirse. El recurso de inaplicabilidad puede tener lugar en cualquier materia (Sesión 286, pág. 975).

“Ortúzar: señala que es facultativo de la Corte abordar todas las cuestiones de procedimiento, de manera que se verá en casos muy calificados (Sesión 286, pág. 975).

“Romo: cita el caso de un procedimiento por delitos tributarios, y que, iniciado, inmediatamente se interponga el recurso y se detenga el procedimiento. Y a lo mejor, añade, si no se detiene, una persona o una empresa se ve expuesta a un trajín tremendo (Sesión 286, pág. 975).

“Ortúzar: se estaría de acuerdo en el mantener el recurso de inaplicabilidad en los términos en que está, por de pronto con la modificación que propone la Subcomisión en cuanto a que la Corte Suprema pueda ordenar la suspensión del procedimiento, cualquiera que sea su naturaleza, cuando estime pertinente (Sesión 288, pág. 1011).

“Ortúzar: y, finalmente, se permite que la Corte Suprema pueda ordenar la suspensión del procedimiento en cualquier estado de la gestión” (Sesión 302, pág. 1301).

g. En Sala o en Tribunal Pleno: en los casos particulares de que conozca. Respecto de esta importante materia, la Comisión redactora no fijó claramente su pensamiento. Por ello, el profesor Fiamma, hace alusión a las únicas intervenciones que se produjeron sobre el particular:

“Eyzaguirre: explica que en este punto surge la discusión procesal, porque como el artículo 86 en la forma en que está redactado, dice: ‘en los casos particulares de que conozca... o en recurso interpuesto ante otro tribunal...’, etcétera-, ha suscitado la discusión -nunca se ha planteado concretamente, pues nunca ha ocurrido que la Sala declare la inaplicabilidad, desde el año

1925 hasta hoy día-, pero existe, evidentemente, la duda si en el caso particular; no en el recurso que conozca, puede la Sala declarar la inaplicabilidad o tiene que pasar los antecedentes al Tribunal Pleno en cuanto la constitucionalidad le merezca duda ³. Explica que esto se ha planteado y algunos se inclinan porque debe ser en Pleno, y otros, en Sala, por la forma en que está redactado, que dice ‘sólo en los casos particulares de que conozca’, y los casos particulares de que conoce la Corte en Sala, excepto el recurso que está contemplado en el Código Orgánico, y que la Corte Suprema conoce en Pleno (Sesión 285, pág. 947).

“Ovalle: expresa que si bien el Código Orgánico señala específicamente que la Corte Suprema conoce en pleno el recurso de inaplicabilidad, para él resulta claro que, en concepto del constituyente, el conocimiento del recurso la ley bien pudo confiarlo a las Salas del Tribunal, ya que tal disposición no está contenida específicamente en la Constitución, y, aún más, como con tanta precisión lo señala el señor Presidente de la Corte Suprema, de acuerdo con la redacción del artículo resulta claro que el constituyente pensó que era competente para conocer del recurso aquella Sala del tribunal que lo fuera para conocer de los recursos que se interponen ordinariamente ante ella. Por consiguiente, podría ocurrir, ya que tal interpretación no está reñida con la Constitución, y tampoco lo está con la redacción propuesta, que una Sala del tribunal declarar inaplicable un precepto, puesto que la Carta le está otorgando esa competencia, y que otra Sala del Tribunal declarar lo

3 En el caso <<Mujica con Fisco>> sabemos que una Sala del máximo tribunal, por unanimidad, con fecha 4 de diciembre de 1945, conociendo de un recurso de casación en el fondo, decidió que podía “en los casos particulares de que conozca, declarar inaplicable en juicio determinado, cualquier precepto legal contrario a la Constitución, según lo dispone ésta en su artículo 86; 6° Que resulta así carente de objeto preocuparse de las infracciones de ley alegadas, porque si una de ellas es inaplicable al juicio por contravenir preceptos constitucionales, es obvio que el recurso no puede prosperar y en cuanto a la otra, no es sino el antecedente forzoso de la anterior; que, por lo mismo, no tendría influencia en lo que pudiera decidirse...”. Por los fundamentos que expuso, declaró en ese litigio, de oficio inaplicable el artículo 73 inciso final del Decreto con Fuerza de Ley N° 345 -cuya infracción se había invocado en el recurso-, y por tanto, sin lugar el recurso de casación en el fondo de que se hizo mérito. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1945, Tomo XLIII, 2° Parte, Sección 1°, pág. 289.

Esta sentencia aparece destacada en el trabajo de BERTELSEN REPETTO, Raúl, *Control de constitucionalidad de la ley*, Editorial Jurídica de Chile, año 1969, págs. 145 y 146.

contrario; nada se opone a ello, y nada se opone tampoco a que el futuro Código Orgánico confíe el recurso a las Salas de la Corte Suprema” (Sesión 285, pág. 947).

h. Inconstitucionalidad de fondo y de forma. En relación a este punto, principalmente la intervención del Presidente de la Corte Suprema de entonces es la que se cita en el estudio. Recordemos -como él lo hará- que, en la década de 1960, este Ministro -junto a dos jueces más- estuvo a favor de que al Tribunal Supremo de Justicia, le correspondía el conocimiento a través del recurso de inaplicabilidad de los vicios en la gestación misma de la ley, es decir, de forma, y no tan sólo de los vicios que generan inconstitucionalidad de fondo.

“Eyzaguirre: expresa que, efectivamente, el nuevo precepto se está refiriendo a la inconstitucionalidad de fondo, y añade, que, en realidad, la Constitución no hizo diferencias entre la inconstitucionalidad de fondo y la de forma; sin embargo, la Corte Suprema, por la vía de la jurisprudencia uniforme, -con tres votos en contra, que fueron: el de don Rafael Fontecilla, el de don Ramiro Méndez y el suyo- estimó que la Constitución no hacía diferencia entre la inconstitucionalidad de fondo y la de forma, de modo que la Corte Suprema tenía facultad para declarar la inaplicabilidad en cualquiera de los casos, pero la Corte Suprema ya en forma definitiva, y por sentencias consecutivas, reiteradas, ha declarado que no le corresponde pronunciarse sobre la inaplicabilidad de forma, porque ello sería entrometerse en las facultades del Parlamento respecto a si tuvo quórum o si no lo tuvo, si se respetaron los plazos, etcétera; es decir, de este modo la Corte entraría a analizar las facultades propias del Parlamento. Repite que la Corte ha llegado a la conclusión de que el recurso de inaplicabilidad procede solamente respecto de la inaplicabilidad de fondo y no de forma, y, por lo demás, cuando se creó el Tribunal Constitucional, se aclaró el problema, porque la inconstitucionalidad de forma se la entregó la Carta Fundamental al Tribunal Constitucional (Sesión 285, pág. 945).

“Ortúzar: manifiesta que por eso él señalaba que el precepto -por lo menos, con la interpretación que en la práctica se le ha dado por la Corte Suprema- aparece refiriéndose a la inconstitucionalidad de fondo, pero hace notar que su pregunta era de que, dentro de esta posición en que se ha colocado la Corte Suprema, ¿qué ocurre si el día de mañana

un Presidente de la República promulga un texto legal distinto del que ha sido aprobado por la Cámara, el cual no ha sido objetado, por omisión u otro motivo, por la Contraloría en el decreto de promulgación? o bien, ¿qué ocurre si el Presidente de una Cámara -va a suponer el del Senado, imaginándose que existirá un régimen bicameral en el futuro- comunica un proyecto distinto del aprobado por las Cámaras? ¿qué habría sucedido si en el pasado se hubiera planteado esta situación a la Corte Suprema cuando ni siquiera habría sido efectiva la posibilidad de recurrir al Tribunal Constitucional, porque esa posibilidad decía relación con los proyectos de ley en trámite que pudieran haber sido inconstitucionales? ⁴ Hace notar que en el caso que está suponiendo se trata de un proyecto de ley cuya tramitación ha terminado y respecto del cual el Presidente de la Cámara correspondiente lo comunica al Ejecutivo en términos distintos del aprobado, o el Presidente de la república, a su vez, lo promulga en términos diferentes; o sea, se promulga una disposición que no es propiamente una ley. Estima que en un caso así la Corte Suprema debería tener atribuciones porque, de lo contrario, se tendría que contemplar algún organismo constitucional que tuviera la facultad de declarar que ese precepto que no tiene el valor de ley no es ley, por lo que deja planteada esa situación (Sesión 285, pág. 945-946).

“Ovalle: cree que el problema planteado por el señor Presidente de la Comisión deberá ser considerado cuando se estudie en sus facultades de los distintos organismos que van a tener participación en estas materias, y, particularmente cuando se aboquen al tema -como bien acota el señor Diez- de la formación de las leyes y de la existencia eventual de un Tribunal Constitucional o de otro organismo. Considera que ese es el instante en el cual deberán pronunciarse sobre las facultades de estas instituciones con respecto a los problemas que se plantean. Pero estima que en este caso se está tratando específicamente del recurso de inaplicabilidad, el cual lo concibe referido tan sólo a la inconstitucionalidad de fondo de la ley, porque es partidario de la solución a que se había

4 En este punto importantísimo nos remitimos a la Tercera Parte, Sección Segunda de este trabajo, donde se trataron -durante la vigencia de la Constitución de 1925- qué vicios de los que puede adolecer una ley, cabía poder atacarse mediante el recurso de inaplicabilidad; además de los que se presentaron cuando no coincidió la promulgación con la publicación de un texto legal.

llegado en definitiva en la Carta de 1925, en cuanto a que la inconstitucionalidad de forma y todos los casos a que se ha referido el señor Presidente, quedaban confiados a un tribunal distinto de la Corte Suprema, lo que naturalmente tendrá que ser objeto de un análisis por esta Comisión, en otra oportunidad (Sesión 285, pág. 946).

“Eyzaguirre: En cuanto a lo que decía denantes el señor Diez sobre la inconstitucionalidad de forma y de fondo, es cierto que la Corte Suprema, en los muchos años en que rigió el recurso de inaplicabilidad, sostuvo siempre la teoría de que era inconstitucionalidad de fondo, contra tres Ministros que eran don Rafael Fontecilla, Ramiro Méndez (y el que habla), quienes decían que si la Constitución no hacía distinciones, no había por qué hacerlos. Pero, a pesar de que estuvo en contra, cree que la Corte Suprema mantuvo la teoría de que era la inconstitucionalidad de fondo y no de forma la que debía declarar para no mezclarse en la lucha interna del Parlamento (Sesión 287, pág. 997).

“Ortúzar: advierte que se ha producido consenso en la Comisión en orden a que velar por la supremacía constitucional cuando se trata de la inconstitucionalidad, sea de forma o de fondo, que se produce en un proyecto de ley mientras está en tramitación, debe corresponder a un tribunal especial, el cual será considerado al analizar el problema relativo a la formación de las leyes” (Sesión 28, pág. 1011).

i. Recurso de inaplicabilidad y Recurso de protección⁵. En las Actas Oficiales se dejó constancia en el sentido que ambos recursos eran compatibles. Ello se concluye de las siguientes intervenciones:

“Ortúzar: el señor Presidente de la Corte Suprema dijo algo bien importante, que tiene la impresión de que pasó un poquito inadvertido, y que conviene aclarar. Estima, como él, que hoy día incluso, conociendo la Corte de Apelaciones de un recurso de protección por un acto de autoridad basado en una disposición legal, pero contraria a la Constitución, podría el particular que recurre de protección solicitar a la Corte Suprema la inaplicabilidad de la ley (Sesión 288, pág. 1011).

⁵ Este punto recibirá un tratamiento especial más adelante.

“Guzmán: está completamente de acuerdo. Señala que así lo entiende, y así trató de expresarlo en su intervención anterior. Lo que parece claro es lo siguiente: hay que distinguir entre el recurso de protección y el recurso de inaplicabilidad. Que a raíz de la interposición de un recurso de protección pueda generarse un recurso de inaplicabilidad es algo que estima incuestionable, y por esa vía pueda llegarse a declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal. Señaló que estimaba que el recurso de protección como tal y el fallo de la Corte de Apelaciones que resuelva el recurso de protección entablado no pueden entrar a pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley; sólo pueden entrar a pronunciarse sobre la ilegalidad o la inconstitucionalidad de un acto administrativo. Y, en el caso de que se tratara de la inconstitucionalidad, tendría que ser de un acto administrativo que no se fundare en una disposición legal; es decir, que atropellara ya no sólo a la ley, sino directamente un precepto constitucional. Este es el sentido que le atribuye a la complementación de los dos recursos. Pero le parece evidente que a raíz de la interposición de un recurso de protección pueda generarse un recurso de inaplicabilidad y, en ese caso, obviamente declarar la Corte Suprema, y sólo ella, que un precepto legal es contrario a la Constitución” (Sesión 288, pág. 1011) ⁶. Nota: los subrayados son nuestros.

6 Como el mismo profesor Gustavo Fiamma indica, al finalizar su entrega sobre las Actas Oficiales de la Comisión Redactora de la Constitución de 1980 a que hemos venido haciendo alusión, señala que es posible advertir de su estudio que, a modo de conclusión, que *“el propósito del constituyente fue la ampliación de la revisión judicial de las leyes. Propósito que es absolutamente justificado de cara a la idea de robustecer el valor normativo de los preceptos constitucionales, sometiendo indistintamente a sus mandatos a las autoridades y a todo tipo de personas directamente, ‘a título de derecho directamente aplicable’. Bajo ese marco la Constitución estructuró un sistema defensivo como ninguna otra: artículo 8, recurso de protección, amparo preventivo, Tribunal Constitucional, Consejo de Seguridad Nacional, Contraloría General de la República, y, también, Corte Suprema (recurso de inaplicabilidad)”*. Por lo tanto, se deduce, dada la implicancia de los organismos llamados a intervenir y las acciones contempladas en el diagrama constitucional, es dable expresar que hay evidencia rotunda en el sentido de *“... la ampliación que sufrió el control de constitucionalidad de las leyes: a) de oficio o a petición de parte, b) en materias de que conozca, c) cualquier gestión, y d) suspensión del procedimiento”*. A pesar de lo macizo de la realidad constitucional y legal, *“la realidad jurisprudencial, sin embargo, frustra manifiestamente esos objetivos. Baste con señalar que el control de constitucionalidad, con la tesis de que sólo es procedente respecto de los preceptos legales dictados con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, se limita al eventual conocimiento de alrededor de 800 leyes, mientras más de una decena de miles de leyes dictadas con anterioridad quedan fuera del alcance del sistema defensivo estructurado por la Constitución. Si a esas posibles leyes revisables judicialmente aplicamos la tesis que sólo procede el control de constitucionalidad de fondo y no el de forma resulta que la jibarización del control de las leyes aumenta otro poco más. Pero todavía es posible que, mediante un criterio restrictivo en cuanto al otorgamiento de la suspensión del procedimiento, el recurso de inaplicabilidad sea desechado,*

2. Actas pertinentes del Consejo de Estado

En el Acta de la octogésimo sexta (86a.) Sesión, se celebró en Santiago, con fecha 21 de agosto de 1979, una reunión más del Consejo de Estado⁷, bajo la presidencia del titular don Jorge Alessandri Rodríguez y con asistencia del Vicepresidente don Gabriel González Videla (ambos ex Jefes de Estado), y de los siguientes señores Consejeros: don Enrique Urrutia Manzano (en su calidad de ex Presidente de la Corte Suprema), don Héctor Húmeres Magnan (como ex Contralor General de la República), Almirante (r) don Ramón Barros González, General del Aire (r) don Renato García Vergara, General de Carabineros (r) don Vicente Huerta Celis - como ex Comandantes de las FF. AA. los dos primeros y como ex Director de Carabineros el último-, don Juan de Dios Carmona Peralta (ex Ministro de Estado), don Enrique Ortúzar Escobar, don Carlos Cáceres Contreras, don Julio Philippi Izquierdo, don Pedro Ibáñez Ojeda, don Guillermo Medina Gálvez, doña Mercedes Ezquerria Brizuela y don Juan Antonio Coloma. Excusaron su inasistencia los Consejeros señores General de Ejército (r) don Oscar Izurieta Molina y don Hernán Figueroa Anguita (ex Embajador). Asistieron también, el Secretario y el Prosecretario abogados señores Rafael Valdivieso Ariztía y Arturo Marín Vicuña, respectivamente.

Revisemos pues por tanto en lo pertinente, lo acontecido en esa 85a. Sesión, para luego revisar en su parte medular lo acontecido en las siguientes, donde finalmente se llegó a la adopción del artículo definitivo referido al recurso de inaplicabilidad:

“Tabla

“Acta.- Se aprueba el acta de la 85ª. Sesión, celebrada el 14 de Agosto en curso”.

en definitiva, por no haber gestión pendiente. Y si, además, en relación a la ‘inaplicabilidad de oficio’ o ‘a petición de parte’ sólo se les admite respecto de materias de que conozca el tribunal Pleno, y no respecto de las materias que conoce la Corte en Sala, tenemos una nueva reducción de la defensa constitucional. Todo lo anterior, sin contar con el rigorismo procesal, que tiene en nuestro sistema judicial gran importancia, y del cual no está libre esta institución”. Como importante colofón de lo anteriormente anotado, el profesor, a modo de pregunta finaliza interrogándonos: “¿Prudencia, apatía o dimisión?» (pág. 14). Nota: los resaltados son nuestros.

7 El Consejo de Estado (que también existió en las Constituciones de 1823 y 1833), fue creado por el Decreto-Ley N° 1.319, de 31 de diciembre de 1976, dictado por la Junta de Gobierno en ejercicio del Poder Constituyente, en carácter de Acta Constitucional N° 1, como un organismo supremo consultivo del Presidente de la República, en asuntos de gobierno y administración civil. Entre los asuntos donde el Jefe de Estado podía solicitar su opinión, destacaba el relativo a las Reformas Constitucionales. Lo integraban -por derecho propio- los ex Presidentes de la República, a la sazón, los señores Jorge Alessandri (1958-1964) y Gabriel González Videla (1948-1952). Don Eduardo Frei Montalva (1964-1970), declinó integrarlo. El 12 de agosto de 1980, el señor Alessandri Rodríguez presentó su renuncia.

“Como algunos señores Consejeros opinan que la declaración de inaplicabilidad debería tener carácter general, don Enrique Urrutia recuerda que el precepto pertinente de la Constitución de 1925 fue el resultado de una transacción, pues se consideró impropio que la Corte Suprema quedara por encima del Congreso y pudiera dejar sin efecto lo dispuesto por éste.

“El señor Ortúzar observa que una norma contenida en el capítulo referente al Tribunal Constitucional permite a éste determinar una inaplicabilidad de carácter general, si la Corte Suprema, en tres fallos sucesivos, concluye que un texto legal es contrario a la Constitución.

“Don Julio Philippi es partidario de no modificar la redacción propuesta al paso que don Pedro Ibáñez se declarara en favor de que la inaplicabilidad tenga efectos generales. Intervienen además el señor Presidente y los Consejeros señores Ortúzar, Coloma, Figueroa y Humeres, y se llega al acuerdo de dejar pendiente el artículo 86 hasta que se estudie el capítulo relativo al Tribunal Constitucional”.

En la Sesión inmediatamente posterior pueden encontrarse reveladoras intervenciones de los consejeros. Se lee textualmente:

“Anteproyecto de Nueva Constitución Política del Estado.

“Se da lectura y se somete a debate el artículo 87, relativo a la existencia y composición del Tribunal Constitucional. El señor Presidente declara ser partidario de que las funciones de este Tribunal se confíen a la Corte Suprema. Don Enrique Ortúzar recuerda que esta materia fue ampliamente discutida y estudiada, con motivo de las reformas que en 1970 se introdujeron a la Constitución de 1925, y que, en ese entonces, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara escuchó a la casi totalidad de los profesores de Derecho Constitucional de las Universidades de Chile y Católica de Chile, y que hubo acuerdo en cuanto a la necesidad de crear un Tribunal Constitucional. Hace presente que si bien puede ser motivo de estudio la mayor o menor conveniencia de otorgar a la Corte Suprema la facultad de declarar, con efectos generales, la inconstitucionalidad de una ley, preciso es tener en cuenta que al Tribunal Constitucional se le entregan muchas otras atribuciones, como las de ejercer preventivamente el control de

la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación, o de las que interpreten algún precepto constitucional, o las de resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un proyecto de ley, etcétera. Agrega que este punto fue también estudiado en el seno de la Comisión Constitucional, en la que se escuchó a los señores José María Eyzaguirre e Israel Bórquez, anterior y actual Presidente de la Corte suprema, y que ambos manifestaron favorables a la creación del Tribunal Constitucional, porque así aquella quedaba al margen de los conflictos que se suscitaran entre el Legislativo y el Ejecutivo en la tramitación de las leyes y, sobre todo, ajeno a funciones netamente políticas, como las del conocer de la inhabilidad del Presidente de la República, de los Ministros de Estado o de los parlamentarios⁸. A mayor abundamiento, la institución del Tribunal Constitucional se halla consagrada en todas las Constituciones más modernas: la de Austria, la de Francia, la de la República Federal Alemana y otras. El consejero señor Urrutia concuerda con la opinión vertida por el señor Presidente y se pregunta si no sería aconsejable transformar la actual Corte Suprema en una Corte de Casación, y crear otro alto tribunal para conocer y resolver cuestiones de índole política⁹. Don Carlos Cáceres expresa que él ha meditado mucho sobre el problema planteado, y ha llegado a la conclusión de que es conveniente mantener el Tribunal Constitucional. [...] Sucesivamente intervienen sus puntos de vista ya expresados, y el señor Presidente, quien recuerda la experiencia que tuvo como gobernante, cuando se vio forzado a promulgar una ley que había sido despachada por el Congreso, con infracción a su juicio, de las normas que regulaban su tramitación¹⁰. El señor

8 Este recordatorio de intervención es una muestra más en cuanto quienes ocuparon la presidencia de la Corte Suprema, no deseaban ver envuelta a ésta en cuestiones de política contingente.

9 El consejero señor Urrutia, Presidente de la Corte Suprema entre los años (1971-75), hace exactamente la misma intervención a la que se hace alusión a pie de página inmediatamente anterior, con el agregado de señalar que sería aconsejable dejar a la Corte Suprema como exclusivamente convertida en un Tribunal de Casación.

10 Por ello son importantes las transcripciones en sus exactos términos por los que discurrió la discusión. En ella se vieron reflejados puntos de vista de actores que en su momento tuvieron participación protagónica en ese sentido, y que nosotros estudiáramos a propósito de la procedencia o no del recurso de inaplicabilidad que le permitiera a la Corte Suprema conocer no sólo de *vicios de fondo* de una ley, sino también de las imperfecciones *de forma* de ella. Así fue como el ex Presidente don Jorge Alessandri recuerda precisamente la ocasión en que hubo de

Philippi toma este ejemplo y lo califica como un caso típico de lo que es un vicio 'interna corporis', es decir de un problema interno producido en la elaboración de la ley, el que, por ser de forma y no de fondo, podría ser conocido por un Tribunal Constitucional, pero no por la Corte Suprema a través de un recurso de inaplicabilidad. Considera inconveniente sacar a esta última de su papel de tribunal encargado de aplicar el derecho, y puntualiza que la facultad de desconocer una ley cuando está viciada en los procesos de promulgación, publicación o cuando presenta omisiones manifiestas, corresponde a cualquier juez de la República, pero que otras demasías, como la de que una ley tenga origen en una rama del Congreso, debiendo tenerla en la otra, es materia propia de un Tribunal Constitucional y no de la Corte Suprema ¹¹. El señor Húmeres comparte el criterio de don Julio Philippi, en razón de la experiencia que tuvo en la Contraloría General de la República, la que siempre opinó que debía existir un cuerpo que resolviera en forma preventiva problemas como los aludidos, pues siempre es más fácil corregir un defecto de forma cuando se está tramitando un proyecto que después, cuando ya es un hecho consumado. Coincide también con la idea del señor Presidente de que la inaplicabilidad de una ley, cuando es inconstitucional, sea del resorte exclusivo de la Corte Suprema, y de que si una declaración en tal sentido se reitera en tres fallos a lo menos tenga aplicación general, planteamiento en que lo acompañan los consejeros señores Ortúzar y Philippi. Este último subraya la conveniencia de que la citada Corte se limite a las inconstitucionalidades de fondo, dejando a la doctrina las inconstitucionalidades de forma, pues

ejercitar su derecho de veto a una ley. Dejó constancia S.E. el Presidente de la República de ese entonces -y después integrante del Consejo de Estado- de su experiencia en ese momento. Su posición se debía a que la Ley N° 13.305, del año 1959, no podía promulgarse: “a) **porque se avoca a causas de que actualmente conocen los Tribunales de Justicia;** b) **porque otorga una remuneración, indemnización o gratificación al ex personal aludido, sin contar con la iniciativa del Presidente de la República;** c) **porque ha sido despachado sin el financiamiento con que deben ser aprobadas las leyes, contraviniéndose lo dispuesto en el artículos 4°, 44°, 45° y 80° de la Constitución Política del Estado”.**

Pero el Congreso Nacional, al aclarar -mediante Ley 14.834- el artículo 203 de la Ley 13.305, rechazó el veto presidencial.

¹¹ La importancia de conocer los detalles de la discusión ocurrida al interior del Consejo de Estado, es que permite conocer las verdaderas razones -expresas algunas de ellas o subentendidas otras tantas-, en orden a no permitirle a la máxima instancia del Poder Judicial involucrarse en la revisión plena de la constitucionalidad de los preceptos legales, otorgándole para ello facultades expresas que le permitieran juzgar las infracciones al proceso de formación de las leyes contemplado en la Constitución Política.

lo contrario sería peligroso, ya que, si la Suprema incursionara en el ajeteo de las indicaciones y contraindicaciones, entraría a un terreno político muy movido ¹².

“Don Enrique Ortúzar expresa que si hubiere acuerdo en el modo como se ha planteado el problema, sería preciso ampliar el artículo 86 del anteproyecto, que se dejó pendiente, facilitando a la Corte Suprema para declarar la inconstitucionalidad de una ley, en los casos en que tres fallos sucesivos dictados por ella hayan señalado que se trata de preceptos contrarios a la Constitución. Obviamente, agrega, dentro del concepto de ley quedarán comprendidos los decretos con fuerza de ley y los decretos leyes. Sugiere que se faculte a la Mesa para darle al artículo la redacción correspondiente. Así se acuerda proceder.

“Finalmente, después de intercambiarse diversas ideas sobre el conjunto del artículo 87, se lo aprueba, encomendándose al señor Philippi que lo revise y que, si lo estima necesario, elabore una indicación sobre las cuestiones planteadas, la que se conocería en la próxima sesión. Se lee y somete a debate el artículo 88 N° 1 a cuyo respecto el señor Philippi sostiene que el inciso segundo del precepto es más propio de un criterio gubernativo que de una disposición sustantiva, por lo que propone su supresión. Tras un breve debate en el que intervienen además los señores Ortúzar e Ibáñez, se decide proceder en la forma indicada por don Julio Philippi, quedando suprimido, en consecuencia, el inciso 2º del artículo 88, N° 1º. Se lee y aprueba el N° 2º del artículo 88. Se lee y somete a discusión en el N° 3 del inciso precepto. Don Enrique Ortúzar cree conveniente agregar a este número la frase siguiente: ‘sin perjuicio de lo prescrito en el artículo 86 si no hubiere mediado pronunciamiento del Tribunal Constitucional’. El señor Philippi coincide en que, si el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de una ley antes de su promulgación, mal puede más tarde la Corte Suprema declararla inaplicable, pues ya había cosa juzgada ¹³. Ante

12 El integrante del Consejo señor Philippi vuelve a manifestar claramente su opinión sobre el particular, ahora con el agregado explícito en orden a entregar “a la doctrina las inconstitucionalidades de forma”.

13 Este punto es el que finalmente le daba la única ocasión de supremacía al Tribunal Constitucional por sobre la Corte Suprema. El inciso final del artículo 83 de la Carta Fundamental, (antes de la Reforma de 2005), había dispuesto: “Resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado

una observación del señor Ortúzar, agrega que si bien la dificultad se presenta con el N° 3 en debate, también surge, y con mayor relieve, en el caso del N° 1, por lo que estima que todo el conjunto debe estudiarse con mayor detenimiento, más aún cuando se plantean dudas en cuanto al alcance que estas disposiciones pudieran tener, según si se plantea la inconstitucionalidad de forma o la de fondo, punto sobre el cual expresan distintos pareceres los Consejeros señores Urrutia, Ortúzar, Carmona e Ibáñez.

*“Finalmente, se acuerda confiar un mayor estudio de los números 1º, 2º y 3º del artículo 88 a la comisión ya designada en la sesión anterior y formada por los señores Carmona, Húmeres, Ibáñez, Philippi y Coloma para que ella recomiende al Consejo una redacción que considere las ideas, dudas y reparos planteados. Se lee y aprueba el N° 4º del artículo 88. Igual cosa sucede con los números 5º, 6º y 7º. Leído el número 12, que faculta al Tribunal Constitucional para declarar contrario a la Constitución un precepto legal, se acuerda suprimirlo en este artículo y entregar la atribución que concede a la Corte Suprema, incorporando, en consecuencia, aquella idea al artículo 86 del anteproyecto. Se acuerda, también, que en el estudio del artículo 86, que quedó pendiente en la última sesión, deberá tenerse presente el texto de la reforma constitucional propuesta por el Presidente don Jorge Alessandri en julio de 1964. Al respecto, el señor Philippi reitera que, en virtud del principio **interna corporis**, el Poder Judicial no puede decidir que, al tramitarse un determinado proyecto de ley, no se han cumplido los procedimientos constitucionales o reglamentarios de las Cámaras”.(Nota: los subrayados son nuestros).*

En la centésima tercera Sesión (103a.), celebrada el día 29 de enero de 1980, y sin que se realizara un nuevo estudio, terminó por aprobarse el artículo 86, que pasaría a ser el artículo 80, con la redacción que conocimos¹⁴.

es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia”.

Más adelante podremos ver cómo este inciso desempeñará un papel preponderante en la discusión de un recurso de inaplicabilidad que debió resolver el máximo tribunal de justicia, en orden a revisar en un caso concreto, si efectivamente la Magistratura Constitucional había hecho el correspondiente análisis de constitucionalidad previo al controlar determinado precepto legal, precepto que se hallaba en el centro de la discusión sometida ante aquél.

14 ARANCIBIA MATTAR, Jaime, BRAHM GARCÍA, Jaime, IRARRÁZABAL GOMIEN, Andrés,

Actas del Consejo de Estado de Chile (1976-1990), año 2008, Centro de Estudios Bicentenario, Santiago, 1.104 págs.

SECCIÓN TERCERA

Aspectos relevantes bajo la Carta de 1980 ¹

Como ya dijéramos con anterioridad, no nos detendremos en aspectos ya tratados respecto de este recurso que ya viéramos bajo el régimen de la Constitución de 1925, principalmente en cuanto a los requisitos de procedencia, pero sí tendremos la oportunidad de apreciar otros ahora bajo el imperio de la Carta Política de 1980 (CPR).

1. **¿No es posible acoger un recurso de inaplicabilidad si el precepto tachado ha sido dictado con anterioridad a la Constitución de 1980? Derogación tácita e inaplicabilidad**

Partiremos con esta tendencia que encontró eco al interior de la Corte Suprema desde el año 1978 en adelante. Se decidió que la situación descrita originaba un problema de supervivencia de la ley o de derogación tácita, asuntos ambos que competían a los jueces de la instancia, pero no al máximo tribunal a través de la acción constitucional objeto de nuestro trabajo. Cabe señalar que en la jurisprudencia inicial anterior a la fecha que señalamos, el máximo órgano del Poder Judicial en Chile no distinguió entre derogación tácita e inaplicabilidad, sino que consideró en este recurso a leyes anteriores y posteriores a la entrada en vigor de la Carta Fundamental, como nos relata el profesor Carlos Precht Pizarro ².

1 A partir del 11 de marzo de 1981 -por aplicación de la letra B) de la Disposición 18a. Transitoria de la Constitución-, y hasta el 11 de marzo de 1990, la Junta de Gobierno pasa a constituir formalmente el Poder Legislativo en nuestro país; por ello, ha contar del 11 de marzo de 1981, han dejado de dictarse “Decretos-leyes”, y la Junta pasa a denominarlos derechamente “Leyes”.

2 Es de mucho interés la Ponencia presentada por el profesor Precht Pizarro, efectuada en el Primer Seminario sobre Justicia Constitucional, realizado entre los días 26 al 30 de octubre de 1987 en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Santiago. En ella hace un detallado análisis de los fallos que emitió el máximo tribunal del país, haciendo hincapié inicial en el recurso interpuesto por doña Lucía Greve de Barros, visto ya por nosotros. En esa sentencia del año 1949, se declaran inaplicables preceptos de la Ley de 18 de junio de 1857 y de la Ley 3.313 de 29 de diciembre de 1917. *“La tendencia general de la jurisprudencia fue en esa época (1925-1973) la de no establecer distinciones entre precepto legal anterior o posterior a la entrada en vigencia de la Constitución, sino efectuar la comparación entre el texto legal impugnado y la Constitución vigente al tiempo de interponer el recurso. De ello fluye que cada vez que se reformase la Constitución el examen podría renovarse, puesto que la ley constitucional se entiende regir in actum”* (pág. 89).

Asimismo, nos dice que desde sus inicios, al instaurarse por el Constituyente del ‘25 el

Con fecha 9 de junio de 1978, el Pleno de la Corte Suprema, en proceso seguido ante el Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, donde la Empresa Nacional de Electricidad fue demandada por el Servicio de Seguro Social, hubo de pronunciarse³. Se discutió ante el tribunal laboral la prescripción que extingue las acciones de los institutos de previsión para el cobro de imposiciones. La Ley N° 15.386, de 11 de diciembre de 1963, de cuyo artículo 49 reclamaba la inaplicabilidad Endesa, preceptuó que el plazo de prescripción sería de cinco años, los que se contarían desde el término de los respectivos servicios del trabajador. La recurrente también manifestó que el mentado artículo 49, dispuso que las imposiciones previsionales no se extinguen por prescripción en el período que media entre la exigibilidad de ellas y el término de los servicios del trabajador, lapso cuya extensión es indeterminada, pudiendo abarcar hasta décadas, lo cual priva a los patrones y empleadores del derecho que a su juicio tienen asegurado

recurso de inaplicabilidad, esta acción tenía por objeto evitar la contradicción entre la ley constitucional y la ordinaria, debiendo la oposición ser completa y perfecta, de manera tal de no poder coexistir entre sí esos preceptos por implicar contenidos normativos incompatibles entre ellos. “*Se centra así el problema en la contradicción de preceptos y por ende la revisión judicial tiene un contenido limitado. La Corte Suprema de Chile no se entiende a sí misma como garante del espíritu de la Constitución, de los valores de la Constitución, de los principios de la Constitución, sino sólo de los preceptos constitucionales en relación a un precepto legal y aun éste sólo en la circunstancia de ser aplicable al caso y en su contenido substancial y no formal*” (págs. 87-88). Sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad formal volveremos más adelante.

Cabe señalar, que, como reza la Ponencia aludida, y empleando la terminología del eminente jurista Carl Schmitt, se entiende como *derecho material de control judicial*, la comprobación de si las leyes simples están de acuerdo en su contenido con los preceptos constitucionales (Ver SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, traducción de SÁNCHEZ SARTO, Manuel, Editorial Labor, 1931, publicado por Editorial Tecnos, 1983, con prólogo de Pedro de la Vega, Madrid, España).

Del autor prusiano, cita: “*El derecho de control judicial por parte del juez, en la decisión de los procesos, descansa en algo diametralmente opuesto a toda superioridad, de cualquier clase que sea, del juez con respecto a la ley o al legislador. Tiene su origen en una especie de situación de la necesidad, cuando existen preceptos legales que se contradicen, y el juez, ante ese conflicto de preceptos que se le plantea, se ve precisado a adoptar una resolución en el proceso... Como ya hemos manifestado, no es exacto decir que el juez que pronuncia el fallo ha ‘negado validez’ a la ley que ha dejado de aplicar; con mayor exactitud pudiera decirse que se trata de una ‘no aplicación de la ley’ al proceso concreto objeto del fallo... Ante todo, la justicia queda sujeta a la ley, pero por el hecho de situar la sujeción a la ley constitucional por encima de la sujeción a la ley simple, el Poder Judicial no se convierte en protector de la Constitución*”, op. cit, página 771; el resaltado es nuestro. En PRECHT PIZARRO, Carlos, *Derecho material de control judicial en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile: derogación tácita e inaplicabilidad (1925-1987)*, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1987, Tomo LXXXIV, 1° Parte, Sección Derecho, págs. 87 a 107.

3 Se ha incluido esta sentencia de 1978 (y la de 1980, que a continuación le sigue) en la parte del estudio correspondiente a la entrada en vigencia de la Constitución actual, pues en dicha fecha es que se percibe la tendencia en la jurisprudencia emanada desde el interior de nuestro máximo tribunal, en orden al título que sirve de estudio en este punto. En ambos fallos, se trataron las tachas de inconstitucionalidad de preceptos legales anteriores a la promulgación del Acta Constitucional N° 3, de fecha 11 de septiembre de 1976.

constitucionalmente, de extinguir las acciones ajenas, extinción de la que no se exceptúan las de los institutos de previsión, no ejercidas durante el plazo de prescripción contado desde que la obligación respectiva se hizo exigible. La mentada ley, al otorgar un privilegio, discrimina arbitrariamente en favor de dichos organismos de previsión porque estatuye que el plazo de prescripción que tienen para el cobro de las imposiciones, se contará desde el término de los respectivos servicios, siendo que en conformidad a las reglas de prescripción (del artículo 2514 del Código Civil) el plazo se cuenta desde que la obligación es exigible, y que esas reglas se aplican igualmente en favor y en contra del Estado, de las Iglesias, de las Municipalidades, etc., por lo que de ese modo, la Ley 15386 en su artículo citado, contraviene los incisos 1° y 3° del N° 2° del artículo 1° del Acta Constitucional N° 3, que aseguró a todas las personas la igualdad ante la ley, la inexistencia de personas o de grupos privilegiados y el no establecimiento de discriminaciones arbitrarias por la ley o las autoridades.

El Servicio de Seguro Social, solicitó el rechazo del recurso de inaplicabilidad: en primer lugar, fundamentó que en ningún texto constitucional se establece desde qué momento debe contarse el plazo para que prescriba una acción; en segundo término, dijo que la recurrente confunde la prescripción adquisitiva con la extintiva. En cuanto a aquella -como modo de adquirir-, conlleva otros requisitos que hacen posible su procedencia, más allá del simple transcurso del tiempo, como lo son la posesión con justo título y la buena fe, que no ocurre en este caso, por lo que es evidente a su entender, que las cargas previsionales sobre los salarios pagados por un empleador no caben en ella, por no ser derechos reales, sino créditos o derechos personales, por lo tanto no susceptibles de adquirirse por esta vía.

Terminó argumentando, que en caso de aceptarse que Endesa pueda adquirir por prescripción las imposiciones previsionales de sus obreros, cabe analizar derechamente en qué forma el artículo 49 de la Ley 15336 vulnera el Acta Constitucional N° 3. En cuanto al aspecto que el artículo 49 creara grupos privilegiados, lo refuta, porque la situación ahí prevista, es la de ejercer un legítimo derecho de la autoridad en cuanto a su función cautelar del bien común.

La Corte -después de hacer reseña de la historia ocurrida al interior de la Subcomisión de Reformas Constitucionales de 1925 ⁴- resuelve que

4 Junto con repasar a los Comisionados en dicha discusión, cita dos autores predominantes de la doctrina que coincidirían a juicio del Tribunal Pleno con lo expresado en dicha Subcomisión: los profesores Carlos Estévez y Alejandro Silva Bascañán: “(6°) ... *De las opiniones emitidas [...] se puede deducir, como se ha dicho, que para ambos, la declaración de que un precepto es inconstitucional y, por lo tanto, inaplicable, debe efectuarse comparando el texto de la Constitución vigente a la época en que se dictó la ley, con la letra de ésta, dictada con posterioridad*”.

*“el recurso en estudio debe rechazarse porque se pide la inaplicabilidad de un precepto legal por ser contrario a un texto constitucional posterior a la dictación de la norma impugnada”*⁵ (Considerando 7°)

El día 12 de diciembre de 1980, la Corte se pronunció, en recurso interpuesto por don Mario Fernández Luco, quien había solicitado la inaplicabilidad de determinadas leyes que le habían privado de una parte de su pensión de jubilación obtenida el año 1965, como Jefe de Departamento de la Caja de Crédito Popular, por estimar que tales leyes eran contrarias al artículo 10 N° 10 de la Constitución Política del Estado; y a partir del 18 de septiembre de 1976 (publicación), contrarias al artículo 1° N° 16 del Acta Constitucional N° 3, que garantizó el derecho de propiedad exclusivo de toda clase de bienes. Había estimado el recurrente, que, mediante la aplicación del Decreto-Ley N° 255, de 8 de enero de 1974, y posteriormente del artículo 58 del Decreto-Ley N° 670, de 1° de octubre del mismo año -y que reemplazó al anterior-, su pensión se limitaba al 80% de la remuneración computable correspondiente. Entabló, por tanto, demanda en contra del Fisco a fin de que se le reconociera su derecho a continuar percibiendo su jubilación reajustada sobre el total de la remuneración imponible del similar en actividad como se dispone en el artículo 132 del Estatuto Administrativo, sin la limitación del 80% establecida desde el 1° de enero del año 1974 por los mencionados decretos-leyes, los que estimó retroactivos, y contrarios por tanto a la garantía constitucional que señala.

El máximo tribunal en su argumentación hace una observación preliminar, y que dice relación con el primero de los decretos-leyes dictado por las nuevas autoridades militares que se hicieron del poder en septiembre de 1973, y que nosotros ya estudiáramos:

5 Veredicto unánime de los Ministros señores Israel Bórquez (Presidente), José María Eyzaguirre, Eduardo Ortiz Sandoval, Rafael Retamal, Octavio Ramírez, Víctor Rivas del Canto, Osvaldo Erbeta, Emilio Ulloa, Marcos Aburto, Estanislao Zúñiga y Abraham Meersohn.

Los magistrados señores Retamal López y Meersohn Schijman concurrieron al rechazo del recurso, únicamente atendidas las razones expuestas en los fundamentos 8° a 12° de la sentencia, los que dijeron relación con el estudio de la prescripción propiamente tal, además de la igualdad ante la ley y la discriminación arbitraria alegada, rechazando por consiguiente las argumentaciones anteriores (contenidas en los párrafos 1° al 7°), los que fueron destinados a demostrar que el marco del límite que está fijado para el legislador frente a la Constitución, debe estar conformado por la Carta Política vigente en el momento de dictarse una norma legal: es decir, si existiese una ley anterior que fuese contraria a un texto constitucional posterior, se estaría en presencia de una *derogación de leyes*, lo que es del correspondiente estudio de los jueces sentenciadores. *Revista Fallos del Mes*, N° 235, pág. 116.

“... conviene destacar que en el período en que se habría alterado la normativa bajo cuyo imperio se obtuvo la jubilación, estaba vigente la Constitución Política del año 1925, con la limitación impuesta por el decreto ley N° 1 de 11 de septiembre de 1973 en cuanto dispone que la Junta de Gobierno ‘respetará la Constitución y las Leyes de la República, en la medida en que la actual situación del país lo permita para el mejor cumplimiento de los postulados que ella se propone’...”,

para luego hacer alusión directa a otro DL también ya visto -el N° 788, publicado en el Diario Oficial de 4 de diciembre de 1974, y como sabemos dictado por la Junta de Gobierno en el ejercicio del Poder Constituyente-, mediante cuyo tenor

“los decretos leyes 255, 670 y 43 cuya inaplicabilidad se solicita en todo lo que el recurrente considera que vulnera su derecho de propiedad exclusiva garantizado por el artículo 10 N° 10 de la Carta Política de 1925, tienen rango constitucional en aquella parte en que de cualquier manera sean contrarios, se opongan o sean distintos a algún precepto de dicha Carta Fundamental, existiendo en tal caso, como lo ordena el aludido precepto del decreto ley N° 788, una modificación expresa o tácita, parcial o total de la respectiva norma institucional. Por lo tanto, esas normas denunciadas de inconstitucionalidad son potencialmente iguales en jerarquía que aquellas que se dicen conculcadas, toda vez que de existir alguna contrariedad entre aquéllas y éstas, tal antinomia queda revestida ipso jure de precepto constitucional modificadorio de aquel que se contiene en la Constitución de 1925, y que en el caso concreto a que se alude, es el artículo 10 N° 10 de dicha Carta Política”⁶

Por las razones expuestas, para la Corte era inoficioso entrar a examinar si realmente existía alguna contradicción entre los aludidos decretos-leyes y el referido texto de la Constitución de 1925 primero, y del Acta N° 3 después, pues aún en el caso de una conclusión afirmativa, a su entender, debía rechazarse el recurso por la simple razón de que en tal hipótesis operaría una derogación tácita de un precepto constitucional anterior y no una inconstitucionalidad sobrevenida.

Asimismo, en juicio de nulidad de la expropiación de un fundo, seguido contra la Corporación de Reforma Agraria, don Pablo González, dedujo

⁶ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1980, 2° Parte, Sección Primera, Tomo LXXVII, pág. 99.

recurso de inaplicabilidad en contra de varios decretos-leyes por estimarlos contrarios al artículo 73 de la Constitución Política aprobada en plebiscito del año 1980. La Corte, con fecha 18 de agosto de 1983, recuerda que el Decreto-Ley N° 2.221, de 20 de mayo de 1978, -y que declaró válidas todas las destinaciones efectuadas por la Corporación de Reforma Agraria-, fue dictado en ejercicio de la Potestad Constituyente ⁷. Y en cuanto a las demás disposiciones denunciadas de inconstitucionalidad (DL N° 754 y 1283, además de la Ley N° 17.998, ésta última de 20 de mayo de 1981, y que interpretó al primero de los decretos leyes), y después de que el recurrente reconoce la imposibilidad jurídica de atacarlas por esta vía, habida consideración que implica que el mentado Decreto Ley N° 788,

*“plantea la posibilidad de que esta Corte se pronuncie acerca del problema de la vigencia actual de aquellos estatutos jurídicos, toda vez que según su opinión, habrían quedado derogados desde el momento que entró a regir la Constitución Política de 1980, o al menos, habrían perdido su rango constitucional y que en este último evento, podría emitirse pronunciamiento acerca de si son o no constitucionales (...) Sobre este particular sólo puede manifestarse que la vigencia o derogación de terminados preceptos constituyen cuestiones propias de la controversia que debe resolverse en el juicio...”*⁸

En juicio seguido contra el Fisco ante el Sexto Juzgado Civil de nuestra capital, y aunque sus detalles podremos apreciar en otro punto (bajo el numeral 5.b.- “Falta de aprobación plebiscitaria”), diremos, en lo que atañe a lo que aquí se ilustra, que se demandó ante ese tribunal la aplicación de los reajustes de sueldos establecidos en el Decreto-Ley N° 2.546 del año 1979.

Cabe tener presente que en el considerando 21° de la sentencia, la Corte, como primer argumento para rechazar el recurso -con la prevención de su Presidente don Rafael Retamal López, que no lo aceptó-, señaló que cabía manifestar que el recurso era improcedente en cuanto pedía que se declarara inaplicable una norma legal promulgada en 1979, esto es, dictada

⁷ Nuevamente en otra sentencia, la Corte recuerda el papel que juega la Junta de Gobierno en orden a la Potestad Constituyente, aspecto por nosotros ya tratado: *“puede observarse [que] la norma jurídica reprochada de inconstitucional fue dictada por la Junta de Gobierno en ejercicio de la Potestad Constituyente y por tanto, presenta el carácter de una norma de rango constitucional de igual valor jerárquico que el precepto integrante de la Constitución Política que supuestamente aparecería vulnerado. Esta sola consideración es bastante para que esta Corte Suprema se abstenga de analizar el contenido sustancial de la disposición impugnada...”*

⁸ Gaceta N° 39, pág. 26.

con anterioridad al ordenamiento constitucional en vigor, por lo que no podía dar lugar a una cuestión de inaplicabilidad, sino a una de derogación de aquella ley, asunto propio de la competencia de los jueces del fondo ⁹ ¹⁰.

Empero, donde podemos encontrar la primera disidencia propiamente tal, la que consideró la competencia plena del máximo tribunal, en cuanto a decidir en un recurso de inaplicabilidad, cuyo es el caso nos encontramos estudiando en esta sección -cuando la mayoría seguía estimando que debía considerarse un asunto de *supervivencia de leyes*-, es en el interpuesto por don José de la Cruz Guerra Bastías, fallado el 31 de diciembre de 1985. Nuevamente se rechazó, habida cuenta de que el Decreto-Ley N° 2.695 era de fecha 30 de mayo de 1979 ¹¹, y la nueva Constitución había comenzado a

9 Gaceta N° 65, pág. 88.

10 Para el profesor Precht, la prevención anotada en esta sentencia por el Presidente señor Retamal, será el punto inicial de una tesis disidente.

De la misma manera, y respecto al traspaso de competencia vía cuestión de derogación tácita que se pretendió por parte del máximo tribunal hacia los jueces de la instancia -y citando al también profesor don Raúl Bertelsen-, Carlos Precht señala que ese camino jurisprudencial “*habría sido fecund[fo] si los jueces a quo o jueces de la instancia hubieran efectivamente declarado la derogación tácita de los preceptos legales anteriores. Ello no ha ocurrido y muy probablemente no era fácil que ello ocurriera con jueces formados en una mentalidad diferente, a saber, la de un sistema concentrado de control material de constitucionalidad*” (pág. 101). Para ello cita el ejemplo categórico del fallo pronunciado por una de las Salas de la Corte Suprema, de 23 de octubre de 1975, que acogió un recurso de queja en virtud de los siguientes fundamentos: “*Que es función que compete privativamente a esta Corte Suprema, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la de declarar la inaplicabilidad de un precepto legal contrario a la Carta Fundamental y de ello se desprende que no está permitido a los jueces prescindir de una norma legal a pretexto de que ella contraría algún mandato constitucional, en tanto esta Corte no haya decidido la cuestión de ilegitimidad constitucional respectiva*”. (Revista Fallos del Mes, N° 203, año XVII, fecha citada). Posiblemente debido a lo anterior, el ponente refiere que los jueces de la instancia parecen ver en este traspaso de competencia por el que se ha inclinado el Tribunal Supremo, un “*regalo envenenado*”, lo que explicaría un retorno a la primitiva jurisprudencia a través de una minoría creciente que se fue desarrollando al interior del máximo tribunal.

11 Véase el trabajo de don Miguel Fernández González (Magíster en Derecho Público y Profesor de las cátedras de Derecho Político y Derecho Constitucional). En él sostiene, entre otras ideas: “*La Corte Suprema, según lo dispone el artículo 80° -expresamente y sin limitaciones en cuanto al momento en que se dictó el precepto legal en cuestión-, puede declarar la inaplicabilidad de todo precepto legal contrario a la Constitución, incluso los que se hayan dictado con anterioridad a ella, a menos que se encuentre derogado expresamente por el legislador o por resolución judicial firme. Lo contrario sería sostener que la Corte Suprema queda sometida a la decisión del juez del fondo acerca de una eventual derogación, con lo cual no sólo se invierte por completo la estructura jerárquica y piramidal, base sobre la cual se configura el Poder Judicial en Chile, sino que se dejaría sin efecto el Principio de Supremacía Constitucional, tanto porque la Corte Suprema no estaría ejerciendo la atribución que se le ha asignado en virtud del artículo 80° de la Carta Fundamental, tal y como este precepto se la ha entregado, cuanto porque quedaría dependiente del obrar del juez subordinado. Con ello, además, podría darse el absurdo que el juez del fondo nunca se pronunciara acerca de la derogación, sino hasta que la sentencia de término se encontrara ejecutoriada y, entonces, la Corte Suprema ya no podría declarar la inaplicabilidad. Es totalmente contrario a los más elementales principios de estructura, organización y relaciones que configuran el*

regir el 11 de marzo de 1981, con lo cual dejaban la resolución del conflicto en manos de los jueces de la instancia, los que debían resolver ese dilema en la oportunidad procesal respectiva. El Presidente del Tribunal don Rafael Retamal y el Ministro don Osvaldo Erbetta Vaccaro, no aceptaron ese fundamento, haciéndose eco del argumento en cuanto a que la Carta de 1980 hizo diferencia ninguna entre leyes anteriores y posteriores a ella, confiriendo a la Corte Suprema la facultad de declarar inaplicable cualquiera ley que resulte ser contraria a dicha Carta. También agregaron:

“que un posible conflicto entre la ley común específica y la Constitución genérica no podría ser resuelto por los jueces de la instancia, atendiendo a su diversa jerarquía, porque el control de la ley de rango superior sobre las leyes comunes lo tiene sólo la Corte Suprema”^{12 13}

En la inaplicabilidad interpuesta por don Mauricio Cortés, vuelve el máximo órgano judicial a decir que, en el caso interpuesto a su conocimiento, el Decreto-Ley N° 3.443, cuya inconstitucionalidad se le solicitó, que este

Poder Judicial un resultado como el referido”. Para confirmar lo anterior, el articulista recurre a la superintendencia que tiene la Corte Suprema sobre todos los tribunales de la República: *“Inexplicable resultaría, entonces, que [...] tuviera la superintendencia (referida), que participara en la designación de los jueces y Ministros de Corte de Apelaciones, que cumpliera las funciones previstas en la legislación sobre calificaciones, que pudiera enmendar, por medio de los recursos previstos en el ordenamiento jurídico, las resoluciones de los tribunales inferiores, y, sin embargo, no estuviera habilitada para resolver un recurso de inaplicabilidad en tanto el juez del fondo no se pronunciara acerca de la derogación de la norma legal en cuestión. Mas y correlativamente, el juez del fondo debe declarar derogado un precepto legal anterior a la Constitución cuando lo considere contrario a ella, decisión que será susceptible de todos los recursos que en Derecho correspondan y que no significa ejercer una inaplicabilidad encubierta, sino que dar cumplimiento al artículo 6º inciso 2º, en virtud del cual se consagra el Principio de Vinculación Directa. Conforme a este Principio, la Carta Fundamental -antes y por sobre la ley- obliga a todos los órganos estatales y a toda persona, institución o grupo y, por ende, también a los jueces cuando deban resolver la contradicción entre una ley y la Constitución. Si aquella es anterior y contraria a esta, entonces, deben declararla derogada y si tal decisión surte efecto de cosa juzgada para el caso particular en el cual se pronunció, ya no procederá inaplicabilidad alguna ni se podrá revivir su vigencia. En suma, la Corte Suprema debe declarar la inaplicabilidad de un precepto legal contrario y anterior a la Constitución, mientras este se encuentre vigente, esto es, en tanto no haya sido derogado por el propio legislador o no lo haya así declarado, por sentencia firme, el tribunal competente. Asimismo, el juez del fondo tiene competencia para declarar derogado un precepto legal anterior a la Constitución, cuando lo considere contrario a ella, ya que sólo así se respetan los Principios de Supremacía Constitucional y de Vinculación Directa consagrados en el artículo 6º incisos 1º y 2º de la Carta Fundamental”.* Nota: los resaltados son nuestros. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel, *Inaplicabilidad del Decreto Ley N° 2.695 y derogación tácita*, Revista de Derecho, Valdivia, Volumen IV, diciembre de 1993, págs. 55 a 56.

¹² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1985, Tomo LXXXII, 2º Parte, Sección Quinta pág. 278.

¹³ Con esa misma fecha (31 de diciembre de 1985) y en igual sentido, el Tribunal Pleno -con idénticos votos disidentes- falló el recurso de inaplicabilidad rol N° 18.615 caratulado <<Eitel Enrique Finger Floto>>, respecto de los artículos 15 y 16 del Decreto-Ley N° 2.695.

había entrado en vigor a partir de su publicación en el Diario Oficial el 2 de julio de 1980, es decir, cuando aún regía la Constitución de 1925, bajo cuyo imperio se dictó. Por ello, la Corte Suprema de Justicia, decidió que, por las circunstancias anotadas, a partir del considerando 4°, que

“no se da la posibilidad de ser declarado inaplicable el citado precepto legal, lo que circunscribe el problema a un campo ajeno al recurso interpuesto, como lo es el de determinar si la norma legal en cuestión mantuvo su vigor o fue derogada por los nuevos preceptos constitucionales que entraron en vigencia a partir del 11 de marzo de 1981 y que se mencionan como quebrantados por ella [...] Que en consecuencia, la cuestión que plantea el recurso interpuesto en fs. 2 de autos es de conocimiento y resolución de los jueces del fondo...”¹⁴

Por tanto, con fecha 31 de enero de 1986, rechaza el recurso intentado, aunque esta vez la decisión fue adoptada con el voto en contra -nuevamente- del Presidente don Rafael Retamal y del magistrado don Osvaldo Erbeta, aunque esta vez se les unieron los Ministros señores Abraham Meersohn, Servando Jordán y Enrique Zurita (estos dos últimos habían ascendido a la Corte en el año 1985), quienes no aceptaron los fundamentos antedichos, y estuvieron por pronunciarse sobre el recurso. Su argumento para ello fue el siguiente:

“Aunque los jueces de la instancia puedan estudiar y resolver la posible derogación de una ley anterior por la Constitución posterior cuando aquélla es contradictoria con ésta, tal facultad de los jueces no inhibe a la Corte Suprema para pronunciarse sobre la inaplicabilidad de esa ley anterior si contravienen a la Constitución posterior. En efecto, el artículo 80 de la Carta Fundamental de 1980 no hace diferencia alguna entre leyes anteriores y posteriores a ella y confiere a la Corte Suprema la facultad de declarar inaplicable por inconstitucional cualquiera ley que resulte ser contraria a dicha Carta”.

Y, a renglón seguido, el voto de minoría parece hacer una advertencia directa:

“Por consiguiente, si esta Corte, so pretexto de una derogación posible de la ley anterior por la Constitución, entrega a los jueces de la instancia las decisiones de declarar esa derogación posible y se abstiene de emitir pronunciamiento sobre la

¹⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1986, Tomo LXXXIII, 2° Parte, Sección Quinta pág. 7.

*inaplicabilidad, incumple una obligación constitucional y hace entrega exclusiva a los jueces de una facultad que naturalmente tienen...”*¹⁵ (Nota: el subrayado es nuestro).

En voto disidente de la sentencia de 28 de diciembre de 1987 (Sociedad Centro Comercial Quilpué Limitada), que rechazó una vez más otro recurso con los mismos argumentos, los Ministros señores Enrique Correa Labra y Abraham Meershon, dejaron en claro que estuvieron por pronunciarse derechamente sobre la petición de inaplicabilidad, en consideración a que, en su concepto:

*“esta Corte Suprema está autorizada para declararla si procede, no obstante ser la norma legal cuya inaplicabilidad se solicita anterior al texto constitucional vigente, toda vez que el artículo 80 de la Carta Fundamental la faculta para declarar la inaplicabilidad de ‘todo precepto contrario a la Constitución’ sin limitaciones de ningún género y sin distingo entre leyes anteriores y posteriores a su vigencia”*¹⁶.

Los Ministros señores Abraham Meershon y Servando Jordán López, previnieron que no aceptaban las consideraciones de la mayoría, que rechazó el recurso interpuesto por don Franklin Benítez con fecha 9 de diciembre de 1988¹⁷. Dicha prevención consistió nuevamente en no aceptar los considerandos -7° y 8° del fallo- donde a juicio de la mayoría, se constituía un problema de supervivencia de la ley o derogación tácita, de incumbencia de los jueces del fondo, y no una cuestión que debía resolverse mediante un recurso de inaplicabilidad.

Asimismo, una Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 5 de octubre de 1989, resolvió que el artículo 60-G del Decreto-Ley N° 688, de 1974, establecía una discriminación arbitraria prohibida por la Constitución, y que atentaba contra el derecho de propiedad garantizado en su artículo 19 N° 24, en cuanto se fijó un procedimiento de reajuste que no compensó al expropiado el daño patrimonial efectivamente causado por la expropiación, por lo que:

“de esta manera, en circunstancias que una norma legal no puede ir en contra de otra con rango constitucional (posterior), por lo que la primera debe entenderse derogada, y, por tanto

¹⁵ *Ibíd.*, voto de minoría.

¹⁶ *Gaceta* N° 90, pág. 27.

¹⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1988, Tomo LXXXV, 2° Parte, Sección Quinta pág. 262.

no teniendo vigencia lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 60-G del Decreto Ley 688 y sin que exista ley que resuelva este vacío, esta Corte en aplicación de los principios de equidad determinará la forma en que deberá reajustarse la cantidad pagada...”¹⁸

Contra esta sentencia el Fisco de Chile interpuso recurso de queja ante la Corte Suprema, el que fue rechazado por unanimidad.

Pero es a continuación donde veremos cómo el máximo tribunal acoge un recurso de inaplicabilidad, desechando la tesis inicialmente sostenida a partir del año 1978, en cuanto a que se trataba sobre casos de derogación de la ley común, que, como ya vimos, le tocaba decidir -según esta tesis- a los jueces de la instancia.

Pues bien, con fecha 8 de junio de 1990, y logrando mayoría de ocho votos contra cuatro, en recurso deducido por doña Natividad Campos Canales, en juicio ordinario de nulidad de inscripción de dominio seguido ante el Juzgado de Letras de Licantén, se decidió que no se aplicaran las disposiciones del Decreto Ley N° 2.695, aunque éste fue publicado en el Diario Oficial el 21 de julio de 1979, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980. Se apartó la Corte de la doctrina sustentada por su Fiscal, quien manifestó que procedía desechar el recurso, en atención a que el decidir si una disposición legal que regía con anterioridad a la vigencia de la Carta Fundamental de 1980 y que pueda contraponerse a ella, no era, a su juicio, resorte de un recurso de inaplicabilidad, sino una cuestión de supervivencia de la ley, lo que es de correspondencia de los jueces del grado:

“3°) Que, contrariamente a lo afirmado por el señor Fiscal, no comparte este Tribunal la afirmación de que sólo incumba a los jueces de la instancia resolver si las leyes que anteriores a la Constitución los recurrentes estiman opuestas a su texto lo son realmente, como tampoco acepta que en la especie se trataría de una eventual derogación, por la posterior Constitución, de una ley anterior a ella. En efecto, si los jueces de la instancia pueden decidir que la ley general, que es la Constitución, ha derogado una ley especial común, también puede esta Corte Suprema declarar la inconstitucionalidad de esta última conforme al artículo 80 de la Carta Política, que no hace diferencia entre leyes anteriores o posteriores a ella...”

¹⁸ *Gaceta* N° 117, pág. 14. Integraron la Sala los Ministros señores Marcos Libedinsky (presidente), Milton Juica y Sergio Valenzuela Patiño.

Lo esencial para que el Tribunal Supremo pueda pronunciarse sobre la inaplicabilidad de una ley, es que ésta y la Constitución estén simultáneamente vigentes, no participando de la tesis contenida en el Dictamen de la Fiscalía, en cuanto a que debe existir el requisito, en el sentido que la ley de cuya inconstitucionalidad se trate, deba ser posterior a la Carta Fundamental:

*“es contrario a la letra y el espíritu del precepto de rango superior y al principio jurídico de que donde la ley no distingue no es lícito al hombre distinguir”*¹⁹

Resuelto lo anterior, y despejando las dudas sobre su competencia, el Pleno del Tribunal entró al fondo de la cuestión propuesta en el recurso, llegando a la conclusión, en definitiva, que el decreto-ley reprochado era contrario a la garantía del N° 24 del artículo 19 de la Carta Magna.

También podemos indicar la sentencia fechada el 24 de agosto de 1990, en donde se solicitó por don Alfonso Insunza Bascuñán, la inaplicabilidad del Decreto-Ley N° 2.191, sobre amnistía, que se interpuso estando la causa con sobreseimiento definitivo en primera instancia dictado por el Segundo Juzgado Militar de Santiago, por aplicación del precepto impugnado, aunque no ejecutoriada, y donde se logró aquilatar la tesis que había visto la luz pocos años antes. A pesar de que el máximo tribunal de justicia rechazó el recurso que acusaba al mentado decreto-ley de vulnerar variados artículos de la Constitución Política, en la parte que nos convoca, comienza haciendo un recuento de la jurisprudencia que durante los últimos años primó al interior de la Corte, anotando como una excepción lo ocurrido con el recurso que acabamos de considerar, y que fuera propuesto por doña Natividad Campos; repasa enseguida el Dictamen del Ministerio Público, y vuelve a oponerse a la tesis tradicional sustentada por su Fiscal en torno al ya consabido problema de *supervivencia/inaplicabilidad, o jueces de la instancia/Tribunal Supremo*. Porque, aunque los jueces del fondo puedan estudiar y resolver la posible derogación de una ley anterior por la Constitución posterior,

“... dicha facultad no inhibe a esta Corte para pronunciarse sobre la inaplicabilidad de la ley anterior si ella es contraria

19 Votaron en ese sentido los Ministros señores Rafael Retamal, Emilio Ulloa, Marcos Aburto, Servando Jordán, Enrique Zurita, Lionel Béraud, Arnaldo Toro y Efrén Araya. Mientras que por rechazar el recurso, habida cuenta de que en el presente caso se estaba en presencia de una *derogación de leyes*, que correspondía estudiar a los jueces sentenciadores, estuvieron el Presidente del Tribunal don Luis Maldonado Boggiano y los Ministros señores Hernán Cereceda, Osvaldo Faúndez y Roberto Dávila. *Gaceta* N° 120, pág. 28.

a las normas de la Constitución vigente, en razón de que su artículo 80 que contempla este recurso no hace ninguna distinción...”

Por consiguiente, para los Ministros la tesis opuesta postulada por el señor Fiscal en su Informe:

“es ajena a la letra y espíritu del precepto constitucional que consagra el recurso de inaplicabilidad, y limita las facultades de control de la norma de rango superior sobre las leyes comunes, que precisamente confiere a esta Corte la Carta Fundamental...”²⁰

Concurrieron a esa determinación los Ministros señores Retamal ²¹, Emilio Ulloa, Marcos Aburto, Hernán Cereceda (que varió su parecer respecto del caso anterior), Enrique Zurita, Lionel Béraud, Efrén Araya, Germán Valenzuela Erazo y Hernán Álvarez ²².

Terminaremos esta parte de nuestro trabajo con algunas de las conclusiones desarrolladas por el profesor Precht en su ponencia aludida:

“Desde 1978, la mayoría de la Corte Suprema no acepta entrar a considerar como objeto del recurso de inaplicabilidad la oposición entre leyes anteriores y la Constitución vigente al tiempo de interponer el recurso; este problema es considerado como derogación o supervivencia de leyes, el cual debe ser apreciado por los jueces de la instancia o si se violara uno de los derechos y libertades protegidos por el artículo 20, por las Cortes

²⁰ Revista de Derecho y Jurisprudencia, año 1990, Tomo LXXXVII, 2º Parte, Sección Cuarta pág. 64.

²¹ Este magistrado además previno, dejando constancia, que la denegación del recurso de inaplicabilidad -como en el presente caso-, produce como único efecto que en la causa en que se dedujo, no puede pretenderse por los jueces que la ley de amnistía es contraria a la Constitución, y por tal motivo pudiere no aplicarse en la solución del asunto; lo cual entiende sin perjuicio de la facultad de los jueces de la causa para omitir, por otros motivos, la aplicación de la susodicha ley de amnistía.

²² Volvieron a estar en desacuerdo, el Presidente don Luis Maldonado y los magistrados señores Osvaldo Faúndez y Roberto Dávila Díaz, quienes en el punto 8º de su disidencia estimaron que: *“... un análisis de las opiniones vertidas en el seno de la comisión redactora de la Constitución de 1925, y un estudio de las opiniones de los tratadistas don Carlos Estévez y don Alejandro Silva Bascuñán, lo que importa la historia fidedigna del artículo que regla el recurso de inaplicabilidad, lo que permite concluir que la confrontación que debe hacer la Corte Suprema en su sentencia es entre la ley que se impugna con la Constitución vigente en su oportunidad, pero no con una Carta Política dictada con posterioridad. Es evidente que si la Constitución que estaba vigente al dictarse la ley que se reclama de inaplicabilidad ha sido derogada por una nueva Carta Fundamental, no podrá efectuarse la confrontación antes indicada y por consiguiente, no cabe la interposición de un recurso como el que se estudia”.*

de Apelaciones a través del recurso de protección; a partir de 1985, una minoría cambiante de la Corte Suprema vuelve a la línea jurisprudencial anterior a 1978 y entiende que sin perjuicio de las atribuciones de los jueces a quo para conocer de inaplicabilidad de las leyes anteriores a la Constitución; sin embargo, la Corte acepta que en el recurso de inaplicabilidad se conozca del conflicto entre una ley anterior a la Constitución actualmente vigente, cuando la ley se opone también a una norma constitucional ya contenida en Constituciones anteriores y recogidas por la vigente, en forma idéntica y que haya permanecido vigente en forma ininterrumpida; en general, la jurisprudencia entra al conocimiento de contradicciones entre un precepto legal y un precepto constitucional y no entre un precepto legal y un principio constitucional reconocido en el texto constitucional; la jurisprudencia -con ciertas distorsiones- se ha construido en torno al principio de la imperatividad in actum de las normas constitucionales y en el principio de la supremacía constitucional”^{23 24}

2. Texto refundido de ley considerado Decreto Supremo o Decreto con Fuerza de Ley como acto legislativo

El 7 octubre 1988, el máximo tribunal del país, decidió por voto unánime, rechazar un recurso de inaplicabilidad del entonces Director del diario “La Época”, que alegaba la pugna de la Ley N° 18.015, que sancionó a quienes quebrantaren o infringieren las medidas decretadas en virtud de la facultad conferidas al Jefe de Estado durante la vigencia del Estado de Emergencia. El recurrente además sostuvo, que esta ley no cumplía con el requisito de la parte final del N° 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental (ya que sancionaba su incumplimiento con la pena de presidio o relegación menor en sus grados mínimo a medio), y que tampoco lo cumplía al completarle con el Decreto Exento 6.255, tachando ambas disposiciones como leyes “parcialmente en blanco”, por no describir con claridad y precisión la conducta que se pretendía sancionar. La Corte razonó en su considerando 8°, que:

“el primero de esos textos (Ley 18.015) señala cuáles son las conductas penales ilícitas sancionadas con multas que

²³ Ibid., pág. 105.

²⁴ Pueden también, con el objeto de mayor amplitud a dicho estudio, consultarse las siguientes sentencias: en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 29 de octubre de 1982, Tomo LXXIX, Sección Quinta, pág. 176; 11 de diciembre de 1984, Tomo LXXXI, Sección Quinta, pág. 215; nuevamente la de 31 de diciembre de 1985, Tomo LXXXII, Sección Quinta, pág. 278; 16 de enero y 9 de junio, ambas de 1987, mismo Tomo LXXXIV, Sección Quinta, págs. 14 y 134 respectivamente; y 24 de junio de 1988, Tomo LXXXV, Sección Quinta, pág. 113.

allí mismo se determinan. Estas conductas constituyen las infracciones a las medidas adoptadas por el Presidente de la República de acuerdo con el artículo 41 N° 4 de la Constitución Política de la República o con la letra b) de su disposición N° 24 transitoria. Por su parte el Decreto Exento 6.255 dictado por el Presidente de la República, en uso de la potestad reglamentaria, que la misma Constitución le confiere, aclaró aún más las conductas penales descritas en los textos legales antedichos. No se divisa, entonces, en qué forma puede estimarse el precepto impugnado ley penal parcial o totalmente en blanco...”, para proseguir en su considerando 11° que, el “aludido Decreto Exento 6.255 no puede quedar comprendido en el presente recurso, dejando con ello el artículo 3° de la Ley N° 18.015 sin su complemento, convertido en ley parcialmente en blanco, como pretende el recurrente [...], porque dicho Decreto para los efectos de que se trata no constituye ‘ley’ en el sentido que la define el artículo 1° del Código Civil, sino un precepto o norma dictada por el Presidente de la República en uso de la Potestad Reglamentaria que la Constitución Política le otorga. En tal predicado de acuerdo con el artículo 80 de nuestra Carta [...], el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es improcedente a su respecto”²⁵

Es decir, aun estimando al decreto exento mencionado como integrado a la Ley 18.015, sea se estime como un texto refundido de ley (acto administrativo), sea que se estime como decreto con fuerza de ley (acto legislativo), y éste fuere ilegal por considerarse que se ha excedido de los márgenes de la ley delegatoria, en ambos casos resultaba de igual forma improcedente el recurso deducido, porque si se estuviere a la primera hipótesis, resulta evidente -como ya tuvimos oportunidad de ver cuando tratamos el punto bajo el régimen de la Carta Magna de 1925- que no cabe su interposición desde que la Ley Primera sólo lo concede en contra de leyes inconstitucionales y no contra actos de la Administración; y si se estimare lo segundo, tampoco es procedente, y ello por cuanto querría decir que se trataría entonces de un decreto ilegal por referirse a materias propias de ley sin contar con facultades delegadas, y en tal situación no tendría fuerza de ley, pudiendo cualquier tribunal dejar de aplicarlo.

²⁵ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1988, Tomo LXXXV, 2° Parte, Sección Quinta, pág. 241.

3. Promulgada y publicada una ley, no puede la Corte Suprema desconocerla como ley de la República

Con fecha 29 enero 1987, el máximo órgano judicial señaló (en juicio ordinario de cobro de indemnización por la parte efectivamente expropiada en proceso seguido contra el Fisco y el Servicio Agrícola y Ganadero),

*“... que, cumplidos los trámites de promulgación y publicación de la ley, no puede la Corte Suprema, sin exceder las facultades que le confiere la Constitución, desconocerla como ley de la República, ni analizarla en su tramitación para comprobar si se cumplieron las diferentes etapas de formación de las leyes que prescribe la Constitución, pues ello importaría ejercer una función revisora o contralora de los organismos que debe intervenir en su formación, lo que no está previsto como función o atribuciones propias de la Corte Suprema en el Título VI de la Constitución que trata del Poder Judicial”*²⁶

²⁷ ²⁸

4. No cabe recurso de inaplicabilidad contra disposición de Acta Constitucional

El 24 junio 1988 se pidió la declaración de inaplicabilidad de varias leyes, pero -en lo que nos atañe-, también del inciso 2° del artículo 3° transitorio del Acta Constitucional N° 3, por ser contrarias al artículo 73 de la Ley Primera. El Tribunal Supremo aseveró:

²⁶ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1987, Tomo LXXXIV, 2° Parte, Sección Quinta, pág. 23.

²⁷ La Ley N° 17.998, dictada por la Junta de Gobierno, declaró que interpretaba el artículo 1° del Decreto-Ley N° 754, de 1974, que entre las otras acciones a que dicho precepto se refiere, están incluidas las de caducidad de los actos o contratos a que él alude; las de reivindicación de los bienes que hayan sido objeto de esos mismos actos o contratos; y cualesquiera que, por su propia naturaleza o por sus consecuencias, produzcan el resultado de privar de sus efectos a tales actos o contratos. Declaró igualmente -interpretando el mismo artículo 1° del decreto-ley referido-, que este precepto se refiere tanto a las acciones que ya habían sido ejercidas a la fecha de su vigencia, como a las que hayan sido deducidas o se dedujeren con posterioridad.

²⁸ La Corte acogió por unanimidad el recurso propuesto, no sin antes emitir una crítica al sustento del libelo, en la parte que impugnaba la naturaleza de la Ley N° 17.998 como acto legislativo, por oponerse al concepto de *ley* señalado en el N° 20 del artículo 60 (hoy actual artículo 63), negándole con ello la calidad de ley interpretativa, y por tanto considerándola violatoria de la Carta Política. En su considerando 3°, dice el Tribunal que *“es necesario hacer presente la inconsecuencia que se produce al sustentarse por una parte [lo anteriormente expuesto]... [y] se pida por la otra, su inaplicabilidad en el juicio [...] lo que implica reconocerle el carácter de ley a la norma que se pide se declare inaplicable, caso este último que es el único en que esta Corte puede entrar a conocer el recurso”*.

“5º) Que, a lo manifestado cabe agregar que el artículo 3º transitorio del Acta Constitucional N° 3 cuya inaplicabilidad también se reclama, es una disposición de rango constitucional, por cuyo motivo no puede ser atacado de inconstitucionalidad, dado que sólo las leyes comunes pueden ser materia de este recurso”²⁹, lo que bastó para rechazarlo, también en voto unánime de sus miembros.

5. Inconstitucionalidad por vicios de fondo y de forma³⁰

Por ser también constitutivo de relevancia decisiva, citaremos los casos en donde la máxima instancia del Poder Judicial se vio enfrentada a decidir -pasados los años, nuevamente- sobre qué inconstitucionalidad -de *forma* o de *fondo*, o ambas-, es la llamada a resolver cuando se le ha presentado un recurso de inaplicabilidad.

a. El recurso de inaplicabilidad resguarda la constitucionalidad de fondo de las leyes, no la de forma. Comenzaremos por lo acontecido en la sentencia de 19 de abril de 1985, donde el Tribunal Supremo repite su doctrina asentada por décadas, en orden a que sólo le corresponde pronunciarse frente a la inconstitucionalidad de fondo de las normas legales. Nos referimos a lo resuelto en los autos sobre juicio ordinario de reivindicación, caratulados “Sociedad Agrícola y Maderera Neltume Ltda. con Corporación de Fomento de la Producción”, del Juzgado de Letras de Panguipulli. En el estimado por nosotros como macizo recurso, en cuanto a la *inconstitucionalidad de forma*, se expresó que los Decretos-Leyes 754 y 1.283, de los años 1974 y 1975 respectivamente, que la Ley N° 17.998, de 20 de mayo de 1981³¹, dijo interpretar, no eran de carácter simplemente legal, sino

²⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1988, Tomo LXXXV, 2º Parte, Sección Quinta, pág. 113.

³⁰ Aunque claramente están unidos, hemos decidido, sólo por cuestiones prácticas y gráficas, separar los puntos que aquí se tratan, es decir el que ahora desarrollamos y el que, inmediatamente pasaremos a revisar. Bajo el régimen constitucional de la Constitución de 1980, otra vez nuestro máximo tribunal de justicia hubo de decidir sobre su competencia para pronunciarse si cabían bajo su órbita de acción en cuanto al recurso de inaplicabilidad, los vicios de *inconstitucionalidad de forma* de las leyes. Unidos a ello, hubo también de determinar si una ley común entraba en el ámbito de materias propias de una ley de mayoría especial (orgánica constitucional), lo que acarrearía el consiguiente y consabido vicio de inconstitucionalidad de forma. En el capítulo siguiente, nos referiremos en plenitud a esta interesante problemática.

³¹ Recordamos nuevamente, que partir del 11 de marzo de 1981 -por aplicación de la letra B) de la Disposición 18a. Transitoria de la Constitución-, y hasta el 11 de marzo de 1990, la Junta de Gobierno pasa a constituir formalmente el Poder Legislativo en nuestro país; por ello, ha contar del 11 de marzo de 1981, dejan de dictarse “*Decretos-leyes*”, y la Junta pasa a denominarlos derechamente “*Leyes*”.

que por el contrario, eran decretos-leyes de jerarquía constitucional dictados en uso de la *Potestad Constituyente*. Siguió señalando, que el Decreto-Ley N° 754 se oponía y era absolutamente incompatible con las disposiciones de la Constitución Política de 1925 vigente a la fecha de su dictación. La oposición e incompatibilidad que existían entre este decreto-ley y aquella Constitución hicieron precisamente que se tratara de unos de los decretos-leyes que la Junta de Gobierno dictó en uso de la consabida Potestad Constituyente, y, en lo pertinente, modificó dicha Constitución, entendiéndose incorporado a ella con pleno rango constitucional, todo ello conforme a los Decretos-Leyes números 1° y 128 (de 1973) y 527 y 788 (de 1974); y al dictarse posteriormente el Decreto-Ley 1.283 se dijo que se actuaba en el ejercicio de la *Potestad Constituyente*, con lo cual quedaba demostrada de forma manifiesta la naturaleza constitucional de ambos decretos-leyes aludidos. Continúo el recurrente diciendo que los decretos-leyes referidos, estaban derogados desde el 20 de mayo de 1981, fecha de vigencia de la Ley N° 17.998, por haber sido derogados tácita y orgánicamente por las disposiciones del Acta Constitucional N° 3 (cuya vigencia comienza a correr desde el 18 de septiembre de 1976). Por tanto, la citada Ley N° 17.998, interpreta y modifica dos textos constitucionales derogados -los DL N° 754 y N° 1.283-, teniendo esa doble condición.

El problema que aquí nos convoca tiene relación con que dichas normas a juicio del recurrente -las que interpretaban en un caso y modificaban en otro-, tenían rango constitucional, razón por la cual ella debió ser primero sometida al *control de constitucionalidad* del Tribunal Constitucional conforme al artículo 82 N° 1, en relación con la Disposición 22a. Transitoria y 34 a 37 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional; y enseguida, una vez aprobada por este, debió ser sometida a aprobación plebiscitaria, conforme a la Disposición 21a. Transitoria letra d) inciso 2° de la Constitución ³². Al no existir el control de constitucionalidad por dicha Magistratura, y al omitirse la consulta plebiscitaria, se ha infringido directamente la Carta Política en sus artículos mencionados.

La Corte Suprema, si bien termina acogiendo el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de fondo, declaró improcedente el recurso fundado en vicios de forma. En cuanto a esto último, tuvo para ello presente desde su consideración 6°, que ella sólo tiene facultad para conocer de un recurso que mire a resguardar la inaplicabilidad de fondo de las leyes, repitiendo una

32 Disposición Vigésimoprimera Transitoria letra d), inciso 2°:

“La Constitución sólo podrá ser modificada por la Junta de Gobierno en el ejercicio del Poder Constituyente. Sin embargo, para que las modificaciones tengan eficacia deberán ser aprobadas por plebiscito, el cual deberá ser convocado por el Presidente de la República”.

vez más que no le era permitido entrar a examinar, aprobar o desconocer la forma cómo los Poderes Legislativo o Ejecutivo han ejercido las facultades que le son propias y exclusivas que les corresponden en la formación de las leyes. Y que:

“ésta ha sido la tesis sustentada uniformemente en los fallos de esta Corte -con sólo algunos votos disidentes³³- según los cuales el recurso de inaplicabilidad ‘es de carácter netamente jurídico’, ‘tiene por objeto esencial evitar la contradicción entre la ley fundamental y la ordinaria’ y ‘su verdadero alcance se concreta exclusivamente a establecer un proceso de comparación entre la institución constitucional y el precepto legal’, ‘si éste se encuentra o no en pugna con aquélla’” (considerando 8°)^{34 35}

33 Se refiere al parecer disidente de ese entonces, correspondiente a los Ministros señores Rafael Fontecilla Riquelme, Ramiro Méndez Brañas y José María Eyzaguirre, como ya lo destacáramos con anterioridad, y sobre los cuales el fallo vuelve a recordárnoslo.

34 Firmaron el fallo los magistrados señores Rafael Retamal (Presidente), José María Eyzaguirre*, Israel Bórquez, Octavio Ramírez, Luis Maldonado, Víctor Rivas del Canto, Enrique Correa Labra, Osvaldo Erbetta, Emilio Ulloa Muñoz, Marcos Aburto, Estanislao Zúñiga, Abraham Meersohn y Carlos Letelier. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1985, Tomo LXXXII, 2° Parte, Sección Quinta, pág. 86.

* La Corte cita asimismo en el fallo en comento, la Sesión N° 285a. de las Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, celebrada el 14 de abril de 1977, donde precisamente concurre éste señor Ministro -quien después de promulgada la actual Constitución, varió su parecer-, en su calidad de Presidente de la Corte Suprema, donde expresa *“que, efectivamente, el nuevo precepto se está refiriendo a la inconstitucionalidad de fondo, y añade que, en realidad, la Constitución no hizo diferencias entre la inconstitucionalidad de fondo y la de forma; sin embargo, la Corte Suprema, por la vía de la jurisprudencia uniforme -con tres votos en contra, que fueron el de don Rafael Fontecilla, el de don Ramiro Méndez y el suyo-, estimó que la Constitución no hacía diferencias entre la inconstitucionalidad de fondo y la de forma, de modo que la Corte Suprema tenía la facultad para declarar la inaplicabilidad en cualquiera de los casos; pero la Corte Suprema, ya en forma definitiva, y por sentencias consecutivas, reiteradas, ha declarado que no le corresponde pronunciarse sobre a inaplicabilidad de forma, porque ello sería entrometerse en las facultades del Parlamento respecto a si tuvo quórum o no lo tuvo, si se respetaron los plazos, etcétera; es decir, de este modo la Corte entraría a analizar las facultades propias del Parlamento. Repite que la Corte ha llegado a la conclusión de que el recurso de inaplicabilidad procede solamente respecto de la inaplicabilidad de fondo y no de forma, y, por lo demás, cuando se creó el Tribunal Constitucional, se aclaró el problema, porque la inconstitucionalidad de forma se la entregó la Carta Fundamental al Tribunal Constitucional”* (mismo considerando 8°).

35 Con igual fecha -y en los mismos términos, al igual que la misma prevención del Presidente Rafael Retamal-, se falló el recurso de inaplicabilidad interpuesto a nombre de la Sociedad Agrícola Carranco Limitada contra la Corporación de Fomento de la Producción, en juicio seguido ante el mismo tribunal de Letras de Panguipulli. Incluso el señor Fiscal en su Informe, dice que por razones de economía procesal, omitirá repetirlo, porque en lo substancial se dan las mismas razones que tuvo en cuenta, tanto para declararlo inadmisibles (por vicios de forma), como para desecharlo (en cuanto a los de fondo), y que vertiera en el caso de la Sociedad Neltume Ltda.

Sin embargo, en una prevención, el Presidente de la Corte don Rafael Retamal, en cuanto a la inconstitucionalidad de forma, no aceptó los considerandos (Sexto al Noveno) donde el tribunal declara *improcedente* el recurso en este aspecto ³⁶; y por estar de acuerdo con las decisiones de la sentencia que se refieren a la inconstitucionalidad de fondo, estuvo por no emitir pronunciamiento respecto de aquella.

En la inaplicabilidad impetrada por don Arnoldo Wunkhaus, éste sostuvo que el Decreto-Ley N° 81, de 11 de octubre de 1973, que estableció sanciones para las personas que desobedecieran el llamamiento público que indicaba el Gobierno recientemente instalado, adolecía de inconstitucionalidad de forma y de fondo. En cuanto a la primera, se producía como una consecuencia: que si bien se daban en ese tiempo consideraciones de orden práctico que conducían a reconocer la obligatoriedad de los decretos-leyes, como consecuencia de la institucionalidad lograda, ella no existía a la fecha que se dictó el atacado decreto-ley. La Corte, con fecha 13 de octubre de 1987, rechaza la acción, declarando que

“las leyes, si adolecieran de las exigencias o requisitos para que tengan tal calidad, carecerían de esa naturaleza jurídica, y no podrían ser declaradas inaplicables, toda vez que un pronunciamiento en ese sentido involucraría el reconocimiento de su calidad de ley” ³⁷,

pero el Tribunal Supremo evitó en su sucinto razonar, un análisis de mayor calado en cuanto a analizar si los decretos-leyes (como sabemos también conocidos bajo el apelativo de *“legislación irregular”*) provenientes de Gobiernos *de facto*, por la causa de que no provienen del órgano regular cual es el Congreso Nacional, tienen o no subsistencia o valor jurídico, y si así fuere, por qué motivos; y si estos además caen bajo la esfera de ser atacados por el recurso de inaplicabilidad, sobre todo cuando realmente sí fue tratado el punto, incluso profusamente al interior de ese Excelentísimo Tribunal bajo la Carta de 1925, en especial en la década de 1930, y aún después, como tuvimos ocasión de estudiar. Incluso, no podemos olvidar que, en esa década signada, se entabló por parte de la H. Cámara de Diputados una muy

³⁶ La sentencia en lo que respecta a este aspecto, cita el fallo de 25 de mayo de 1962 -y que recordemos nosotros estudiáramos en profundidad-, donde el voto de mayoría de la Corte en ese momento ratificó, que en la historia fidedigna por ellos analizada, no existía una sola alusión a materia de tanta trascendencia, como lo sería la facultad del Tribunal Supremo para enjuiciar o revisar el proceso de generación de las leyes.

³⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1987, Tomo LXXXIV, 2° Parte, Sección Quinta, pág. 256.

bullada acusación constitucional en contra de la Corte Suprema de Justicia, que llevó el nombre -entre otros- en uno de sus capítulos, precisamente, el de *“Incapacidad para declarar inaplicables los Decretos Leyes”*.

En donde sí podemos decir que encontramos algo de ese análisis, es en el fallo por nosotros ya visto, referente al recurso de inaplicabilidad dirigido contra el Decreto-Ley N° 2191, sobre Amnistía, y sobre el cual volveremos más adelante en profundidad (esta vez bajo el numeral 14° de nuestro trabajo «Situación del Decreto Ley N° 2.191, sobre Amnistía»), pronunciado el 24 de agosto de 1990. En el considerando 11°, la Corte dijo:

*“Aun cuando el texto legal que concede amnistía de 1978 no es por su origen estrictamente una ley, pues no emanó de los órganos legislativos ordinarios y regulares del Estado, debe atribuírsele la misma fuerza y efectos propios de ella por constituir un acto legislativo proveniente del organismo o autoridad que en el tiempo de su dictación ejercía el Poder Constituyente y Poder Legislativo, de acuerdo con lo que dispone en los Decretos Leyes N° 126, de 1973, y N° 527, de 1974, éste último Estatuto de la Junta de Gobierno, que reglamento esa función...”*³⁸,

empero, no lo declara por ese vicio inaplicable, aunque recién había reconocido de manera clara la inconstitucionalidad que le afectaba.

b. Situación de falta de aprobación plebiscitaria. ¿Leyes interpretativas de la Constitución no requieren Plebiscito? Sometido a su conocimiento un nuevo recurso de inaplicabilidad se solicitó a la Corte Suprema tal declaración respecto de la Ley N° 18.152, que incidió en materia previsional en juicio seguido contra el Fisco ante el Sexto Juzgado Civil de nuestra capital. Se demandó ante ese tribunal la aplicación de los reajustes de sueldos establecidos en el Decreto-Ley N° 2.546 del año 1979, con sus asignaciones, bonificaciones y reajustes posteriores a las indemnizaciones de perjuicios pagadas a modo de pensiones de retiro por la Caja de la Defensa Nacional, a los funcionarios que se habían retirado de las Fuerzas Armadas. Solicitaron los actores señores Jorge Garfías y Nibaldo Correa que se declarara inaplicable en tal juicio el artículo único de la mencionada Ley N° 18.152³⁹ -que se dictó como interpretativa de las Constituciones de 1925 y 1980-, porque infringe la Disposición Decimoctava Transitoria,

³⁸ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1990, Tomo LXXXVII, 2° Parte, Sección Cuarta, pág. 64. Nota: el subrayado es nuestro.

³⁹ La Ley N° 18.152 dice textualmente que la Junta de Gobierno de la República de Chile, ha dado su aprobación al proyecto que *“Interpreta garantía constitucional sobre derecho de propiedad en relación con reajustabilidad de pensiones”*.

letra A), de la Carta Política en actual vigencia, toda vez que para que una ley pueda ser realmente considerada como *interpretativa* de la misma Carta Fundamental, debió ser sometida a plebiscito previo, como lo ordena el precepto transitorio infringido, puesto que en tal caso la Junta de Gobierno hace uso de la facultad de ejercer el Poder Constituyente; y como dicho plebiscito no se ha verificado, la referida ley carece de eficacia ⁴⁰.

Los recurrentes adujeron también que se había infringido el artículo 6° de la Carta Política, en cuanto esta disposición establece que los órganos del estado deben someter su acción a las normas constitucionales, de manera que la Junta de Gobierno, al no contemplar la necesidad de la aprobación plebiscitaria, desconoció su obligación de respetar la normativa pertinente, lo que invalida, por inconstitucional, la ley dictada con tal infracción. Prosiguieron a continuación, que también se hallaba infringido el artículo 7° de la Ley Primera, en cuanto este precepto tiene por actos válidos los ejecutados por los órganos del Estado, siempre que éstos actúen dentro de la esfera de su competencia; y como la Junta de Gobierno ostenta el Poder Constituyente, sujeta está a la limitación plebiscitaria, careciendo por consiguiente de dicha competencia para ejercerlo, si dicta normas constitucionales interpretativas cuando no cumple con esta exigencia. En consecuencia, el acto así generado, es nulo absolutamente.

Como podemos ver, el máximo tribunal de justicia se vio enfrentado a una encrucijada, principalmente por los vicios de forma de la ley en cuanto a la falta de consulta plebiscitaria, amén de los importantes puntos restantes.

Después de oír al señor Fiscal de la Corte, quien señaló en su Vista que al achacarse a la ley un defecto como el señalado -es decir la falta de llamado a plebiscito-, es útil hacer recuerdo que hay jurisprudencia uniforme, la que ha hecho llegar a la conclusión que sólo procede el recurso de inaplicabilidad por vicios de fondo, y que lo que se acusa en el recurso precisamente, es un defecto de forma.

El máximo tribunal, con fecha 13 de noviembre de 1985, rechazó por unanimidad la acción, partiendo por la consideración de que existe copia auténtica en el expediente, en cuanto el Tribunal Constitucional (en sentencia de 16 de julio de 1982), declaró *constitucional* el artículo único del

40 En efecto, en sus disposiciones transitorias, la Constitución Política de 1980, aprobada mediante el Decreto Ley N° 3.464, con fecha 8 de agosto de 1980, dispuso en su Disposición Decimoctava Transitoria:

“4.- Ejercer el Poder Constituyente sujeto siempre a aprobación plebiscitaria, la que se llevara a efecto conforme a las reglas que señale la ley”.

respectivo proyecto -que se convirtió después en la referida Ley 18.152- cuando interpretó la garantía constitucional del derecho de propiedad prevista y regulada en el artículo 19 N° 24 de la Constitución; y que:

“el inciso tercero del artículo 83 de la Carta Fundamental establece que ‘resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia’”.

En cuanto a que la cuestionada ley infringió la Constitución en su Disposición 18a. párrafo ‘A’, toda vez que debió ser sometida a plebiscito previo, la Corte dijo que el expresado fundamento

“(7°)... es erróneo, porque tratándose de una ley interpretativa de la Constitución, ella debió regirse por el párrafo ‘C’ de la aludida disposición decimoctava transitoria y no por la norma contenida en el párrafo ‘A’, que regla el ejercicio del Poder Constituyente, sujeto siempre a aprobación plebiscitaria, Poder el cual implica sin duda, la reforma de la Carta Fundamental, según lo deja en claro el mandato del párrafo d) de la disposición transitoria vigésima primera, que [...] preceptúa que sólo podrá ser modificada por la Junta de Gobierno en el ejercicio del Poder Constituyente, sin embargo agrega, para que las modificaciones tengan eficacia deberán ser aprobadas por plebiscito; de todo lo cual se deduce con claridad que la indicada exigencia sólo atañe al ejercicio propio del susodicho Poder”

En otro acápite del escrito, se insistió por el recurrente en la inconstitucionalidad de la Ley 18.152, en cuanto interpretó el artículo 10 N° 10 de la Constitución de 1925, porque dijo, no hay precepto alguno en la Carta de 1980 que otorgue competencia a la Junta de Gobierno para dictar leyes de esa naturaleza en relación con normas constitucionales ya fenecidas, aunque sus efectos se prolonguen en el tiempo. Por ello, al entender del recurrente, resultaban quebrantados los artículos 6°, 7°, 80 y 82 N° 1°.

Para la Corte en este punto:

“(16°) ... es indiscutible que la dictación de esa ley cuyo carácter interpretativo no puede ya discutirse, corresponde sin duda al ejercicio del Poder Legislativo, para lo cual tiene atribución exclusiva la Junta de Gobierno en virtud de que le fue otorgada expresamente y sin limitación alguna por el punto ‘B’ de la aludida disposición decimoctava transitoria de

la Carta Fundamental; razón por la cual no ha necesitado que otro precepto constitucional le hubiese dado una competencia específica. Por lo tanto, dicha acción del referido órgano del Estado, además de ser perfectamente legítima, no puede vincularse, en absoluto, con la facultad contemplada en el párrafo A' del mismo precepto, relativa al Poder Constituyente, o sea, la reforma de la Carta Fundamental, lo que también es materia del acápite d) de su disposición vigésima primera, por ser asuntos sustancialmente distintos, y por consiguiente no cabe apoyarse en una relación entre ambas atribuciones, para fundamentar la inconstitucionalidad planteada en este párrafo del recurso”

Enseguida, en cuanto a las causales de supuesta infracción de los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, al dictar la Junta de Gobierno la ley objetada, ejerciendo de esa manera así el Poder Constituyente sin sujetarse a la aprobación plebiscitaria, y cuya omisión consecuentemente invalidaba dicha ley, por tratarse así de un acto generado absolutamente nulo, toda vez que el aludido órgano no sometió su acción a la norma fundamental (art. 6°), no actuando válidamente previa investidura regular de sus integrantes dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley, la Corte -en su considerando 17°- también lo desestimó, porque con lo dicho en el recurso:

“deja de manifiesto que su pretendido quebrantamiento sólo podría considerarse como necesaria derivación del que se acaba de estudiar”⁴¹

c. Materias propias de Leyes Orgánicas Constitucionales y recurso de Inaplicabilidad. ¿Incompetencia de la Corte Suprema? Mientras se discutía ante la Corte de Apelaciones de Santiago, un recurso de protección de varios funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores en contra del Secretario de Estado de la cartera, por haber éste declarado vacantes sus cargos al no haber ellos presentado la oportuna renuncia que se les solicitó, se presentó un recurso de inaplicabilidad en contra de la Ley N° 18.580 que se les había aplicado (además del Decreto-Ley N° 3.551). Estimaron los recurrentes que este texto era nulo, por abordar materias propias de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases de la Administración del Estado, ya que cuando se dictó (el 2 de diciembre de 1986) ya estaba vigente la actual Constitución Política. En el traslado al Consejo de Defensa del Estado, en representación del Ministro de Estado recurrido, se solicitó en primer término que se declarara la inadmisibilidad del recurso de inaplicabilidad por no tratarse de

⁴¹ *Gaceta* N° 65, pág. 88.

un problema de inconstitucionalidad sino de supervivencia de leyes, materia que le corresponde conocer a los jueces de la instancia. La Corte Suprema, en lo que nos interesa, señaló que el recurso impugnado de inconstitucional a la Ley N° 18.850 -artículo 18-,

“17°) ...por atentar contra el artículo 38 inciso 1° de la Constitución Política en cuanto éste exige que para legislar sobre las materias antes descritas relacionadas fundamentalmente con la carrera funcionaria debe dictarse una ley orgánica constitucional y no una ley común como es la impugnada, la cual además sería nula por no haberse sometido a las exigencias de las leyes orgánicas constitucionales, entre ellas, el control del Tribunal Constitucional”,

y después de hacer este análisis, señala, por unanimidad, que rechaza el recurso propuesto, ya que:

“se ha resuelto reiteradamente que sobre esta materia el Tribunal Supremo carece de competencia” por no corresponderle pronunciarse en el caso “de un defecto de forma en la tramitación o dictación de una ley, en que se persigue la declaración de la nulidad de la ley”⁴² (Cons. 19° parte final, 15 de junio de 1988)

Sólo unos años antes, y con ocasión de la presentación realizada por el abogado Fernando Zegers Ramírez en representación de don Jorge Palma Donoso y otros (un total de siete personas), en orden a denunciar la inconstitucionalidad del Decreto-Ley N° 3.655⁴³, en el proceso que

⁴² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1988, Tomo LXXXV, 2° Parte, Sección Quinta, pág. 97.

⁴³ Este DL (que sustituyó a su vez al Decreto-Ley N° 3.627 del año 1981), estatuyó lo siguiente: **“Artículo único:** En los casos de delitos de cualquier naturaleza, en que como acción principal o conexa, hubiere resultado de muerte o de lesiones a que se refieren los artículos 395 y 396 en su inciso primero del Código Penal, para las personas comprendidas en los números 1o. y 2o. del artículo 361 del Código de Procedimiento Civil o funcionarios de las Fuerzas Armadas y de Orden, y que por las características o circunstancias de su perpetración no pudiere menos que presumirse se cometieron en contra de dichas personas, por su calidad de tal, conocerán de los señalados delitos los Tribunales Militares de Tiempo de Guerra a que se refiere el Título III del Libro I del Código de Justicia Militar, con las modificaciones que se contemplan en el presente decreto ley. Producido el hecho indicado en el inciso anterior, el Comandante en Jefe de la respectiva División o autoridades indicadas en el artículo 16 del Código de Justicia Militar, ordenarán instruir el proceso correspondiente y la formación de los Consejos de Guerra, en su caso, y tendrán la jurisdicción en el territorio que respectivamente les corresponda, con las atribuciones que el cuerpo legal antes mencionado otorga al General en Jefe, en cuanto al juzgamiento de dichos hechos. Se aplicará el procedimiento establecido en el Título IV del Libro II del Código de Justicia Militar y la penalidad especialmente prevista para Tiempo de Guerra.

se les seguía por Tribunal Militar de Tiempo de Guerra, con motivo del homicidio del Intendente de Santiago Mayor General Carol Urzúa Ibáñez, tuvo la Corte Suprema, con fecha 28 de marzo de 1984, la oportunidad de dirimir si se estaba o no en presencia de la naturaleza simplemente legal de un decreto-ley que modificaba el juzgamiento en los procesos cuando existieran las circunstancias que contemplaba.

Se pidió la declaración de inaplicabilidad, tanto en el proceso de Tiempo de Guerra (bajo el Rol 1-83 de la Comandancia de la Segunda División de Ejército), como del recurso de protección interpuesto a favor de los nombrados inculcados, y que se ventilaba ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Se denunciaba al citado DL, tanto por *inconstitucionalidad de forma* (por haber violado los artículos 13, 14, 18 y 19 transitorios y artículos 25 y final de la Constitución Política y los artículos 74 y 5° transitorio de la Carta Fundamental); como por *inconstitucionalidad de fondo* (por ser contrario al artículo 39 y 41 N° 7 de la Constitución). Sostuvo el recurrente que el DL en cuestión entró en vigor el 17 de marzo de 1981, o sea, seis días después de haber comenzado a regir la Constitución -11 de marzo del mismo año-, en circunstancias que, de acuerdo con las disposiciones citadas, debió haberse dictado una *ley* y en ningún caso un *decreto-ley*. Al haberse dictado este último con posterioridad a la vigencia de la actual Carta Política, se alteró la institucionalidad en ella establecida y la normalidad entonces anunciada. Asimismo, advirtió que en el Decreto-Ley N° 3.655, falta la firma del integrante de la Junta de Gobierno a que se refiere el inciso final de la Disposición 14a. Transitoria, habiéndose infringido también por esa omisión este precepto⁴⁴. Continuó argumentando, que el DL impugnado contravino además el artículo 74 y la Disposición 5a. Transitoria de la Carta Fundamental, donde el primero establece que será una *ley orgánica constitucional* la que determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en el territorio de la República, y que dicha ley orgánica además, sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema de Justicia; y que la Disposición 5a. Transitoria de la Constitución establece que “se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales

No cesará la competencia de los Tribunales Militares de tiempo de paz, para el conocimiento del resto de la jurisdicción militar que les corresponda”.

44 Efectivamente, en el decreto-ley atacado por el recurso de inaplicabilidad, falta la firma del representante del Ejército; por su fecha, le correspondía integrar la Junta de Gobierno al Teniente General don César Raúl Benavides.

o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”.

Siguió el recurrente señalando que tanto el Código Orgánico de Tribunales (COT), como el Código de Justicia Militar (CJM) en lo pertinente, son leyes con tal rango y, en consecuencia, sólo pueden ser modificadas oyendo previamente -como ya se había dicho- al máximo tribunal de justicia del país. Por tanto el DL tachado de inconstitucional ha introducido modificaciones sustanciales a una ley orgánica constitucional, al establecer un tribunal que altera por completo el sistema del CJM, puesto que crea tribunales de tiempo de guerra sin que existan los presupuestos de hecho y de derecho para ello, vale decir, sin que se haya declarado ni producido guerra interna o externa; a mayor abundamiento, tal alteración a una ley orgánica se ha efectuado sin haberse oído previamente a la Corte Suprema.

En cuanto a la inconstitucionalidad de fondo, se expresó en el recurso de inaplicabilidad, que el cuestionado DL se oponía al artículo 39 de la Carta Fundamental⁴⁵. Como bien sabemos este precepto constitucional regula los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas. Y dichas garantías sólo pueden ser afectados en las siguientes situaciones, las que se denominan de Excepción Constitucional: *Guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública*. Manifestó por tanto que, en el ámbito de la institucionalidad imperante, tratándose sólo de una situación de emergencia o de “*peligro de la perturbación de la paz interior*”, no puede admitirse que se restrinjan los mismos derechos, o en similar magnitud, que en una situación de guerra, de lo contrario no tendría sentido jurídico, que el constituyente haya realizado tales distinciones. En cuanto al artículo 47 N° 7 de la misma Carta, éste establece que “*las medidas que se adopten durante los estados de excepción, que no tengan una duración determinada, no podrán prolongarse más allá de la vigencia de dicho estado y sólo se aplicarán en cuanto sean realmente necesarias*”. Sostuvo en consonancia con lo anterior, que cualquier restricción a derechos y garantías individuales, derivada de la instauración de una jurisdicción, de un procedimiento y de una penalidad de tiempo de guerra, sólo podrán operar y tener validez, tratándose sólo de situaciones de guerra externa o interna, no de otros estados de excepción.

45 Para el profesor de la Universidad de Chile don Gustavo Fiamma Olivares, lo que ocurre en el presente caso es lo siguiente: “*Debe hacerse presente que respecto de las leyes ordinarias que abordan materias reservadas al legislador orgánico constitucional se producen ambos tipos de inconstitucionalidad: de forma y de fondo. De forma, en cuanto para ser leyes orgánicas constitucionales requerirían una mayoría especial para su aprobación, requisito que actualmente no opera, y examen previo de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional; y de fondo, en cuanto estarían abordando materias reservadas a otro legislador*”. FIAMMA OLIVARES, Gustavo, Nota 5 del estudio ya citado. En *Gaceta* N° 94 (1988), págs. 3 a 14.

A continuación, expresó el recurso que los artículos 71, 72 y 73 del CJM, complementados por el artículo 418 del mismo Estatuto ⁴⁶, tratan la situación cuando hay jurisdicción militar en tiempo de guerra, a lo que corresponde a dicha jurisdicción y a lo que ocurre cuando se nombra General en Jefe de un Ejército que debe operar contra el enemigo extranjero o contra fuerzas rebeldes organizadas ⁴⁷. Por ello el Decreto-Ley N° 3.655 constituye una abierta violación de la Carta Magna, pues de acuerdo a las primeras disposiciones citadas, los presupuestos obvios que autorizan la suspensión de determinados derechos y garantías constitucionales no existen, pues no hay guerra, ni interna ni externa, ni de hecho ni oficialmente declarada. Finaliza diciendo que la *guerra* y el *estado de guerra* son nociones de derecho estricto y no pueden ser una ficción, ni pueden considerarse como existentes por analogía o utilizando cualquier otro medio.

Pasaron los antecedentes a la Fiscalía de la Corte Suprema, quien anotó en su Informe consideraciones que tenían que ver por cierto con la nueva institucionalidad del país, cuya entrada en vigencia se estrenaba con la entrada también en vigor de una nueva Carta Política. El Fiscal dijo:

“es cierto que el Decreto Ley 3.655 tuvo su existencia un día antes de la vigencia de la Constitución Política del Estado, pero no ocurre lo mismo con el requisito de la publicación en el Diario Oficial, que de acuerdo con el inciso 2° del artículo 7° del Código Civil, es cuando surte todos los efectos legales y es obligatorio para todos los habitantes del país. No se podía, entonces, constitucionalmente dar curso a un Decreto Ley, cuya tramitación no alcanzó a cumplirse antes de que entrara en vigencia la Carta Fundamental, porque de la materia de que trata el tantas veces citado Decreto Ley 3.655 debía

46 **“Artículo 418:** Para los efectos de este Código, se entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existiere la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial”.

47 Con fecha 31 de mayo de 1946, la Corte Marcial de la Armada, conformada por los Ministros señores Ramón Fernández, Alberto Toro Arias y Salvador de la Piedra, confirmando el fallo del Juez Naval don Immanuel Holger, el que había sobreseído definitivamente por el delito de desertión simple *en tiempo de guerra* al marinero José Olivares Acuña, declarando que no era aplicable la *penalidad* establecida para los delitos cometidos en tiempo de guerra -aun cuando exista legalmente un estado de guerra-, si el Ejército y sus Tribunales han mantenido su organización de tiempo de paz. El fallo del Juzgado Naval dijo así: “3°) *Que, a pesar de existir en el país, en virtud del decreto (N° 303), la declaración de un estado de guerra con el Japón, no se ha nombrado General en Jefe del Ejército que deba operar contra el enemigo extranjero y, por lo tanto, la jurisdicción militar no ha sido ejercida por los Tribunales prescritos por la ley en tiempo de guerra, sino que ha sido ejercida por los Tribunales Militares para el tiempo de paz, cuya competencia no ha cesado*”. En *Gaceta* año 1945, 2° semestre, N° 81, pág. 393.

ser motivo de una ley, y de asignarle validez al Decreto Ley 3.655, podría vulnerarse la Constitución Política del Estado, publicando decretos leyes promulgados con anterioridad a la vigencia de ella, en circunstancias que debería, en estos casos, dictarse una ley”,

por lo que debe concluirse, según el señor Fiscal del Tribunal Supremo, don Gustavo Chamorro Garrido, que el aludido decreto-ley era inconstitucional, por lo que no constituiría una norma legal que tenga aplicación en algún juicio ⁴⁸.

Acto seguido, ya el Tribunal Pleno advirtió que el mencionado funcionario en su Informe había omitido pronunciarse sobre los méritos de la pretendida inconstitucionalidad de fondo, ante lo cual, pasó nuevamente los autos al Ministerio Público (Judicial), a fin de que se sirviera a extenderlo en la materia antedicha ⁴⁹.

La Corte se vio enfrentada a la disyuntiva de resolver sobre un decreto-ley que fue promulgado el 10 de marzo de 1981 -un día antes de la entrada en vigencia de la nueva Constitución-, pero que fue publicado en el Diario Oficial el 17 de marzo de 1981. Y se dividió en su fallo.

Por rechazar la inaplicabilidad planteada, básicamente invocaron el argumento sostenido en el idéntico recurso presentado por el abogado Hernán Quezada en representación de don Fernando Valenzuela Espinoza ⁵⁰

48 Aventurándonos, podemos considerar a raíz de este estudio, que esta es la primera vez -desde la vigencia de la Carta de 1980- que el máximo representante de la Fiscalía de la Corte Suprema, estima procedente la declaración de inaplicabilidad por *vicios de forma*, con el agregado de advertir que consideró al decreto-ley en cuestión -por las causas que explicitó- inconstitucional de una forma general.

49 Sobre este punto, el Fiscal estimó que la situación del Decreto-Ley N° 3.655, es de aquéllas que conciernen a los jueces del fondo, donde son ellos los que deben resolver si ese precepto se encuentra vigente o ha sido derogado a la fecha de juzgamiento del asunto que le ha sido entregado a su conocimiento. Por lo tanto, se pronuncia en el sentido de que debe rechazarse, en esa parte, el recurso de inaplicabilidad deducido.

50 Es interesante destacar que la defensa de don Fernando Valenzuela, procesado por el Fiscal Militar de Tiempo de Guerra don Juan Carlos Manns -como inculpado de haber participado en el delito de maltrato de obra a personal de las Fuerzas Armadas, causando la muerte del funcionario de la Central Nacional de Informaciones, Carlos Tapia Barraza-, había recurrido de inaplicabilidad en términos semejantes; y también había recurrido de protección ante el Tribunal de Alzada capitalino tanto en contra de la decisión del Comandante de la Segunda División del Ejército, en cuanto éste había ordenado *reabrir el proceso de tiempo de guerra*; como contra todas las diferentes actuaciones judiciales efectuadas al amparo de dicha resolución, porque a su entender no correspondía que se le procesase por un tribunal y por un procedimiento *de tiempo de guerra* (el que se abrió bajo el Rol 537-81).

La Corte de Apelaciones de Santiago, declaró que no le correspondía a la justicia ordinaria el conocimiento del asunto que se reclamaba, y rechazó por tanto tramitarlo. A su turno, una Sala de la Corte Suprema, con fecha 3 de noviembre de 1982, conociendo de la apelación a

-que el máximo tribunal desechó por la unanimidad de sus trece integrantes, por sentencia de 19 de octubre de 1982- también en contra del Decreto Ley 3.655, en términos semejantes a los aquí expuestos.

Recordando su fallo anterior que traen a colación en el punto que pasa a revisarse, los Ministros señores Israel Bórquez, Luis Maldonado, Octavio Ramírez, Víctor Rivas del Canto, Enrique Correa Labra, Emilio Ulloa, Marcos Aburto, Estanislao Zúñiga y Carlos Letelier dijeron:

“10°) ... el Decreto Ley 3.655 fue acordado y promulgado con fecha 10 de marzo de 1981, esto es, el día anterior aquél en que entró en vigencia la Constitución Política actual, vale decir; que, en aquella fecha, el 10 de marzo de 1981, adquirió plena y formal existencia de ley, en cuya generación se cumplieron las exigencias vigentes y siendo ello así, no ha podido plantearse el recurso aduciéndose una contradicción con la actual Carta Política que no estaba en vigor cuando se dictó dicho decreto ley; 11°) Que, no es posible, por consiguiente considerar y decidir el planteamiento del recurso prescindiendo de la eficacia y de la real naturaleza jurídica de la norma contenida en el artículo único del Decreto Ley N° 3.655, que por haber sido acordado y promulgado con sujeción a los preceptos constitucionales a su fecha vigentes, adquirió plena y formal existencia de ley antes de entrar a regir la Carta Fundamental de 1980, esto es, el 11 de marzo de 1981” ⁵¹ ⁵²

la inadmisibilidad, declaró que, según la Carta Fundamental, son las Corte de Apelaciones los únicos tribunales llamados a conocer y resolver estas acciones constitucionales, y, “*en consecuencia, la Corte de Apelaciones de Santiago, no ha podido abstenerse de someter a tramitación el recurso propuesto a fojas 1, por importar la resolución en alzada un claro desconocimiento de su exclusiva competencia sobre la materia...*”, por lo que le ordenó darle la tramitación correspondiente, ordenando que dicha Corte pidiera los informes de rigor. En definitiva, por razones de encontrarse hecha la presentación fuera del plazo (en ese entonces de 15 días, según el auto acordado que regía la materia), tanto en primera como en segunda instancia se rechazó la referida acción cautelar. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1983, Tomo LXXX, 2° Parte, Sección Quinta, pág. 1.

51 *Gaceta* N° 45, año 1984, pág. 74.

52 En artículo ya citado de don Carlos Precht Pizarro, y a pie de página, señala precisamente el caso de Jorge Palma Donoso y otros, como “*particularmente grave*”, porque el máximo tribunal de la República, para mantener la doctrina de la recordada supervivencia o derogación de una ley v/s inaplicabilidad, “*debió sostener que el decreto ley se encontraba vigente a la fecha de su promulgación [...] Siendo una ‘ley’ que versaba sobre materias de ley orgánica constitucional (entregar el caso a tribunales militares de tiempo de guerra) se aplicaba entonces el artículo quinto transitorio y no el artículo 74 de la Constitución*”. En PRECHT PIZARRO, Carlos, *Derecho material de control judicial en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile: derogación tácita e inaplicabilidad (1925-1987)*, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1987, Tomo LXXXIV, 1° Parte, Sección Derecho, pág. 98.

Mientras, por acoger el recurso de inaplicabilidad impetrado, se pronunciaron el Presidente del Tribunal don Rafael Retamal⁵³; y los Ministros señores José María Eyzaguirre⁵⁴, Osvaldo Erbetta y Abraham

53 El señor Presidente planteó -a excepción de los otros tres Ministros disidentes, quienes habían estimado que, aceptando un motivo de inaplicabilidad resultaba innecesario referirse a los demás invocados en el recurso-, que ni el artículo 80 de la Carta Política, que consagra el recurso, ni el Auto Acordado que reglamenta su tramitación -de 22 de marzo de 1932-, contienen exigencias sacramentales para deducirlo ni para fallarlo, y, por lo tanto, la Corte puede resolver todos los asuntos que estime comprendidos en él. Tuvo además en consideración para acogerlo, ahora en cuanto a la *inconstitucionalidad de fondo*, que el recurso -cuyas palabras cita-, exige implícitamente que se les aplique a los recurrentes el procedimiento de tiempo de paz, “cuando expresa que se producirá una injusticia irreparable si los inculpados Jorge Palma y otros son juzgados por un Consejo de Guerra, cuyas graves consecuencias en cuanto a la privación de derechos y garantías fundamentales es innecesario mencionar”. Para el Presidente, el procedimiento racional y justo, una de las garantías constitucionales cuando se es enjuiciado en un proceso legalmente seguido, cuando opera en tiempo de guerra, “no lo es en tiempo de paz, y por consiguiente al establecer el Legislador para ese tiempo aquel procedimiento restringe la garantía constitucional de ser encausado con un racional y justo procedimiento”.

54 Con fecha 21 de agosto de 1974, a la Corte Suprema le correspondió resolver la petición de don Sergio Roubillard, en un recurso de queja interpuesto simultáneamente en contra del Consejo de Guerra de Arica y el Jefe Militar del Departamento y Delegado del Comandante en Jefe de la VI División del Ejército, Coronel don Odlanier Mena Salinas, para obtener se dejara sin efecto la sentencia condenatoria expedida por aquel Consejo en su contra y la que dictó el Jefe Militar, dándole su aprobación. Por votación de cinco votos contra uno, una Sala del máximo órgano judicial, estimó: “1°) *Que en virtud de lo prescrito en los Decretos Leyes números 3 y 5 de 11 de septiembre de 1973, el país se encuentra en estado de guerra y rigen por consiguiente las normas que el Código de Justicia Militar establece para tal emergencia dando así origen a la formación y funcionamiento de los Tribunales Militares especiales que contempla el Título III del Libro I de dicho estatuto; 2°) **Que al producirse ese estado y con sujeción a esas normas del mencionado Código, cesa la competencia de los Tribunales Militares de tiempo de paz y comienza la de los Tribunales Militares de tiempo de guerra; lo que sucede actualmente en todo el territorio nacional...***”, por lo que dichos Consejos pueden por tanto operar, correspondiéndole al General en Jefe designado, o en quien éste delegue sus atribuciones, las facultades privativas para aprobar, revocar o modificar las sentencias de aquellos tribunales y para ejercer además sobre sus integrantes, la jurisdicción disciplinaria, según lo establece el artículo 74 del CJM. Por lo tanto a la Corte Suprema no le corresponde ni puede ejercer poder jurisdiccional respecto de la función de mando militar propia y exclusiva del General en Jefe, o de su delegado, por lo que resulta asimismo, que carece de poder disciplinario a su respecto. Votaron en ese sentido, rechazando el recurso de queja, los Ministros señores Enrique Urrutia, Israel Bórquez, Juan Pomés y Octavio Ramírez, además del Auditor General del Ejército subrogante don Francisco Saavedra, quienes declararon que el máximo tribunal, *carecía de jurisdicción y competencia* para pronunciarse sobre el recurso interpuesto. Empero, en voto disidente, el Ministro José María Eyzaguirre, estimó que el Tribunal entrara a conocer del fondo del recurso, estimando que la Corte sí tenía jurisdicción para ello. Su razonamiento consistió que el artículo 86 de la Constitución, otorga al Tribunal Supremo la superintendencia directiva, correccional y económicas de todos los tribunales de la Nación, y aunque el artículo 74 del CJM, establezca, en su inciso primero que: “Al General en Jefe de un ejército le corresponde el ejercicio pleno de la jurisdicción militar en las fuerza a su mando y en el territorio que con ellas ocupa, comprendida la jurisdicción disciplinaria”, el disidente fue tajante: “*tal precepto por ser simplemente legal, no puede prevalecer sobre el texto de la Carta Fundamental y en caso de contradicción entre uno y otro, esta Corte debe aplicar la Constitución que se refiere a todos*

Meersohn, quienes primeramente consideraron que el decreto-ley estudiado, al permitir la constitución e instalación de Tribunales Militares *de tiempo*

los Tribunales del país sin diferencia ni excepción alguna; Que así lo ha entendido siempre este Tribunal y en esa forma, ha entrado a conocer de recursos de queja en contra de la Comisión Central Mixta de Sueldos, de la Junta Clasificadora de Empleados y Obreros, del Tribunal de Comercio, y aún más, en contra del Ministro de Hacienda cuando éste ha ejercido atribuciones judiciales en materias aduaneras, por estimar que se trataba de Tribunales de la Nación, que, por lo mismo, se hallaban bajo su potestad disciplinaria”.

Y, por interés de nuestro trabajo, destacamos lo siguiente: el voto del Ministro señor Eyzaguirre, recuerda explícitamente la sentencia de 10 de agosto de 1933*, donde la Corte Suprema expuso que vulneraba la consabida norma constitucional del artículo 86, la disposición del Código del Trabajo que colocaba a los Tribunales de ese Ramo, bajo la superintendencia del Ministerio de Bienestar Social. (Rol N° 7.633-74. *Revista Fallos del Mes* N° 189, pág. 156).

* Sentencia unánime pronunciada por la Corte presidida por don Abraham Oyanedel. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1933, Tomo XXX, 2° Parte, Sección Primera, pág. 536.

Así también, y ésta vez por la unanimidad de sus miembros, la Primera Sala del máximo tribunal, integrada por los Ministros señores Eduardo Ortiz S. (presidente), Rafael Retamal, Luis Maldonado, Víctor M. Rivas, el Abogado Integrante Enrique Munita, además del Auditor General del Ejército don Osvaldo Salas Torres (con fecha 13 de noviembre de 1973, y siguiendo al Fiscal del Tribunal Urbano Marín), había declarado su falta de jurisdicción y competencia para emitir pronunciamiento sobre otro recurso de queja, también deducido contra un Consejo de Guerra. En *Revista Fallos del Mes* N° 180, pág. 222. También en VERDUGO MARINKOVIC, Mario, *Código de Justicia Militar, Ley de Seguridad del Estado y Ley de Control de Armas, Textos Anotados*, de Ediciones Encina Ltda. año 1975, págs. 100 a 101.

El Ministro señor Retamal modificó más tarde su parecer. Conociendo la misma Sala, esta vez el recurso de queja de don William Zuleta (el que fuera rechazado por cuatro votos a uno), estimó que si bien el DL 1769 en su artículo 70-A, confiere competencia limitada a la Corte Suprema para ejercer facultades disciplinarias sólo de la justicia militar de tiempo de paz, lo cierto es que **“sólo una disposición constitucional puede limitar el precepto del artículo 86 de la Constitución [...] Y que la resolución que esta misma Sala pronunció [...] el 13 de noviembre de 1973, declarando su incompetencia para ejercer la jurisdicción disciplinaria respecto de los Tribunales Militares de tiempo de guerra, no tiene aplicación en el caso de que ahora se trata porque el territorio en que acontecieron los hechos que se pesquisan no se hallaba en estado de guerra, existente, de facto, o legalmente declarada [...] sino que en estado de simple conmoción interna”**. Por el rechazo estuvieron los Ministros señores Eduardo Ortiz, Enrique Correa Labra y Marcos Aburto, más el Abogado Integrante Julio Fabres. 3 de octubre de 1977, *Revista Fallos del Mes* N° 227, pág. 302.

Se ha discutido doctrinariamente acerca del alcance del artículo 86 de la Constitución, y, entre otros, don Carlos Estévez, ha dicho que éste es absoluto, ya que **“la Superintendencia de la Corte Suprema se extiende constitucionalmente a todos los Tribunales de la República. La ley no puede sustraer a una determinada jurisdicción sin violar este precepto...”**. En ESTÉVEZ GAZMURI, Carlos, *Elementos de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, págs. 340 a 341. En sentido contrario, DUVAUCHELLE RODRÍGUEZ, Mario: **“Estos Tribunales se constituyen cuando se haya declarado el estado de Asamblea o de Sitio por causa de guerra interna y nombrado el Comandante en Jefe para operar contra el enemigo extranjero o contra fuerzas rebeldes o sediciosas organizadas militarmente. Estos Tribunales no están sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema”**, en artículo *La justicia naval penal chilena, una mirada a su evolución histórica*, *Revista de Marina* N° 3 año 1998 pág. 22. La misma opinión en ASTROSA HERRERA, Renato, *Código de Justicia Militar comentado: antecedentes, concordancias, jurisprudencia, referencia, leyes y reglamentos que lo complementan*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, Santiago, año 1985, págs. 126 y 127.

de guerra ⁵⁵ respecto de ciertos delitos cometidos en contra de algunas

55 En cuanto a la resolución de *contendias de competencia* entre los Consejos de Guerra y la Justicia Ordinaria, podemos decir, sólo a título ejemplar, que el 19 de abril de 1974, la Corte Suprema, al decidir la correspondiente contienda, disintió de la opinión de su Fiscal en orden a que no le correspondía siquiera entrar a dirimir la que se encontraba trabada entre el Tercer Juzgado del Crimen de Valparaíso y el Tribunal Naval en Tiempo de Guerra de la misma Zona (Rol N° 18.687, <<caso Silvia Lillo Robles>>), aunque la resolvió en favor del tribunal de la Armada. Así también, podemos destacar lo acontecido con fecha 8 de mayo del mismo año, en la contienda entre los dos tribunales en conflicto -Primer Juzgado de Menores de Santiago y Fiscalía de Aviación en Tiempo de Guerra- sobre a quién le correspondía conocer de los trámites relativos a la declaración de discernimiento de los menores J.G.C.G. y J.S.J.F., que figuraban como inculpados en la causa N° 1-73 de la aludida Fiscalía de Aviación.

En dividida decisión, una Sala de la Corte, por cuatro votos a dos, estimó que el tribunal competente para decidir acerca del discernimiento era este último, o, en su caso el Consejo de Guerra o la Comandancia en Jefe de la Fuerza Aérea. Votaron por ello, los Ministros señores Rafael Retamal (presidente), Luis Maldonado, Armando Silva Henríquez y el Auditor del Ejército don Osvaldo Salas Torres. Mientras que los magistrados Víctor Rivas y Osvaldo Erbetta, estuvieron por resolver que el conocimiento de los trámites destinados a establecer la capacidad de los menores correspondía al Juzgado de Menores respectivo, porque *“entre las disposiciones del Código de Justicia Militar no existe ninguna que en forma expresa y categórica entregue a los Tribunales Militares de tiempo de guerra la facultad de formular esta declaración relativa al discernimiento de los inculpados menores...”*. Cabe hacer presente que el Ministro Retamal y el Auditor Salas Torres, hicieron indicación previa -la que fue rechazada-, en el sentido de que la Corte Suprema carecía de jurisdicción para conocer siquiera de dicha contienda. Debido a la trascendencia que le cupo a la decisión de competencia, incluiremos en esta parte lo ocurrido en la resolución sobre el proceso por secuestro y desaparecimiento de Alfonso Chanfreau Oyarce, hecho ocurrido en 1974. El máximo tribunal debió resolver a qué tribunal le correspondía seguir con la instrucción del sumario respectivo: si la Ministro en Visita Extraordinaria de la Corte de Apelaciones de Santiago, señora Gloria Olivares Godoy o al Juez del Segundo Juzgado Militar, General Hernán Ramírez Rurange, que había pedido su *inhibitoria*, cuestión que la primera había rechazado. Elevándose los autos a la Corte Suprema, el Fiscal del Tribunal don René Pica, estimó que correspondía a la Justicia Ordinaria seguir con la indagatoria. Sin embargo, la Tercera Sala, bajo la presidencia del magistrado Hernán Cereceda, e integrada además por los Ministros señores Lionel Beraud y Germán Valenzuela Erazo y por el Auditor General del Ejército don Fernando Torres Silva, haciendo precisa alusión a que los hechos investigados se habrían cometido cuando el país se encontraba en estado de guerra, según los Decretos-Leyes N° 3 y 5 de 1973, estimó que le correspondía la indagatoria a tribunales del fuero militar. En voto disidente, los Ministros señores Oscar Carrasco Acuña y Mario Garrido Montt adujeron que, *“aun cuando se aceptase que en la especie concurren las circunstancias anteriormente señaladas, por haberse cometido el hecho en tiempo de guerra, el conocimiento del proceso le correspondería a un Tribunal Militar de esa naturaleza [...] situación actualmente imposible de concretar atendido que el estado de guerra ya no existe, y por ende, tampoco los mencionados tribunales, careciendo por tanto los de tiempo de paz de competencia para conocer de tales delitos y por ello, como ha ocurrido en este caso, necesariamente deben conocer de los mismos los tribunales del crimen de la Justicia Ordinaria; 4°) Que, por otra parte, en el caso anterior, esta Corte carecería de facultades para dirimir esta contienda, ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70 A N° 5 del Código de Justicia Militar, sólo puede conocer de las contiendas de competencia que se produzcan entre un Tribunal Militar en tiempo de paz y otro del fuero común”*. Nota del Autor: el resaltado es nuestro. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1992, Tomo LXXXIX, 2° Parte, Sección Cuarta, pág. 235.

Hacemos esta cita, ya que después de rechazada con idéntica votación la reposición que falló la contienda (en la que el Ministro señor Valenzuela Erazo declaró además que no resultaba

personas en determinadas circunstancias, señalando el procedimiento que debe seguirse y la penalidad a aplicarse, es un decreto-ley que se refiere a la *organización y atribuciones de tribunales especiales*, y, que de acuerdo al artículo 74 de la Constitución, se estatuye que será materia de ley orgánica constitucional la que determine la organización y atribuciones de los tribunales que fueran necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia; y que la ley orgánica relativa a la organización y atribuciones de los tribunales sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema. A su turno, sobre el Decreto-Ley 3.655, los disidentes señalaron en su considerando 4º, que éste

*“no estaba en vigor cuando se aprobó la actual Constitución ni cuando ella entró en vigencia, ya que fue publicado en el Diario Oficial con posterioridad a esa fecha, es decir, no tenía fuerza obligatoria cuando la tuvo la Constitución de 1980 y, por lo tanto, debe concluirse que a dicho decreto ley no puede dársele el alcance de una ley orgánica constitucional y como legisla sobre materias propias de dichas leyes, es contrario a la Constitución y no puede ser aplicado...”*⁵⁶,

ni en el proceso que ordenó instruir el Comandante en Jefe de la Segunda División, Mayor General señor Osvaldo Hernández Pedreros contra Jorge Palma y otros, ni tampoco en el recurso de protección entablado ante la Corte de Apelaciones de Santiago en favor del nombrado Palma y demás inculcados⁵⁷.

aceptable parte del argumento del voto minoritario en orden a que la Corte no tuviera facultades para dirimirla), diez HH. Diputados presentaron una Acusación Constitucional en contra de los cuatro magistrados de la mencionada Sala que privó de su competencia a la Ministra en Visita Gloria Olivares. El argumento era “*notable abandono de deberes*”. La Cámara aprobó el libelo acusatorio, suspendiendo de sus funciones a los referidos magistrados, mientras el H. Senado se pronunciase. Finalmente, la Cámara Alta aprobó la acusación, sólo respecto del presidente de la Sala, Hernán Cereceda, que quedó destituido de su cargo en el máximo tribunal.

Detalles de lo históricamente acontecido, que incluyó por parte del exonerado funcionario, un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso en contra de la decisión del Senado, pueden encontrarse en el detallado trabajo de CASTILLO GODOY, Luis, obra citada, Memoria de Prueba para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, págs. 159 y ss.

56Ibid., voto de minoría.

57 Finalmente, el caso pasó a manos del II Juzgado Militar de Santiago (Tribunal castrense de *tiempo de paz*), a cargo del General de Ejército don Samuel Rojas Pérez, quien condenó a la pena de muerte a los procesados Jorge Palma Donoso, Carlos Araneda Miranda y Hugo Marchant Moya, por los delitos de homicidio y pertenencia de grupo armado de combate; a los demás acusados se les impuso penas por considerárseles cómplices, y también bajo cargos de la Ley de Control de Armas. Todos fueron recurrentes de inaplicabilidad.

Conociendo en grado de apelación, la Corte Marcial, por cuatro votos a uno, confirmó lo

Sobre el precedente invocado en el fallo de mayoría sobre la sentencia anterior unánime de la Corte sobre la denegatoria de la inconstitucionalidad solicitada del mismo decreto-ley, en cuanto a la comparación entre la promulgación de este último y la de la Carta Política,

“... resulta que el Decreto Ley 3.655 fue promulgado el 10 de marzo de 1981 y la Constitución lo había sido el 21 de octubre de 1980; y que el decreto ley empezó a regir el 17 de marzo de 1981, fecha de su publicación en el Diario Oficial y la Constitución entró en vigor el 11 de marzo del mismo año, de los cual se infiere que el fallo mencionado como antecedente fue unánimemente erróneo porque desechó el recurso basándose en que la Constitución posterior habría derogado el decreto ley anterior y no se trataba, por lo tanto, de un problema de inaplicabilidad, sino de subsistencia o derogación del decreto ley por la Constitución, tesis, como se ha visto, claramente equivocada que los disidentes rectifican en este voto con mejor estudio del problema”^{58 59} (considerando 5º; el subrayado es nuestro)

Pero es en el ya famoso caso caratulado “Sociedad Minera Atocha con Compañía Minera Tamaya S.A.”, resuelto con fecha 31 de marzo de 1995, donde ésta última perseguía que la Corte Suprema declarara inaplicable, por adolecer de inconstitucionalidad, el inciso 3º del artículo 96 del Código de Minería, en juicio que se sustanciaba en el Primer Juzgado de Letras

obrado. En la mayoría, estuvieron los Ministros señores Luis Correa Buló, Joaquín Erlbaum (Ejército), Adolfo Celedón (FACH) y señora Ximena Márquez (Carabineros), pero no pudo aplicarse la pena de muerte, pues el Ministro don Enrique Paillás Peña (presidente), fue partidario de no imponerla a los sentenciados. Al no existir la unanimidad de votos requerida en la aplicación de la pena máxima, y, procediendo según el entonces vigente artículo 73 del Código Orgánico de Tribunales, se determinó condenar a la pena inmediatamente inferior, esto es, presidio perpetuo. El Ministerio Público Militar reaccionó interponiendo recurso de queja en contra del Ministro disidente, recurso que la Corte Suprema rechazó.

58Ibid., voto de minoría.

59 Para el profesor Gustavo Fiamma, en este caso, “la Corte no elude la resolución del asunto, en cuanto tenía **implicancias de forma**, basándose en la doctrina de la improcedencia del recurso por razones de forma (considerando 3º). Por el contrario, se pronuncia derechamente, aun cuando erróneamente, respecto de los requisitos formales exigibles al DL 3655 de 10-3-81, al que no le habría sido exigible la audiencia previa de la Corte Suprema, en conformidad a lo dispuesto por el artículo 74 de la Carta Fundamental”. Así -como nosotros-, destaca que ese error fue puesto de manifiesto en el voto de los Ministros señores Retamal, Eyzaguirre, Erbetta y Meersohn. Vid. FIAMMA OLIVARES, Gustavo, obra citada, *Gaceta* N° 94, año 1988, pág. 3 a 14.

de Ovalle, conocido como “*Superposiciones de Concesiones Mineras*”, donde se produce un hecho que es digno de ser relatado con la mayor cantidad de detalles ⁶⁰.

En este proceso, la primera había deducido demanda para que se declarara prescrita la acción de nulidad de pertenencia minera que favorecía a la segunda (y que afectaría por tanto a Minera Atocha). También se pidió que se declararan extinguidas las respectivas pertenencias de Tamaya.

Expresó la recurrente de inaplicabilidad, que el mentado artículo 96 inciso 3° del Estatuto Minero, se había establecido en ese cuerpo legal contrariando muy variados preceptos constitucionales (artículos 6°, 7°, 19 N° 24 incisos 1°, 2°, 3°, 7°, 8°, 9°; el N° 26; 60 N° 1; 63 inciso 2°; 82 N° 1 y 83 de la Carta Fundamental). Se alegaba básicamente que el legislador habría carecido de facultades para establecer mediante *ley común* causales de extinción de la concesión minera, distintas de las contempladas en la Ley Orgánica Constitucional N° 18.097, de 21 de enero de 1982 (artículo 18).

El denunciado artículo 96 inciso 3° del Código de Minería, señala que cuando se superponen dos pertenencias mineras, y el titular de la primera pertenencia no reclame en el plazo de cuatro años de constituida la segunda, la pertenencia primera se extingue (“*Cumplida la prescripción, la concesión queda saneada de todo vicio y además se entiende que la sentencia y su inscripción*”).

60 Es interesante mirar con detenimiento el estudio de doña Mariela Rubano, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile. A raíz del caso expuesto arriba, el que desarrolla con detenimiento, la articulista aprovecha en su estudio de analizar el caso de nuestro país y el de la hermana República del Uruguay sobre el mismo punto. En sus conclusiones, anota: “*Es necesario que algún órgano se pueda pronunciar a posteriori examinando la inconstitucionalidad no sólo de fondo, también de forma. La forma representa una garantía en el ejercicio de las potestades públicas, significa que se ejerza por los órganos que la Constitución establece y la actuación de dichos órganos se debe ajustar a la Constitución y a las leyes (artículos 6° y 7° de la Constitución Política). En un enfoque sistémico, teniendo en cuenta un criterio de interpretación armónica entre los ya citados artículos 6° y 7° de la Constitución. [...] Por tanto, en aplicación del principio de supremacía constitucional, los órganos del Estado deben actuar de acuerdo con la forma que determine la ley. es decir, con la forma que determine la Constitución, primeramente, algún órgano debe declarar ese vacío formal, que es sancionado con la nulidad. En mi opinión, es errónea la afirmación realizada por algunos autores de la existencia de -como señala Jorge Reinaldo Vanossi- ‘un verdadero conflicto de poderes, en que se enfrentan el órgano de control con el órgano legislativo o ejecutivo que es autor competente de la norma descalificada por aquél’*”, (en VANOSSO, Jorge, *Teoría Constitucional II. Supremacía y Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, 1976, pág. 134). “*Tal afirmación ha sido superada por la realidad fáctica, el principio de separación de poderes no significa una tajante separación de funciones jurídicas, por el contrario, los órganos deben actuar en forma coordinada, complementándose. [...] Es imprescindible hacer hincapié en el concepto de que, si no se cumplen las formas establecidas por la Constitución, esa ley es inconstitucional y así procede que se declare. La declaración de inconstitucionalidad por razón de forma no vulnera el principio general de derecho de la separación de poderes. La soberanía del Parlamento está limitada por la Constitución y las leyes*”. RUBANO LAPASTA, Mariela, ¿Procede la inconstitucionalidad de fondo y forma, o sólo la primera?, *Revista de Derecho*, Valdivia, Vol. VII, págs. 85 a 98.

*han producido siempre los efectos que, para cada una de éstas, señala el artículo 91. La sentencia que, en los casos de los números 6° y 7° del artículo anterior, declare la prescripción de la acción de nulidad a que dichos números se refieren, también declarará extinguida la pertenencia afectada por la superposición”*⁶¹).

El planteamiento de los recurrentes de inaplicabilidad estuvo centrado en demostrar que el establecimiento en el susodicho Código de la causal de extinción de concesión minera que se contiene en el inciso tercero de su artículo 96, adolecía no sólo de inconstitucionalidad de fondo (o sustantiva), sino también de carácter *formal*. En cuanto a la primera, se estaría afectando la esencia del dominio sobre la concesión minera y, al sanear la concesión superpuesta, produciría la privación de sus atributos y facultades esenciales, esto es, los de explotar con exclusividad el yacimiento minero y también -siguió el recurrente-, la objetada disposición viene a dar validez a una situación ilegítima, como lo es la superposición de pertenencias. Pero, en la parte que nos interesa en este capítulo de nuestro trabajo, para los impugnantes, la norma tachada ha violentado asimismo la norma contenida en el artículo 19 N° 24 inciso séptimo de la Constitución, en cuanto dispuso que una *ley orgánica constitucional* estableciera las causales de extinción del dominio sobre concesiones mineras, y no por una *ley común*; siendo por esta misma razón, también contraria a los artículos 6° y 7° de la Constitución, y de la misma manera, contraria a los artículos 60 N° 1 y 63 inciso 2° de la Carta Fundamental (por incidir en materias propias de ley orgánica, que exigen un quórum especial para su aprobación o modificación, esto es de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio), como en su momento lo declaró el Tribunal Constitucional⁶², de manera que tal

61 El mismo Código en su artículo 95, establece ocho causales taxativas de nulidad de una concesión minera, correspondiendo la 7°, a la siguiente: *“haberse constituido la pertenencia abarcando terreno ya comprendido por otra pertenencia”*.

62 Durante la tramitación del artículo 96 inciso 3°, se suscitó el problema en torno al rango de dicha normativa. Se consultó por la Cuarta Comisión Legislativa al Tribunal Constitucional a fin de que se expidiera al respecto. Se manifestó que era materia de ley orgánica constitucional y no de ley simple; sin embargo, se le tramitó como ley común. Por sentencia de 6 de septiembre de 1983, el referido Tribunal, a requerimiento de la Junta de Gobierno, órgano legislativo a la sazón, resolvió que el artículo 96 del proyecto de Nuevo Código de Minería, era de carácter orgánico constitucional. El secretario de la mencionada Magistratura certificó: *“La Excelentísima Junta de Gobierno no remitió en su oportunidad el proyecto sobre nuevo Código, que contenía los artículos enunciados en la resolución primera de esta sentencia, para que este Tribunal, en conformidad con lo dispuesto en el N° 1 del artículo 82 de la Constitución Política de la República, ejerciera el control de constitucionalidad a su respecto”*.

Quizá parte de la explicación a esta situación pueda encontrarse en el Informe en Derecho que suscribió el entonces Ministro de Minería don Samuel Lira Ovalle, informe que se adjuntó a los autos de este proceso. En la página 44 sobre el punto manifiesta: *“Por consideraciones de orden político en lo tocante a no introducir modificaciones a la Ley Orgánica sobre Concesiones Mineras que se encontraba a la sazón promulgada, para asegurar la firmeza y estabilidad de los derechos mineros y , además, porque el Ejecutivo no concordaba con la tesis sustentada en el fallo aludido, el artículo*

precepto debió quedar sujeto al control de su constitucionalidad preventivo y obligatorio por la referida Magistratura, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 N° 1 de la expresada Carta, lo que no ocurrió.

Para la recurrente, es el constituyente el que obliga al aludido examen del control preventivo y obligatorio. Y, contestando la recurrida esos argumentos sobre la *inconstitucionalidad de forma*, expuso que es la propia CPR, la que en una de sus disposiciones transitorias (artículo 2° inciso 2°), entregó al Código de Minería la facultad de regular el goce, carga y extinción de los derechos emanados de las concesiones mineras otorgadas con anterioridad a la vigencia de dicho Código, siendo precisamente la norma impugnada de inconstitucional la que recoge la facultad que le entregó el propio constituyente.

Vamos al fallo. La argumentación dada por la Corte Suprema al respecto es la siguiente: sobre la supuesta inconstitucionalidad de naturaleza estrictamente formal que afectaría a la formación misma de la ley,

“esta Corte reiteradamente ha sostenido la improcedencia de esta clase de objeciones dentro del recurso de inaplicabilidad” (considerando 9°),

porque de lo que se infiere del texto del artículo 80 de la Carta Magna, es que el recurso que se analiza

“es de carácter estrictamente jurídico y tiene por objeto la declaración de inaplicabilidad de una ley o determinado precepto legal, por ser contrario en lo sustantivo a la Constitución Política. En consecuencia, promulgada y publicada una ley, este Tribunal podrá ejercer a su respecto el control de su constitucionalidad sustantiva [...], pero no podría desconocerla como tal en función de que se han dejado de cumplir ciertas exigencias formales en su tramitación, por cuanto ello importaría ejercer una función revisora o de control, que la Constitución no le confiere, sino que expresamente entrega a otros Organismos que deben intervenir en su formación.

96 inciso 3° del Código de Minería se tramitó como ley común sin ser sometido al control de su constitucionalidad sustantiva”.

Cabe hacer presente para ser fiel a lo ocurrido, que la opinión del General don César Raúl Benavides (Miembro de la Junta de Gobierno en representación del Ejército), fue en el sentido de contar con la necesidad de dar carácter de orgánico constitucional al régimen de extinción. Así quedó plasmado en el Oficio 6583/205-206. Según los tres miembros restantes de ese órgano, la Disposición Transitoria Segunda se refería a las concesiones que se otorgasen en conformidad al Código de Minería de 1983 y exclusivamente al régimen de amparo -N° 3 letras c) y d)-. Nota del Autor: los resaltados son nuestros.

En efecto, la actual Carta Fundamental entrega el control preventivo de la constitucionalidad de forma de la ley al Tribunal Constitucional” (considerando 17°) ⁶³

Por tanto, en cuanto al vicio fundado en la causal de inaplicabilidad por vicios de forma, votaron por declararlo inadmisible los Ministros señores Servando Jordán, Enrique Zurita, Hernán Álvarez, Oscar Carrasco, Luis Correa Buló y Guillermo Navas⁶⁴. Empero, en cuanto a declarar procedente la presentación en este punto, ocurrió algo que por primera vez se daba en nuestro país: seis magistrados del más alto órgano judicial sostuvieron el argumento de que efectivamente la Corte Suprema sí era competente para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad por vicios de esa índole. En esa tesis estuvieron el Presidente del Tribunal don Marcos Aburto Ochoa, además de los Ministros señores Osvaldo Faúndez, Lionel Beraud, Efrén Araya, Adolfo Bañados y Marcos Libedinsky, lo que quería decir que estábamos en presencia de un empate a seis votos... Habida cuenta de todo el estudio emprendido en nuestro trabajo sobre este tema de relevancia para la justicia constitucional en Chile, no podemos resistir la tentación de catalogar lo ocurrido con el apelativo de “histórico”...

En su considerando 3°, y haciendo un recuento de lo que había significado para sus antecesores -y ahora para ellos- el enfrentarse a un tema jurídico histórico ineludible, y ahora además asumiendo el ingrediente nuevo introducido que se les presentaba, comenzaron estos magistrados:

“3°) Que la situación jurídica de los preceptos legales viciados de inconstitucionalidad de forma ha sido siempre un tema de difícil determinación y actualmente, bajo la vigilancia de la Constitución de 1980, ha cobrado especial relevancia a raíz de la implantación del especial sistema de normas legales que contempla con características propias: las leyes de quórum calificado, las leyes orgánicas constitucionales y la leyes interpretativas de la Constitución, cada una de ellas con procedimientos de formación distintos, lo que sumado al

⁶³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1995, Tomo XCII, 2° Parte, Sección Quinta, págs. 83 a 105.

⁶⁴ En sentido contrario al aquí manifestado, y después de realizar en su trabajo una interpretación principalmente orgánica, para el profesor de Derecho Constitucional don Paulino Varas Alfonso, lo que procede es 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 la formación de la ley, razón por la cual debe concluirse que el recurso de inaplicabilidad **por inconstitucionalidad de forma** [...] también queda comprendido dentro de la órbita de aplicación del artículo 80 de la Carta Fundamental”. VARAS ALFONSO, Paulino, obra cit., *Revista de Derecho Público* Universidad de Chile, N° 59, enero/junio año 1996, págs. 107 a 117.

cambio que ha introducido sobre las materias reservadas a las leyes al sustituir el sistema del dominio legal mínimo por el de dominio legal máximo y a la amplitud y poca precisión con que ha señalado las materias propias de las leyes orgánicas constitucionales, ha contribuido a la posibilidad real y existente de que se dicten leyes relativas a materias orgánicas constitucionales con el carácter de leyes comunes u ordinarias, omitiéndose de tal forma el control constitucional preventivo del Tribunal Constitucional establecido en la Carta Fundamental; 4°) Que aunque es efectivo que la posibilidad de que se dicten leyes inconstitucionales ha disminuido con el control preventivo que ejerce el Tribunal Constitucional obligatoriamente respecto de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, y eventualmente en aquellos proyectos que versen sobre materias propias de ley común cuando durante su tramitación se promuevan cuestiones de constitucionalidad y sólo para conocer de éstas, no es menos cierto que sin la existencia de un requerimiento formulado por el Presidente de la República, por cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, dicho Tribunal no puede pronunciarse ni ejercer el control constitucional de los proyectos de la leyes ordinarias referidas a los N°s. 2 y siguientes del artículo 60 de la Constitución, porque el artículo 82 de la misma, por su N° 1, sólo le otorga esta facultad de control respecto de las mencionadas leyes orgánicas constitucionales e interpretativas de ella, y porque, además, conforme a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 3° de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, éste puede ejercer su jurisdicción en las materias a que se ha venido haciendo referencia sólo a requerimiento de los órganos constitucionales interesados, y no de oficio. Así bien puede ocurrir que un proyecto que no necesita para su concreción como ley el control de constitucionalidad previo del Tribunal Constitucional, o que, necesítándolo, éste no se haya ejercido por no haberlo estimado del caso el órgano constitucional correspondiente y no haberlo remitido a dicho tribunal para el efecto o por no haber sido objeto de reparos por quienes podrían requerir, llegue a promulgarse y a publicarse como ley, no obstante contrariar la Constitución, sea en el proceso de su formación, sea en su contenido; 5°) Que, vigente una ley, de cualquiera naturaleza que sea, el Tribunal Constitucional

no tiene ya a su respecto atribución alguna y las que tuvo o pudo tener para velar por el irrestricto respecto y cumplimiento del principio de la supremacía constitucional en el proyecto respectivo que le sirvió de antecedente inmediato se trasladaron a la Corte Suprema a través del recurso de inaplicabilidad...⁶⁵ (los subrayados son nuestros).

A su turno, sin embargo, los Ministros señores Adolfo Bañados Cuadra y Marcos Libedinsky, previnieron que no aceptaban la mayoría de los fundamentos en cuanto se sostenía la inadmisibilidad del recurso de inaplicabilidad por motivos de inconstitucionalidad de forma de la ley, y fueron de la opinión que dicha inaplicabilidad también quedaba comprendida dentro de la órbita de aplicación del consabido artículo 80 de la Carta Fundamental. Recordando la reiterada jurisprudencia de la Corte, con antigua composición, en el sentido de que no le corresponde conocer de la inaplicabilidad de forma,

*“porque ello sería entrometerse en las facultades del Parlamento, esto es, han asignado un rígido alcance al principio de separación de los Poderes, pero ello ha sucedido con olvido de que, en la actual doctrina constitucional, como lo expresa un autor, ‘el esquema de la división de poderes está periclitado’ y superado por un sistema de contrapesos, de fuerzas en equilibrio, de Poderes que se controlan recíprocamente...”*⁶⁶

⁶⁵ Ibid., voto disidente del Presidente señor Aburto y de los Ministros señores Faúndez, Beraud y Araya, quienes además sostuvieron que el artículo 80 de la Constitución Política tiene una amplitud indiscutidamente ilimitada, lo que ya había sido reconocido por el máximo tribunal a partir de su fallo de 9 de junio de 1978, dictado en la causa Rol N° 12.913, <<Empresa Nacional de Electricidad, Inaplicabilidad Civil>>, esto es que una ley anterior que sea contraria a una Constitución posterior no es materia propia de un recurso de inaplicabilidad, sino de un asunto de derogación de leyes que corresponde estudiar a los jueces del fondo..., “hasta que en 1990 y desde la sentencia que dictó el 8 de junio de ese año en el ingreso Rol N° 14.444 ‘Campos Canales, Natividad y otros. Inaplicabilidad Civil’, modificó completamente su parecer sobre la materia y derechamente expresó -como lo ha seguido haciendo sin excepción alguna hasta el presente- que en el caso referido se trata de un problema de legitimidad constitucional que configura una inconstitucionalidad cuya declaración corresponde hacerla a la Corte Suprema a través de la decisión de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de fondo sobrevenida, fundando su categórico cambio de apreciación sobre la materia básicamente en el claro sentido del artículo 80 de la Constitución, que de manera nítida y rotunda expresa que podrá declararse la inaplicabilidad de cualquier precepto legal contrario a la Constitución, sin distinción alguna” (parte del considerando 9°).

También hace alusión directa al principio de inexcusabilidad que rige a los tribunales establecidos por la ley, donde una vez reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, ellos no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión.

⁶⁶ Estos magistrados citan al afamado autor italiano Francesco Carnelutti, quien, refiriéndose a la evolución de las relaciones entre poder legislativo y poder judicial, en orden al problema

A pesar de su clara posición, los mismos Ministros señores Bañados y Libedinsky si bien, como se ha dicho, estimaron admisible el presente recurso en cuanto se fundó en la pretendida inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 96 del Código de Minería derivado del hecho de que dicho precepto recayó sobre una materia -extinción de pertenencias mineras- que debió haber sido objeto de una ley orgánica constitucional, y, por lo tanto, sometido antes de su promulgación al control del Tribunal

de la validez de la ley, señala: “*el perjuicio de la soberanía del poder legislativo, al cual se ha hecho referencia, ha creado por un cierto tiempo, dificultades para comprender cómo el juez puede verificar si una ley goza de todos los requisitos de los cuales depende su eficacia; sin embargo, últimamente tales dificultades han sido superadas reconociendo que, cuando compruebe un vicio en la formación de la ley, de tal carácter que perjudique su eficacia, el juez no la debe aplicar*”. CARNELUTTI, Francesco, *Derecho Civil y Penal I. Derecho y Proceso*. Ediciones Jurídicas Europa-América, pág. 26. Y en el mismo orden de ideas, a la autora MARÍN PAGEO, Encarnación, *La cuestión de Inconstitucionalidad en el proceso civil*, Editorial Civitas S.A., pág. 75, la que sostiene que “*así como antes el Poder Judicial se limitaba a ser la boca que pronunciaba las palabras de la ley, ahora el Poder Judicial respeta, aplica y controla la ley*”.

También citan al catedrático español Jesús González Pérez, quien ha dicho, siempre sobre la inconstitucionalidad formal, que: “*cuando una norma constitucional exige unos trámites formales para que adquiera fuerza obligatoria de una ley, disposición o acto con fuerza de ley, está estableciendo, nada menos, que el cauce de una fuente del Derecho, la vía para que pueda nacer una norma jurídica. De aquí que la infracción de estos trámites puede hacerse valer en cualquiera de los procesos, procedimientos o controles que se prevén, precisamente, para verificar la inconstitucionalidad*”, agregando que “*una ley que haya nacido con omisión o infracción de alguno de los trámites previstos en la Constitución o en las normas dictadas dentro del marco constitucional es tan inconstitucional como las que contuvieron una regulación contraria a la Constitución*”. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Civitas S.A. Madrid, 1980, págs. 243 y 244.

Finalizando, en cuanto a la doctrina nacional, aprecian que existe una decidida orientación a estimar plenamente procedente el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de forma. Entre otros, mencionan a don Raúl Bertelsen Repetto, el cual criticó a la Corte Suprema, señalando que no le “*parece del todo convincente*” la argumentación desarrollada por ella en la inaplicabilidad -por nosotros estudiada-, presentada por la Sociedad Agrícola y Maderera Neltume, y que la llevó a concluir que no procedía tal recurso por vicios de forma.

Quien también acepta, y con amplias y fundadas argumentaciones esta inaplicabilidad, es VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio, *Proposiciones para la Reforma Judicial*, Centro de Estudios Públicos, pág. 162 y ss., quien fuera Ministro del Tribunal Constitucional y también ex Abogado Integrante de la Corte Suprema. También se cita al profesor de Derecho Constitucional don José Luis Cea Egaña quien, al tratar el tema que nos convoca, expresa: “*No es aventurado, sin embargo, pensar que volverá a plantearse el problema consistente en saber si dicha declaración versa sólo sobre aspectos de fondo o si ella, además, procede tratándose de asuntos de forma. Esta última situación ha quedado en su mayor parte resuelta con el control preventivo ejercido por el Tribunal Constitucional conforme a lo ya expuesto. Pero podría ocurrir que se deslice un precepto legal que no sea objeto de reparo por quienes pueden requerir el pronunciamiento pertinente, o bien, que el Tribunal Constitucional incurra en igual omisión. En tal caso y tratándose de un vicio de forma, mi opinión es que la Corte Suprema podría declararlo inaplicable, pues el artículo 80 no distingue y se trata de una hipótesis distinta a la prevista en el inciso final del artículo 83. A mayor abundamiento, la Corte no podría en tal caso excusarse de ejercer sus facultades, porque si así lo hiciera, vulneraría el principio consagrado en el artículo 73 inciso 2° de la Constitución*”. CEA EGAÑA, José Luis, *Tratado de la Constitución de 1980*. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 321.

Constitucional, trámite que no fue cumplido, concurrieron no obstante, a su rechazo, en mérito de lo manifestado en los restantes considerandos del fallo.

Como pudimos apreciar, el fallo fue de un empate a seis votos; empero dicho empate resultó superado, puesto que finalmente, los jueces previnientes -Bañados y Libedisnky- se unieron a los demás fundamentos del fallo, y por votación de ocho votos contra cuatro, resolvieron rechazar el recurso ⁶⁷.

Estudio sobre “Las Leyes Orgánicas Constitucionales y el Recurso de Inaplicabilidad”, de Hugo Caldera Delgado ^{68 69}

Al establecer la Carta Política de 1980 varios tipos de leyes, entre las que se cuentan las de quórum calificado y las orgánicas constitucionales, cabe plantearse algunas preguntas, especialmente respecto de las últimas nombradas, y en lo que atañe a la entrega de este trabajo, lo que dice relación, precisamente, con la viabilidad del recurso de inaplicabilidad. Cabe hacer presente que a continuación veremos la respuesta a la siguiente interrogante: ¿podría solicitarse a la Corte Suprema la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en relación con una ley que hubiere pasado sin objeciones el control del Tribunal Constitucional?, y no, como en el caso de las *Superposiciones Mineras*, donde dicho control ni siquiera se efectuó. Pasaremos a destacar los párrafos más relevantes de este artículo, teniendo confianza que él alude a los aspectos vistos en la jurisprudencia que acabamos de revisar. (Nota: los epígrafes y subrayados siguientes son nuestros).

⁶⁷ La Corte fue llamada a pronunciarse enseguida, mediante recurso de aclaración interpuesto en contra de la sentencia suya de 31 de marzo de 1995. Con fecha 24 de abril, lo resolvió: “*Vistos y teniendo presente: Que si bien es cierto que en la sentencia dictada en estos autos se produjo empate a seis votos en lo relativo a la **admisibilidad del recurso de inaplicabilidad en cuanto éste se basaba en causales de inconstitucionalidad formal**, tal igualdad de pareceres ha resultado irrelevante porque no es menos cierto que en lo concerniente a la decisión de rechazar dicho recurso, tanto en sus fundamentos formales como de fondo, existió **una mayoría de ocho votos contra cuatro**, según aparece claramente de la misma sentencia. Por otra parte, no corresponde a esta Corte Suprema pronunciarse sobre la situación en la que quedará la resolución del Tribunal Constitucional de seis de septiembre de mil novecientos ochenta y tres que se menciona en la letra b) de la petición de aclaración y agregación. Por estos fundamentos se declara sin lugar el recurso de aclaración de fs. 114 Rol N° 20.135”.*

⁶⁸ El autor es profesor de Derecho Administrativo. En *Gaceta* N° 39, año 1983, págs. 12 a 17.

⁶⁹ Asimismo, y siempre en el ámbito de las leyes orgánicas, sugerimos revisar el estudio del también profesor de dicha cátedra Manuel Daniel Argandoña, que se remite en lo principal a dilucidar el problema si una ley orgánica de esta especie puede delegar su competencia en una ley común u ordinaria. Se remite también a tratar otras materias, como la naturaleza de la función que se cumple mediante una ley orgánica; la diferenciación de competencia material entre ellas y la ley común; ausencia de prohibición y de autorización para delegar; prohibición de la delegación en materias de ley orgánica en decretos con fuerza de ley; y complementación de una ley orgánica por leyes comunes. DANIEL ARGANDOÑA, Manuel, *Las Leyes Orgánicas Constitucionales y la Indelegabilidad*, en *Gaceta* N° 39, págs. 5 a 11.

I.- Diferenciación.

“Se diferencian de las leyes ordinarias en dos aspectos: a) la materia sobre la que recaen; y b) las mayorías exigidas para su aprobación, modificación y derogación”;

II.- Naturaleza de las Leyes Orgánicas Constitucionales.

“Pertencen al género legislativo, son una exteriorización de la potestad legislativa. No son el resultado del ejercicio de una potestad jurídica distinta de la legislativa, como sería el ejercicio de la potestad constituyente o de la potestad reglamentaria o jurisdiccional, todas las cuales, en mayor o en menor grado, están contempladas dentro de la competencia del Congreso Nacional”;

III.- Control.

“Las leyes orgánicas constitucionales están sometidas a un trámite de control previo que sólo rige para ellas y para las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución. Ese control opera antes de su promulgación y es ejercido por el Tribunal Constitucional”.

En este punto el profesor Caldera anota que dicho control preventivo de los jueces constitucionales,

“no excluye la posibilidad de que [se] incurran en error[es] en el ejercicio de su función de contralor preventivo. Ante tales eventuales errores que pudieren acaecer, en caso de que el Tribunal Constitucional, no advirtiera un vicio o defecto de inconstitucionalidad, cabe hacerse la siguiente interrogante: ¿estaría excluida la eventual interposición del recurso de inaplicabilidad ante la Corte Suprema?”;

IV.- Análisis del problema planteado.

“Como títulos enunciativos, se señala el inciso final del artículo 5° de la Carta Política, que dice: ‘El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana’; el inciso 1° del artículo 6°, expresa: ‘Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella’; el inciso final del N° 2 de la artículo N° 19, manifiesta: ‘La Constitución asegura a todas las personas: 26.- La seguridad

de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o contemplen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio’.

“De esta enumeración de preceptos constitucionales se deduce que ellos son condicionantes del ejercicio de la potestad legislativa, comprendiendo de ésta a aquella que se expresa en la elaboración de leyes orgánicas constitucionales;

“Respecto de estas últimas, resulta difícil, aún cuando no imposible, que pudieran estar en desacuerdo con la Constitución. La improbabilidad señalada encuentra su base en que dichos tipos de leyes, antes de llegar a perfeccionarse, esto es, en el estado de proyectos, deben ser sometidos al control de juridicidad del Tribunal Constitucional; y no podrán ser promulgadas por el Presidente de la República antes de que el referido Tribunal haya podido pronunciarse acerca de su conformidad con la Carta Fundamental.

“Sin embargo, la circunstancia de haber pasado el proyecto por el aludido tamiz, sin provocar objeciones por parte del Tribunal, no es óbice para que, a pesar del examen realizado, eventualmente, pudieren pasar inadvertidas a dicho Tribunal una o más disposiciones legales inconciliable con la Constitución. Con toda la remota de que resulta esa posibilidad, el riesgo existirá siempre.

“Dicha posibilidad encuentra verosimilitud en las circunstancias bajo las cuales los jueces constitucionales están llamados a ejercer su control. Dicho examen es abstracto, en atención al hecho de que él recae sobre una norma abstracta y en relación con un marco referencial normativo que es también abstracto, es decir, deben confrontarse dos abstracciones entre sí. Lo anterior significa que los jueces constitucionales deben, necesariamente, actuar en la ausencia de un elemento o dato concreto, en la carencia de un hecho, cuya regularidad él está llamado a constatar confrontándolo con el contexto de la Carta Fundamental. Es decir, hay confrontación del proyecto en examen con todos y cada uno de los preceptos constitucionales, y todo ello en ausencia de las situaciones concretas que la vida

real produce, en un número y variedad de casos que sobrepasan de lejos a la más fértil e imaginativa de las mentes humanas, es donde se encuentra el principal riesgo que hace improbable la infalibilidad de las resoluciones o dictámenes del Tribunal Constitucional”.

V.- Argumentos y Solución.

“Entonces, ¿podría solicitarse a la Corte Suprema la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en relación con una ley que hubiere pasado sin objeciones el control del Tribunal Constitucional?”

“La respuesta es afirmativa. aparentemente ésta sería la solución correcta, en atención a que al caso en estudio no le es aplicable la norma constitucional contenida en el artículo N° 83 (artículo 83 inciso final. - ‘resuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio de que fuera materia de la sentencia’⁷⁰.) Si se llega a sostener que no se puede interponer el recurso de inaplicabilidad en el caso de las leyes orgánicas constitucionales, esa circunstancia significaría estructurar al interior de la Constitución, un sistema normativo ilógico e inconciliable en su contexto. Dado que el mantenimiento de una norma legal inconstitucional y su consiguiente inmunidad jurisdiccional resulta incompatible con los principios ya indicados y que la Carta Fundamental consagra en diversas disposiciones, todas las cuales miran a la existencia y al mantenimiento de un régimen jurídico armónico estructurado según el esquema del Estado de Derecho”.

Sabido es que existen situaciones -especialmente previstas en el texto de la Carta Política- donde

“el pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional en relación con un proyecto de ley orgánica constitucional impide la interposición del recurso de inaplicabilidad (artículo 83 inciso 1° e inciso final)”.

Esa situación ocurrirá, al decir del articulista, cuando dicho pronunciamiento de control previo haya sido

⁷⁰ Dicho artículo por supuesto tenía atinencia antes que la Reforma Constitucional por Ley N° 20.050, entregara el conocimiento del recurso de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional.

“favorable’ en relación con un precepto o artículo específico de la Constitución”;

VI.- Conclusión.

“En relación con el artículo 80 de la Carta Fundamental, hay que efectuar la siguiente distinción. Si el dictamen del Tribunal Constitucional dice relación con el proyecto de ley orgánica constitucional en su contexto y es, además, favorable, nada impediría, que posteriormente se impugnara la constitucionalidad de la ley en cuestión invocando un vicio que afectaría a un precepto concreto y determinado sobre el cual el Tribunal no se hubiera pronunciado específicamente”.

Termina expresando el autor, que siempre se podrá denunciar ante la Corte Suprema, mediante la interposición del recurso de inaplicabilidad, todo precepto de una ley orgánica constitucional, respecto del cual no hubiere existido pronunciamiento directo del Tribunal Constitucional.

6. Requisito de una Ley de Quórum Calificado

Hugo Marchant Moya, como ya tuvimos ocasión de apreciar, fue investigado (y luego condenado junto a otras personas, quienes adhirieron al recurso en los respectivos traslados) por el homicidio contra el Intendente de Santiago General Carol Urzúa, además de dos de sus escoltas. Mientras se desarrollaba el procedimiento penal ante el Segundo Juzgado Militar, presentó inaplicabilidad en contra de los incisos 2° y 3° del artículo 2° de la Ley N° 18.314 ⁷¹, de 17 de mayo de 1984, que *determina las conductas terroristas y fija su penalidad*.

Anticipando la posible condena que podría sufrir, atendido el hecho de que quien llevó el sumario, el Fiscal *Ad Hoc*, apoyándose en la mencionada norma legal que instituía la pena máxima, dicho Fiscal pidió la pena de muerte (cuestión que después por sentencia de primera instancia del Juez Militar efectivamente aconteció), su abogado don Alfonso Insunza, presentó la acción en contra de las citadas disposiciones para que no pudieran ser aplicadas. Adujo en sustento de su tesis, que las normas anotadas

⁷¹ Esta Ley fue dictada por la Junta de Gobierno, bajo el Gobierno de S.E. el Presidente de la República don Augusto Pinochet Ugarte, y refrendando los Ministros de Estado señores Sergio Onofre Jarpa (Interior) y Hugo Rosende (Justicia); ha sufrido diversas modificaciones en el tiempo.

eran contrarias al artículo 19 N° 1, inciso 3° de la Constitución Política, que prescribe que la pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado.

Enseguida transcribió el artículo 63 de la Carta Fundamental (actual 66 inciso 3°) ⁷², resaltando el vocablo “sólo” empleado por el inciso 3° del artículo 19 N° 1 del Cuerpo Constitucional, pues expresa que la única forma de establecer la referida pena de muerte es mediante la ley de quórum calificado, cuyo concepto dado por el inciso 2° del artículo 63 (66) es exclusivo y excluyente en cuanto a que el *quórum* debe ser de *senadores y diputados* en ejercicio, y no puede ser sustituido por la Junta de Gobierno a la que la Disposición Decimoctava Transitoria de la misma Constitución le ha entregado el ejercicio del poder legislativo.

El recurrente recordó, además, que la Ley N° 18.314 fue publicada en el Diario Oficial en el mes de mayo de 1984 y que de acuerdo además con el artículo 9 constitucional, una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. La pena de muerte se entiende, a partir de la entrada en vigor del Texto Fundamental de 1980, tan excepcional, que el constituyente estimó que ella debía contar con el consenso nacional y a eso apunta precisamente su exigencia de una ley de quórum calificado, la cual, por definición, no puede ser dictada por la Junta de Gobierno. El hecho de que no se encuentren en funciones las cámaras legislativas, y por tanto la mencionada Junta gobernante ejerza ese poder, no significa que ella esté investida, también, de la facultad de dictar leyes con el quórum antedicho.

Continuó agregando, que debía observarse que, de acuerdo con la Disposición Vigésimoprimera Transitoria de la Constitución ⁷³, hasta que entre en funciones el Senado y la Cámara de Diputados, no será aplicable el

⁷² “**Artículo 63 inciso 2°:** Las leyes de quórum calificado requerirán para su aprobación, modificación o derogación, de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio”.

⁷³ Efectivamente, el inciso 2° del artículo 63 no aparece entre las excepciones contempladas cuando esta disposición transitoria estatuyó que no serían aplicables los preceptos que menciona durante el período a que se refiere (según la Disposición Decimotercera transitoria, esto es 8 años), y hasta que entraran en funciones las asambleas legisladoras, lo que sucedió, como sabemos, el día 11 de marzo de 1990, tras las elecciones parlamentarias de 1989, el que correspondió al XLVIII Período Legislativo del Congreso Nacional.

“**Vigésima primera.** Durante el período a que se refiere la decimotercera disposición transitoria y hasta que entre en funciones el Senado y la Cámara de Diputados, no serán aplicables los siguientes preceptos de esta Constitución:

...b) El Capítulo V sobre el Congreso Nacional, con excepción de: el número 1° del artículo 50, los artículos 60, 61, los incisos terceros a quinto del artículo 62, y el artículo 64, los que tendrán plena vigencia. Las referencias que estos preceptos y el número 3° del artículo 32, el inciso segundo del número 6° del artículo 41, y los artículos 73 y 88 hacen al Congreso Nacional o a alguna de sus ramas, se entenderán hechas a la Junta de Gobierno.

Asimismo, la elección a que se refiere la letra d) del artículo 81, corresponderá hacerla a la Junta de Gobierno.....”

Capítulo V referente al Congreso Nacional, con las excepciones que allí se señalan, entre las cuales no se encuentra el artículo 63 inciso 2° de la misma Carta, relativo a las leyes de quórum calificado, las que no están previstas para regir mientras la Junta de Gobierno ejerza las funciones legisladoras.

Finalmente observa que las Disposiciones Primera a Quinta Transitorias, lo que hacen es establecer una verdadera *ficción*, pero supeditada exclusivamente a las leyes en vigor al momento de entrar a regir la Constitución de 1980; nada dice respecto de las leyes que no estaban en vigor en esa época, y que requieren ser aprobadas por una ley de quórum calificado, de donde se desprende que ellas deben cumplir cabalmente con las exigencias establecidas por el artículo 63, siendo inadmisibles una *segunda ficción*, cual sería que las leyes dictadas por la Junta de Gobierno sobre esas mismas materias también cumplen con el requisito de ser de este quórum especial, por lo que existiría un *vacío constitucional* ⁷⁴

74 Respecto del vacío constitucional denunciado en el escrito del abogado recurrente, podemos recordar lo acontecido el día 27 de diciembre de 1989, fecha en la cual se reunió extraordinariamente el Pleno de la Corte Suprema bajo la Presidencia de su titular don Luis Maldonado Boggiano y con la asistencia de los Ministros señores Rafael Retamal, Enrique Correa Labra, Emilio Ulloa, Marcos Aburto, Hernán Cereceda, Servando Jordán, Enrique Zurita, Osvaldo Faúndez, Roberto Dávila, Lionel Beraud, Arnaldo Toro, Efrén Araya, Marco Aurelio Perales M., Germán Valenzuela, Hernán Álvarez y Sergio Mery, para los efectos que señaló el artículo 45 de la CPR, en su inciso tercero letras b) y c), esto es, proceder a la elección de las personas que reuniendo en su caso los requisitos establecidos en la Carta Fundamental, pueden ser elegidas para integrar el Senado.

En esta audiencia, el Presidente del Tribunal señor Maldonado y el Ministro señor Perales Martínez, formularon *indicación previa* para que esta Corte no acordara, “*por ahora*”, dichas designaciones, para lo cual tuvieron en consideración que, a su juicio, la facultad para efectuarlas se establece en el inciso 3°, letras b) y c) del artículo 45 de la Constitución Política de la República y dichas normas no se encuentran actualmente en vigencia según lo dispuesto en las disposiciones 13a., 21a., y 29a. transitorias de la misma Carta Fundamental.

Para pensar así tuvieron en consideración que: “*la disposición 21a. transitoria prescribe que en el actual período que termina el 11 de Marzo de 1990, ‘no serán aplicables’ el Artículo 45 y demás normas del Capítulo V de la Constitución que no se exceptúan en forma expresa. En concordancia con lo anterior la disposición 29a. transitoria establece que ‘vencido’ el plazo de prórroga del actual mandato presidencial - hecho que acaecerá el 11 de Marzo próximo-, ‘tendrán plena vigencia todos los preceptos de la Constitución’. Y tanto es así, que la misma disposición 29a. transitoria, en su inciso 2°, y ‘para este efecto’, es decir, para que vencido el plazo aludido entren en vigencia todos los preceptos constitucionales, facultó expresamente para convocar a ‘elección de Presidente de la República y de Parlamentarios en conformidad a los preceptos permanentes de esta Constitución y de la Ley’, pero omitió facultar a esta Corte Suprema para efectuar las designaciones de las personas que ‘también’ integrarán el Senado. El claro tenor literal de las normas constitucionales mencionadas lleva necesariamente a concluir que el inciso 3° letras b) y c) del artículo 45 de la Carta Política no se encuentran en vigor a esta fecha, ‘puesto que tendrán plena vigencia’ transcurrido que sea el día 11 de Marzo de 1990, conforme a las normas de hermenéutica consignadas en los artículos 19 inciso 1° y 48 inciso 1° y 2° del Código Civil. Por lo tanto, esta Corte Suprema carece actualmente de la facultad para hacer las designaciones de que se trata”.*

Dicha indicación previa fue desestimada por el Tribunal, al ser rechazada por trece Ministros y sólo aceptada por sus autores y por los Ministros señores Retamal López y Correa Labra,

⁷⁵, respecto del cual no es admisible tampoco que pueda ser llenado en perjuicio del reo, más aún, si los artículos 9 y 19 de la Carta, al prescribir que las conductas que pretende sancionar, establecieron que ella no podrá ser establecida por cualquier ley, sino que mandó que esta fuera de quórum calificado; al hacerlo, el constituyente no hizo sino otorgar una verdadera garantía constitucional, que en definitiva representa una limitación al Poder Legislativo, por lo que la atacada Ley 18.314 no es en verdad una *ley especial* de las que se refieren los artículos constitucionales citados, pues no es en verdad una ley de quórum calificado.

El Fiscal General Militar don Rolando Melo Silva, al evacuar el traslado conferido, pidió rechazar el recurso. En resumen, sus argumentaciones fueron las siguientes: que la Constitución Política posee normas permanentes y transitorias, siendo ambas de rango constitucional, constituyéndose estas últimas en indispensables para la elaboración de proyectos constitucionales. Dijo también que la interpretación de que lo especial prima sobre lo general, es un criterio universalmente aceptado, y por tal motivo las normas transitorias por ser más esenciales y específicas priman sobre las de carácter

quienes además dieron un voto de minoría en este aspecto, por el cual resolvieron que se abstendrían de participar de la votación para elegir los 3 Senadores (2 ex Ministros de la Corte Suprema y un ex Contralor General de la República); y el Ministro don Servando Jordán previno, que no obstante a la omisión al respecto en que había incurrido el articulado transitorio de la Carta Política, era partidario de la designación “*en atención a los efectos que produciría en el ordenamiento social, en la paz que debe ser inherente al mismo y en la institucionalidad a que se refieren las disposiciones permanentes de la Constitución, una posición negativa al respecto. Esta Corte Suprema conforme a sus prerrogativas, no le es dable desentenderse de los aspectos que ya se han destacado porque ellos constituyen valores esenciales y superiores que se desprenden, precisamente, de sus prerrogativas en el orden jurisdiccional, y a las cuales debe entregar su permanente contribución*”.

Así las cosas, resultaron elegidos para integrar el Senado los exmagistrados Ricardo Martín Díaz y Carlos Letelier Bobadilla; y en el cupo de la Contraloría fue electa doña Olga Feliú Segovia.

⁷⁵ En la correspondiente sesión Consejo de Seguridad Nacional (COSENA) del día 19 de diciembre de 1989, fue convocado dicho organismo asesor con el objeto de efectuar las designaciones de los Senadores que le correspondían, de acuerdo con la letra d) del mentado artículo 45 de la Constitución.

En dicha sesión, el integrante de dicho Consejo don Luis Maldonado (como Presidente de la Corte Suprema) hizo la misma *indicación previa* recién pormenorizada también a pie de página, en orden a dejar constancia de su discrepante opinión, en cuanto consideró que el COSENA no tenía la facultad de efectuar las designaciones de que se trata, atendido lo que disponen las Disposiciones Transitorias 13a., 21a., y 29a.

Los demás integrantes del organismo, conformado por las siguientes autoridades: señores Augusto Pinochet Ugarte (como presidente del mismo en su calidad de Jefe de Estado); los Miembros de la Junta de Gobierno Almirante José Toribio Merino (Comandante en Jefe de la Armada), General del Aire Fernando Matthei (Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea), General Rodolfo Stange (Director General de Carabineros), y Teniente General Santiago Sinclair (por el Ejército); además de don Miguel Schweitzer Speisky (Presidente del Consejo de Estado), rechazaron tal indicación, por lo que se procedió a continuación a efectuar las correspondientes designaciones de Senadores.

Los extractos, en *Diario Oficial* N° 33.565, del día martes 9 de enero de 1990, págs. 4 a 6.

permanente, por lo que si se compara las normas establecidas en el N° 1° del artículo 19 con la Primera Disposición Transitoria ⁷⁶, es claro que esta última es la específica y por tanto prima sobre aquélla.

Sostuvo también el representante del Ministerio Público Militar, que el recordado artículo 63 de la Carta Magna no se encontraba vigente, y que al no estarlo -ya que se hallaban recesados los órganos llamados Cámara y Senado-, era imposible que se diera cumplimiento a la disposición que se refiere al quórum calificado. Finalizó expresando que, según la Decimotercera Disposición Transitoria, el Poder Legislativo es ejercido por la Junta de Gobierno (1981-1990), de tal forma que en este período no es el Parlamento el que ejerce dicho Poder, y por tanto no puede haber la exigencia del quórum especial a un organismo diferente, porque literalmente dichas leyes sólo podrán tener existencia, cuando el artículo 63 inciso 2° tenga vigencia, y, cuando existan senadores y diputados en condiciones de conformar una mayoría como la que exige este precepto; no existe por tanto el vacío constitucional denunciado en el recurso.

El señor Fiscal de la Corte fue del parecer que la acción fuera desechada.

El máximo tribunal, después de hacer un recuento de la denunciada Ley N° 18.314; del artículo 19 de la CPR; de los distintos tipos de leyes que la Constitución prevé (orgánicas constitucionales, interpretativas de preceptos constitucionales, de quórum calificado y ordinarias), recurre para fundamentar su sentencia, a la Disposición Decimotercera Transitoria de la Carta Política, cuando ésta se refiere al período presidencial (8 años) según el artículo 25 de la misma. A su turno, la Disposición Vigésimoprimera, también transitoria -como ya tuvimos ocasión de ver a pie de página-, estableció en su letra b), que durante el período a que se refiere la Decimotercera (1981-1989), y hasta que entre en funciones el Senado y la Cámara de Diputados (marzo de 1990), no serán aplicables, entre otros preceptos de la Constitución, el Capítulo V relativo al Congreso.

“5°) Que, en tal situación, de estarse a lo que establece la norma vigésimoprimera recién indicada, no habría sido posible la dictación de leyes durante el período a que se refiere la decimotercera disposición transitoria, esto es, durante los 8 años que durará el Presidente de la República en el ejercicio de su cargo, lo que fue remediado mediante otras disposiciones transitorias contenidas en la misma Carta Fundamental”

76 “*Primera*. Mientras se dictan las disposiciones que dan cumplimiento a lo prescrito en el inciso tercero del número 1° del artículo 19 de esta Constitución, continuarán rigiendo los preceptos legales actualmente en vigor”.

El remedio que considera la Corte para resolver adecuadamente el problema presentado viene de parte de la norma transitoria Decimoctava ⁷⁷:

“(6°) Por consiguiente durante esos 8 años, contados desde el 11 de marzo de 1981, la función legislativa que en la vigencia de las normas permanentes de la Constitución concierne al Senado y a la Cámara de Diputados y a dichos órganos les está encomendada la formación de las leyes y las demás atribuciones que la propia Constitución determina, entre las que se encuentran la de aprobar las de quórum calificado para las que se requiere, como se ha visto, la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, esta facultad, durante esos 8 años, contados desde el 11 de marzo de 1981, corresponde a la Junta de Gobierno, porque así lo establece el precepto decimoctavo transitorio citado” ⁷⁸ (Nota: destacados nuestros).

Por lo que, en voto unánime, con fecha 10 de noviembre de 1986, decide rechazar el recurso. Para el Tribunal la suspensión de la vigencia del citado artículo 63 resulta razonable durante este período signado, debido a la ausencia de los congresistas que dentro de la normalidad legislativa deben formar la mayoría absoluta que dicho precepto requiere.

7. Recurso de Inaplicabilidad respecto de texto legal que forme parte de Ley Orgánica Constitucional

Con fecha 28 de enero de 1992, se dictó sentencia respecto del recurso de inaplicabilidad interpuesto por la Compañía de Teléfonos de Chile en contra del artículo 43 del Decreto-Ley 3.063 de 1979 sobre Rentas Municipales, y que incidió en el recurso de protección por ella interpuesto

⁷⁷ “**Decimoctava.** Durante el período a que se refiere la disposición decimotercera transitoria (8 años) la Junta de Gobierno ejercerá, por la unanimidad de sus miembros, las siguientes atribuciones exclusivas:
...B.-Ejercer el Poder Legislativo...”

⁷⁸ Es de interés tener en cuenta otros antecedentes que apoyan, a juicio de la Corte, la decisión tomada: durante el período de las leyes orgánicas constitucionales (cuyo quórum es más elevado aún: 3/5), se han promulgado las correspondientes a los Estados de Excepción Constitucional, así como la del Tribunal Calificador de Elecciones y del Tribunal Constitucional. Y este último organismo ha ejercido el control de constitucionalidad que le corresponde “*sin haberlas objetado no obstante que fueron aprobadas por la Junta de Gobierno. Si ello ha sucedido respecto de las leyes orgánicas constitucionales, habiéndose aceptado la capacidad de la Junta de Gobierno para ejercer la atribución para intervenir en la aprobación de estas leyes pese a la falta del quórum que establecen las disposiciones permanentes de la Constitución, no se ve razón alguna para que no ocurra otro tanto con respecto de las leyes de quórum calificado durante el período de la institucionalidad transitoria*”. Redacción del Ministro don Emilio Ulloa Muñoz; destacado nuestro. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1986, Tomo LXXXIII, 2° parte, Sección 5ª, pág. 139.

ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, y que se dirigiera en contra de la Municipalidad de Villa Alemana, el que se encontraba en grado de apelación ante la Corte Suprema.

La Municipalidad recurrida, había fundado en ese D.L. (artículo 43) un millonario cobro a la Compañía (\$ 79.548.541) por concepto de ocupación de la vía pública con mantención de escombros y materiales de construcción, así como por remoción de pavimentos.

Al entender de la Compañía, el artículo 43 del D.L. no sólo era abusivo, sino que inconstitucional, ya que vulnera los artículos 6º, 7º, 19 números 2 inciso segundo; 20 inciso primero, segundo, tercero y cuarto; 21 inciso primero; 22 inciso primero; 24 incisos primero y segundo; así como también el artículo 60 números 2 y 14; y 62 inciso cuarto número 1, todos de la Carta Fundamental, dado que en síntesis, no señalaba límites máximos para la fijación del monto de los derechos por cobrar tratándose de concesiones o permisos.

El ente edilicio, sostuvo que, desde su punto de vista, ninguna de las disposiciones constitucionales invocadas por la contraparte resultaba vulneradas por el artículo 43 del DL 3.063. Pero en el parecer de la Municipalidad había otra situación que resolver: la facultad de fijar los derechos establecidos en el artículo 5º letra e) de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, no había merecido reparos de parte del Tribunal Constitucional en su oportunidad, con lo que quedaba libre de cualquiera impugnación de inconstitucionalidad el consabido artículo 43 del DL, el que no hace sino dar aplicación a aquel precepto.

Nos detendremos, por tanto, en este último punto.

Como nos recuerda don Fernando Saenger:

*“... el artículo 83 de nuestra Carta Magna, impide que la Corte Suprema pueda pronunciarse respecto de una materia, que ya fue objeto de pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Tal como lo dice el texto ‘resuelto por el Tribunal, que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia’. El problema, entonces, se ha planteado en aquellas ocasiones en que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado con relación en general a una Ley Orgánica, sin que exista un requerimiento sobre materias precisas”*⁷⁹

⁷⁹ SAENGER GIANONI, Fernando, *Veinte años de recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional N° 7, Año 2003, pág. 453.

La Fiscalía de la Corte, nuevamente había emitido informe en el sentido que el recurso debía declararse improcedente, desde que la norma que se supone inconstitucional era anterior a la vigencia de la actual Carta Política.

El Tribunal Pleno, por motivaciones que expuso, resolvió acoger la inaplicabilidad impetrada; pero al referirse a lo sostenido por la Municipalidad en cuanto el recurso sería asimismo improcedente en atención a que al Tribunal Constitucional (cuando hubo de pronunciarse sobre el proyecto pertinente), lo había aceptado, por lo que la Corte Suprema carecía ya de competencia para revisar su constitucionalidad (habida cuenta de lo que disponía el artículo 83 de la Carta Fundamental), y que no cabía otra posibilidad de proceder sino aceptando dar aplicación a un precepto ya aceptado por aquél, el voto de mayoría, decide sobre este relevante punto en el considerando 17°:

“a) porque de conformidad con los antecedentes producidos por el Tribunal Constitucional no ha emitido pronunciamiento alguno sobre el artículo atacado por el recurso, que no forma parte de la Ley Orgánica, sino de la Ley sobre Rentas Municipales”;

para, en las letras siguientes, disponer que,

“(b) ... en todo caso para que la Corte Suprema se hallara inhibida de conocer la inconstitucionalidad aquí planteada sería menester que el Tribunal Constitucional, como se desprende del artículo 83 inciso último de la Carta Fundamental, se hubiese ya pronunciado concreta y derechamente sobre la constitucionalidad del mencionado artículo 5° en relación, precisamente, con el vicio que sirve de fundamento a este recurso, lo que no ha acontecido; c) la tarea del Tribunal Constitucional es de índole esencialmente preventiva y se desarrolla mientras la ley está en gestación, de manera que, como es de suponer, aquel se encuentra en la imposibilidad de anticiparse a todas las cuestiones que con ocasión de las múltiples facetas de la realidad práctica, su redacción y consiguiente interpretación pueda producir frente a mandatos de carácter constitucional. De entenderse así habría que llegar a la conclusión de que todas las leyes orgánicas constitucionales serían inimpugnables frente al recurso de inaplicabilidad una vez despachadas por el Tribunal Constitucional, lo que vendría a menoscabar injustificadamente las atribuciones de esta Corte a la que el artículo 80 de la Constitución Política le entrega, sin restricción, la facultad de declarar inaplicable cualquier

precepto legal contrario a ésta de modo que relacionando tal artículo 80 con el artículo 83 de la Carta sólo queda inferir que queda excluido del ámbito del recurso de inaplicabilidad el caso concreto fallado por el Tribunal Constitucional en su labor preventiva y con relación a un vicio determinado”⁸⁰ (subrayado nuestro).

Se acordó dicha sentencia contra el voto del Ministro don Servando Jordán, quien fue de parecer de declarar improcedente el recurso de acuerdo con el artículo 83 inciso final de la Constitución Política, así como por lo sostenido por el señor Fiscal en su dictamen. Tuvo para ello las siguientes consideraciones:

“... el Tribunal Constitucional conociendo del proyecto de ley Orgánica Constitucional que se viene tratando, por sentencia de 29 de febrero de 1988, junto con declarar la inconstitucionalidad de determinados preceptos de esa ley, decidió el no antagonismo de otros, entre los cuales se encuentra el ya mencionado artículo 5° letra e); al respecto basta un somero examen de dicho fallo, para entender que debatió y analizó uno a uno los preceptos relativos al control de la constitucionalidad de la Ley Orgánica de que se trata, cuando razona en el sentido que al margen de ciertos artículos, los demás referentes a las atribuciones de los Alcaldes y Concejos Comunales, no son contrarios a la Constitución Política de la República; lo que se reafirma cuando en el examen puntual del artículo 5° y, por ende, de sus ocho apartados, sólo censura por inconstitucionalidad el relativo a la letra f) que estatuye la atribución de las municipalidades para imponer tributos, porque omite señalar el destino de que deben tener los mismos; esta precisión con respecto a un particular de los diversos de una norma determinada demuestra, a contrario, el análisis exhaustivo de esos otros particulares para arribar a su constitucionalidad”.

Para el disidente, es dable sostener que si el Tribunal Constitucional determinó que el artículo 5° letra e) -de la Orgánica de Municipalidades- no infringía la Ley Fundamental, porque se ajustaba a ella, y a *contrario*

⁸⁰ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIX 2ª parte, Sección 5ª, pág. 4.

sensu, no se halla viciado, a la Corte Suprema no le correspondía emitir pronunciamiento sobre su inaplicabilidad y, por ende, con respecto al artículo 43 del D.L. sobre Rentas Municipales, que fue su consecuencia ⁸¹.

8. Leyes Orgánicas Constitucionales no se equiparan a la Constitución Política

También en recurso de inaplicabilidad, interpuesto por la Corporación Benefactora y Educacional Dignidad, estas vez por presuntas infracciones de variadas disposiciones del Código Tributario y del Decreto con Fuerza de Ley N° 7 de 15 de octubre de 1980, por ser contrarios a la Carta Fundamental, y que se originaron en los autos sobre reclamación tributaria seguido con el Servicio de Impuestos Internos, y que se encontraban en grado de apelación ante la Corte de Apelaciones de Talca, hubo de pronunciarse nuestro máximo órgano judicial. Básicamente se denunciaba que dichas normas entraban en colisión con el artículo 38 inciso 1° de la Constitución. Dicha norma dispone que una Ley Orgánica Constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse y asegurará, tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella, como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes. En cumplimiento de ese mandato constitucional se dictó la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, la cual en el artículo 1° precisa los órganos que la integran y de él se deduce que el Servicio de Impuestos Internos es parte de aquéllos y por ello dicho organismo queda sometido en cuanto a su organización y funcionamiento, a las normas de la ley indicada.

La normativa que rige al Servicio de Impuestos Internos (Ley Orgánica y Código Tributario), prosiguió el recurrente, en cuanto habilita al Director Regional para desarrollar funciones judiciales, vulnera sistemática e íntegramente, en su letra y espíritu, a todas y cada una de las disposiciones de la Ley de Bases de Organización del Estado, y por ende, el mencionado artículo 38 de la CPR ⁸².

81 En cuanto al fondo del recurso, el Ministro Servando Jordán sostuvo que el artículo 43 asimismo, no se hallaba en pugna con los preceptos constitucionales que se presentaban como transgredidos. Además, dicho fallo, se acordó con el voto en contra de los Ministros señores Osvaldo Faúndez, Roberto Dávila y Efrén Araya, quienes, por razones dadas en fallos anteriores, fueron del parecer de negar lugar al presente recurso, en atención a que él es improcedente por cuanto versa sobre una materia propia de derogación de ley, lo que se encuentra dentro del ámbito de la competencia de los jueces del fondo.

82 En cuanto a este punto, el abogado recurrente anteriormente ya había manifestado serias

Recordemos que ya había sido cancelada la personalidad jurídica de la corporación recurrente.

En cuanto a este aspecto, contestando el traslado conferido, el Presidente del Consejo de Defensa del Estado, solicitó el total rechazo del recurso, haciendo directa alusión al Decreto Supremo N° 143, publicado en el Diario Oficial de 16 de febrero de 1991, por el cual se canceló la personalidad jurídica a la Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad, por lo que no le estaba permitido a dicha asociación celebrar reuniones al amparo de su antiguo estatuto, y en tal virtud sus actos eran nulos o inexistentes ⁸³.

El Tribunal Pleno, en sentencia fechada el 4 de septiembre de 1992, desechó tanto la tesis del Consejo de Defensa del Estado -así como la de la Fiscalía de la Corte-, básicamente porque aún en el evento de aceptarlas, en cuanto a que los actos realizados por los miembros de la Corporación fueran nulos, por haber sido realizados con posterioridad a la publicación del decreto de cancelación de personalidad jurídica -hecho que equivale a la muerte del organismo-, es lo cierto que en tal caso cobra aplicación el artículo 529 del COT que dispone: “*No termina por la muerte del mandante el mandato de los abogados*”.

interrogantes en cuanto a la posible colisión de la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos y del Código Tributario con la Constitución Política, ya sea contra su artículo 19 N° 2 (igualdad ante la ley); ya contra el artículo 5° inciso 2°, por ser contrarios al artículo 14 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado con fecha 26 de abril de 1989 (toda vez que el Servicio de Impuestos es parte demandante y juez al mismo tiempo -de primera o de única instancia-, lo que le resta toda independencia); ya sea contra de su artículo 73 (en cuanto al ejercicio de la función judicial); además de su artículo 74 (sobre organización y atribuciones de los tribunales, que es materia de ley orgánica constitucional). También se denunció la infracción del artículo 75 (sobre nombramiento de los jueces); y la del artículo 77 (que se refiere a la permanencia de los jueces en sus cargos, mientras dure su buen comportamiento).

Para el letrado, el Código Tributario, que establece los tribunales tributarios, es una simple ley ordinaria que, al pretender organizar la justicia tributaria, vulnera el antepenúltimo precepto constitucional recién citado. Todos los capítulos de inaplicabilidad fueron desestimados también por parecer unánime.

83 En cuanto a este aspecto, el señor Fiscal de la Corte Suprema don René Pica, solicitó que se declarara la *nulidad absoluta* de los actos realizados por la Corporación Dignidad para conferir poder judicial -en el presente caso, al abogado don Fidel Reyes-, y por lo tanto, de todo lo actuado por dicho profesional en estos autos, como asimismo en la causa en que incidía el presente recurso de inaplicabilidad; y en subsidio, la Fiscalía estimó que procedía declarar la inadmisibilidad de este, por cuanto los preceptos cuya inconstitucionalidad se reclamó, se impugnan por ser contrarios a la ley orgánica básica de la Administración Pública, como lo es la Ley 18.575, y no de las normas contenidas en la Constitución Política, lo que es contrario al tenor del artículo 80 que da origen al recurso de inaplicabilidad. Para el Fiscal, la excepcionalidad y la especialidad de esta acción, conduce a exigir que exista contradicción entre el precepto legal denunciado y las normas constitucionales, y no que ella se produzca por interpósita ley, cualquiera que sea su rango.

En el considerando 9° de su voto unánime, la Corte -presidida por don Rafael Retamal, como Presidente subrogante-, y respecto de la posibilidad de atacar mediante vía inaplicabilidad preceptos que son de ley orgánica, señaló que ello no es posible, porque:

“... ateniéndose a la letra del precepto constitucional transcrito [...], debe necesariamente concluirse que, para que pueda deducirse el recurso de inaplicabilidad de las leyes es menester que el precepto legal que se pretende inaplicable sea contrario o vulnere la Constitución Política de la República. De este modo, el capítulo que se estudia debe ser desestimado en cuanto denuncia como vulnerados diversos preceptos de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases de la Administración del Estado y el artículo 38 inciso 1° de la Carta Fundamental, toda vez que las presuntas infracciones a la referida ley no autorizan para interponer un recurso como el que se estudia, por vulneraciones a sus normas, lo que sólo puede basarse, según queda dicho, en la infracción de un precepto de la Carta Magna y no de una ley orgánica constitucional, lo que no permite el citado artículo 80”⁸⁴

9. Procedencia de la pena de muerte y su constitucionalidad

El abogado don Manuel Merino Zuloaga, en representación del reo Alberto Topp Collins, condenado -junto a Jorge Sagredo- a la pena de muerte en proceso por homicidio y otros delitos -seguido ante el Cuarto Juzgado del Crimen de Viña del Mar en la Visita Extraordinaria del Ministro de la Corte de Apelaciones de Valparaíso don Julio Torres Allú-, interpuso recurso ante el Tribunal Supremo, a fin de que éste declarara la inaplicabilidad en el juicio mencionado, de los artículos 433 N° 1, 21, 59, 68 inciso 4°, 80 y 82 del Código Penal; y artículos 1° al 16 del Decreto Supremo N° 1439, de 18 de mayo de 1965, del Ministerio de Justicia, por ser todos contrarios a la Constitución Política.

En el recurso se sostuvo que el Acta Constitucional N° 3 derogó tácitamente la pena de muerte. La consideración primera de dicha Acta dice que, “*siendo los derechos del hombre anteriores al Estado y su vida en sociedad la razón de todo ordenamiento jurídico, la protección y garantía de esos derechos básicos del ser humano constituyen necesariamente el fundamento esencial de toda organización estatal*”.

⁸⁴ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIX 2ª parte, Sección 5ª, pág. 243.

En su escrito además agregó, que la susodicha Acta Constitucional en el artículo 1° N° 1 asegura “*el derecho a la vida y a la integridad de las personas, sin perjuicio de la procedencia de las penas establecidas por las leyes*”; pero el derecho a la vida no tiene su origen en el Estado ni éste tampoco puede negarlo, resultando contradictorio la aplicación de la pena de muerte. Es decir, a juicio del letrado, la declaración transcrita del principio del derecho a la vida importa la derogación de la pena capital.

Según la misma Acta, “*nadie puede invocar precepto constitucional alguno para vulnerar los derechos que esta Acta Constitucional reconoce*”, por lo que no procede hacer el llamado a preceptos que establezcan la pena de muerte para vulnerar el derecho a la vida.

La citada frase empleada en el Acta Constitucional “*sin perjuicio de la procedencia de las penas establecidas por las leyes*”, sólo significa que acepta la procedencia de penas establecidas en las leyes que de alguna manera indirecta atenten contra la vida y la integridad de las personas, pero no acepta las que vulneren directamente el derecho a la vida, como es el caso de la pena capital. Terminó pidiendo que se declaren inaplicables las normas denunciadas, en cuanto ellas autorizan la aplicación de la pena de muerte en el proceso en cuestión, y que, por consiguiente, no procede ejecutar a don Alberto Topp Collins, ordenada en este proceso⁸⁵.

Oída la Fiscalía de la Corte, fue del parecer de desechar lo solicitado.

Vistos todos estos antecedentes y alegaciones, el Tribunal Pleno de la Corte Suprema, partió por decir que las disposiciones del artículo N° 1° del artículo 19 de la Carta Fundamental⁸⁶, no manifiestan oposición con las del Código Penal tachadas en el escrito de inaplicabilidad, especialmente en cuanto al artículo 433 N° 1 de dicho Estatuto Punitivo, el que contempla

*“la pena de muerte como sanción delictual y los demás se refieren a ella como norma que debe aplicarse...”*⁸⁷

85 La pena máxima decretada en primera instancia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso; ante ello se interpusieron los recursos de casación en la forma y en el fondo, los que fueron desestimados por la Tercera Sala de la Corte Suprema -bajo la presidencia del Ministro don Osvaldo Erbetta Vaccaro-, con fecha 17 de enero de 1985. Por ello la importancia del recurso que se viene estudiando. El indulto presidencial solicitado fue rechazado, constituyendo así en la última ocasión en que se aplicara la pena de muerte en nuestro país.

86 **Artículo 19.-** La Constitución asegura a todas las personas:

1ª) El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer. La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado”.

87 La Corte señala que el artículo 21 -en la enumeración de las penas que pueden imponerse-, señala la de muerte; el artículo 59 contiene la misma pena en las escalas graduales que contempla; el artículo 68 inciso 4° contiene una regla de aplicación de las pena mediante la

Ahora frente a la discusión referente de que el Acta Constitucional N° 3 derogó la pena de muerte, la Corte responde:

*“5°) Que, si el recurso en estudio tiene por objeto declarar inaplicable a un caso determinado ‘todo precepto legal contrario a la Constitución’, es obvio que no podrá invocarse para solucionar un conflicto entre una **ley derogada** y un texto constitucional vigente. No puede existir conflicto entre lo inexistente y lo existente.*

Claramente el recurrente plantea un problema de interpretación de la ley destinado a resolver su vigencia o no vigencia, pero este problema interpretativo no puede traerse para sustentar un recurso de inaplicabilidad, que persigue otro fin [...]

(8°) Fácilmente se advierte que se busca como fundamento del recurso la contradicción que se dice existir entre el N° 1° y el N° 19 del artículo 19, situación que no es del caso decidir en este recurso que no tiene por objeto resolver contradicciones entre las disposiciones de la propia Constitución, sino que persigue declarar la inaplicabilidad de un precepto legal, por ser contrarios a la Carta Fundamental, por lo que este modo de pensar tampoco puede ser aceptado”⁸⁸ (Nota: los resaltados son nuestros).

Por lo que decide por unanimidad rechazar el recurso en representación del reo Alberto Topp Collins⁸⁹.

cual, en atención a la concurrencia de las circunstancias modificatorias de responsabilidad que concurren, libera al tribunal de la obligación de aplicar dicha pena máxima; y el artículo 82 señala la forma en que debe efectuarse el cumplimiento de la pena de muerte.

En cuanto al artículo 80 del Código Penal, también incluido en el recurso, la Corte responde: “(3°) que en nada se refiere a la pena de muerte”. Y en lo que respecta al Decreto Supremo 1439, del año 1965, del Ministerio de Justicia, expresa que -como sabemos- “el recurso constitucional se refiere a la inaplicabilidad de preceptos legales y no a la inaplicabilidad de preceptos reglamentarios”.

88 Redacción del Ministro don Enrique Correa Labra. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1984, Tomo LXXXI, 2ª parte, Sección 4ª, pág. 110.

89 Véase el estudio *Las limitaciones constitucionales al derecho a la vida*, donde aparte de referirse en lo atinente a la discusión ocurrida al interior de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, donde asegura que “no se aprecia dilema alguno en orden a la legitimidad en la imposición de este castigo”, también conceptualiza y clasifica las limitaciones que pueden operar dentro de la dogmática de los derechos fundamentales. Aborda por ello lo que denomina “limitaciones fácticas”, las que, a su juicio, son las que “genéticamente no son constitucionales, toda vez que no tienen su origen directa ni indirectamente en la Carta Fundamental. Son restricciones, por lo tanto, cuya existencia sólo se da en el mundo de los hechos, mas no en el Derecho. Por lo mismo, aun cuando deberían estar conforme a Derecho, no constituyen instituciones jurídicas reguladas ni amparadas

10. Inaplicabilidad de oficio

Debe recordarse también, que la Constitución de 1980 siguió otorgando la facultad de que la Corte Suprema declarara de oficio, es decir por propia iniciativa, la inaplicabilidad de un determinado precepto legal.

a. Artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales. Mediante la Ley N° 19.374^{90 91}, se buscó restringir el ámbito de aplicación a los recursos de queja a casos a que diere lugar. El inciso final del mentado artículo estatuyó lo siguiente:

*por el ordenamiento jurídico. Junto a los decretos leyes, a los gobiernos de facto y a las figuras civiles putativas, las limitaciones fácticas a los derechos fundamentales pertenecen a cierta categoría especial de realidades que, sin tener reconocimiento positivo, han terminado por ser toleradas, por diversos motivos, por la institucionalidad”, institucionalidad representada en especial por los tribunales de justicia. TÓRTORA ARAVENA, Hugo, *Las limitaciones constitucionales al derecho a la vida*, Nomos, Universidad de Viña del Mar, N° 3, año 2009, páginas 175 a 201.*

90 La fecha de su publicación en el Diario Oficial es de 18 de febrero de 1995, y se estableció con el propósito de evitar que el recurso de queja no tuviera conexión sino con casos donde efectivamente existiera un asunto disciplinario que resolver.

91 Puede estimarse que siempre ha sido controversial la naturaleza del ámbito que puede abarcar el recurso de queja. Podemos decir, sólo a modo de ejemplo, que, en fallo muy reciente, de 26 de marzo de 2014, la Sala Laboral de la Corte Suprema, en el Ingreso N°2840-2014, decidió, a propósito de ésta institución procesal -la que por unanimidad rechazó, y que se había interpuesto contra los Ministros de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas-, y con la redacción de la Ministra señora Gloria Chévesich Ruíz -además de la prevención de ésta-, donde se alude explícitamente a una sentencia anterior, que, bajo el rol 10.243-11, de 11 de enero de 2012, señaló que: “... se trata de una tema de interpretación que debe resolverse caso a caso; conviene recordar que esta Corte ha sostenido reiteradamente que el recurso de queja no ha sido instituido para corregir errores de esa índole y provocar, por este solo concepto, **una nueva revisión del asunto para llegar a un pronunciamiento de tercera instancia**. Así se ha dicho que ‘procede declarar sin lugar el recurso de queja entablado contra los ministros de la Corte, si cualesquiera que hayan podido ser sus errores o equivocaciones con motivo de dictarse la sentencia en que se funda, **no representan ni una falta a sus deberes funcionarios ni un abuso de facultades y, a lo más, un criterio errado sobre el negocio que les corresponde resolver**’”. (También así se resolvió en fallo de 21 de septiembre de 1951, publicado en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LVII, 2ª parte, Sección 3ª, pág. 123). La redacción de la Ministro señora Chévesich Ruíz, sigue en la misma sentencia recordándonos: “En fallos posteriores se ratificó esa doctrina, al señalarse que atendidas la naturaleza y finalidad del recurso extraordinario propuesto, lo que procede para acogerlo o desecharlo es, primordialmente, ‘averiguar y establecer si los jueces recurridos, al ejercer la función judicial y en cuya virtud dictaron la resolución que motiva la queja, incurrieron o no en falta o abuso que deba ser enmendado por la vía disciplinaria. En consecuencia, aunque pueda ser discutida y aún equivocada la tesis jurídica sustentada por el juez recurrido, **esa sola consideración no basta para que la Corte Suprema haga uso de sus facultades disciplinarias**’...” (También en fallo de 25 de marzo de 1960, en *Revista Fallos del Mes* N° 16, pág. 5; y de 29 de diciembre de 1964, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXI, Sección 3ª, pág. 66).

Un poco más atrás en el tiempo, nosotros recordamos el voto especial del Ministro de la Corte Suprema don Luis Agüero Pérez, con motivo de la sentencia dictada por dicho Tribunal en el recurso de queja deducido por don Joaquín Tocornal Fernández contra la Corte del Trabajo de Santiago (misma última *Revista*, Tomo XLVI, 2ª parte, Sección 3ª, pág. 34). En ella, el magistrado señor Agüero fue de la opinión de declarar improcedente el recurso, y entrando al fondo de la queja, estuvo también por desecharla. En cuanto a la improcedencia: “3°) ...

“En caso de que un tribunal superior de justicia, haciendo uso de sus facultades disciplinarias, invalide una resolución jurisdiccional, deberá aplicar la o las medidas disciplinarias que estime pertinentes. En tal caso, la sala dispondrá que se dé cuenta al tribunal pleno de los antecedentes para los efectos de aplicar las medidas disciplinarias que procedan, atendida la naturaleza de las faltas o abusos, la que no podrá ser inferior a amonestación privada”

Es decir, por el sólo hecho de acogerse un recurso de esta índole, la Sala debía enviar los autos al Tribunal Pleno, el que, a lo menos, debía aplicar la mencionada medida disciplinaria.

La Corte Suprema, conociendo de antecedentes administrativos relacionados con recursos de queja, originado contra la decisión de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, señores Carlos Cerda Fernández, Juan Guzmán Tapia y señora Gloria Olivares Godoy, quienes por parecer unánime habían decidido absolver de los cargos por infracción al

no es posible admitir que por la simple vía de la queja, que sólo se dirige al ejercicio de la jurisdicción disciplinaria, pueda el tribunal adquirir competencia necesaria para avocarse al conocimiento de una causa [...] y entrar a juzgarla con facultad suficiente para expedir una sentencia definitiva, o una interlocutoria que establezca derechos permanentes en favor de cualquiera de las partes”; y en cuanto al fondo: “un fallo como el acordado por la mayoría del tribunal, en uso únicamente de sus facultades disciplinarias, priva a aquel litigante de los derechos (que quedaron incorporados por la sentencia judicial que se pretende por esta vía invalidar)”.

Y como también rescata y nos advierte el profesor Eduardo Novoa: *“El Ministro Luis Agüero reparó la indebida intromisión de la Corte Suprema al modificar por la vía de la jurisdicción disciplinaria sentencias definitivas, redactando al respecto un extenso voto, de tan alto valor doctrinario que mereció ser publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia como tema de doctrina, en el tomo 46, primera parte, pág. 50”.* En esta última, la redacción de dicha Revista, en una nota a pie de página, recuerda asimismo que con anterioridad al juez señor Agüero, el también Ministro del Tribunal Supremo don Alfredo Rondanelli, siempre estuvo por la improcedencia del recurso de queja en casos como el que se trata (v. gr.: voto disidente que se inserta en el fallo de 2 de junio de 1933, reiterado posteriormente por él en todos los casos en que la Corte Suprema quiso modificar fallos de los Tribunales del Trabajo), objetando las atribuciones que se arroga el máximo tribunal.

Y volviendo una vez más con el profesor Eduardo Novoa, a propósito de otro supremo magistrado disidente: *“el Ministro Emilio Poblete mantuvo sostenidamente la tesis de que el recurso de queja no ha sido instituido para reformar el contenido de las sentencias, sino exclusivamente para reprimir y castigar disciplinariamente las faltas funcionarias cometidas por los jueces, motivo por el cual no puede ser utilizado para que la Corte Suprema, convertida en una tercera instancia que la ley no admite, modifique las sentencias; con mayor razón si éstas son de la judicatura del trabajo, para las cuales hay precepto expreso que prohíbe todo recurso en su contra. Así consta de la sentencia de 17 de agosto de 1960. Su posición solamente alcanzó éxito ocasional en el fallo de 21 de diciembre del mismo año”.* NOVOA MONREAL, Eduardo, *Justicia de clase*, Revista Mensaje, N° 187, Santiago, marzo-abril de 1970 (Nota: el subrayado y los resaltados son nuestros).

artículo 6° letra b) de la Ley de Seguridad Interior del Estado, que pesaban contra al ex Ministro de Estado don Francisco Javier Cuadra, acusado de delitos contra el orden público en sendos requerimientos efectuados tanto por la Cámara de Diputados como por el Senado, y que había sido condenado en primera instancia por el Ministro Sumariante de la misma Corte, don Rafael Huerta Bustos.

La Sala Penal de la Corte Suprema, bajo la presidencia del magistrado don Roberto Dávila, acogió el recurso, reponiendo la condena. Enseguida, bajo la nueva legislación que rigió los destinos del recurso de queja, envió los antecedentes al Tribunal Pleno para los fines a que hemos hecho referencia. Y es ahí donde encontramos la decisión que motiva a incluirla en este trabajo. Declaró el Pleno de la Corte, en estrecha votación de ocho votos contra siete, con fecha 26 de junio de 1996:

“Que la aplicación del citado inciso final del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales resulta, evidentemente, violatoria del artículo 79 de la Constitución Política de la República, por cuanto la expresada ley no puede disminuir las atribuciones privativas constitucionales privativas de esta Corte limitando o constrañendo su amplia facultad de imponer o no medidas disciplinarias en los supuestos de darse acogida a un recurso de queja. Que el artículo 80 de la Constitución Política permite a esta Corte, de oficio, en las materias de que conozca, declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución”

Enseguida la Corte no elude la circunstancia, de que se había resuelto por parte del Tribunal Constitucional en su examen previo de fecha 1° de febrero del año 1995, que la norma del artículo 545 del Código Orgánico, era constitucional; ello fue -como le expresó esa Magistratura Constitucional-, “en el entendido que se dejan a salvo las facultades que, por la vía de la superintendencia directiva, correccional y económica, le concede el artículo 79 de la Constitución Política a la Corte Suprema”

Para el máximo tribunal chileno, en el presente caso:

“puede advertirse, como ya se ha dicho, que el señalado artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales no deja a salvo y, por el contrario, disminuye y restringe facultades constitucionales propias de esta Corte. Que, por otra parte, de los antecedentes de que se ha dado cuenta no resulta mérito para imponer medidas disciplinarias a los Ministros de la

Corte de Apelaciones cuya resolución fue dejada sin efecto. En mérito de estas consideraciones se decide no aplicar sanciones a los Ministros recurridos por no haber mérito para ello”^{92 93}

92 Antecedentes administrativos PR 11.951. El profesor Guillermo Piedrabuena, comenta esta sentencia que declaró inconstitucional el inciso final del artículo 545 del COT, en PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *El recurso de queja y las sanciones a los jueces*, en *Revista Fallos del Mes*, separata, diciembre de 1996, estudio realizado antes de la Reforma Constitucional de la Ley N° 19.541, de 22 de diciembre de 1997.

93 El Tribunal Pleno de la Corte Suprema, hubo también de pronunciarse, con fecha 4 de septiembre de 1998, sobre los antecedentes que le remitió su Tercera Sala, la que había acogido recurso de queja interpuesto en contra del Director Nacional de Aduanas. El Pleno -que sigue la línea argumental del caso principal del año 1996 que se viene tratando- hace ver que la apreciación conjunta de lo que establecen los artículos 96 N° 4 y 98 N° 6 del COT, al disponer el primero que le corresponde a ella -en Pleno- ejercer las facultades administrativas, disciplinarias y económicas que las leyes le asignan; y al ordenar el segundo de estos preceptos, que las salas del máximo tribunal conocerán de los recursos de queja, pero que la aplicación de medidas disciplinarias será de la competencia del Tribunal Pleno, le lleva a arribar a las conclusiones que a continuación fluyen: “(1°) ... aparece de manera categórica e incuestionable que la aplicación de medidas disciplinarias es de competencia exclusiva del Pleno de la Corte Suprema, **el que, por ello, tiene la más amplia facultad de aplicarlas o no aplicarlas**, y, si decide hacerlo, de determinar la o las que estime procedentes, **facultad que la propia Constitución Política de la República otorga al máximo tribunal al conferirle a través de su artículo 79 la superintendencia correccional sobre todos los tribunales de la nación**”. Acto seguido, la Corte se dedica a analizar por otra parte el inciso final del artículo 545 del Código Orgánico, el que prescribe que en caso que un tribunal superior, haciendo uso de sus facultades disciplinarias, invalide una resolución jurisdiccional, deberá aplicar la o las medidas de aquélla índole que estime pertinentes, para lo cual la sala respectiva dispondrá que se dé cuenta al Tribunal Pleno a fin de concretarla, en atención a la naturaleza de las faltas o abusos, medida que no podrá ser inferior a amonestación privada. Para la Corte, queda asentado lo anterior, pues ello es fiel reflejo que **“de manera implícita pero clara e indudable [,] se resta la competencia a la Corte Suprema”** en esta materia, **“desde que si en uso de sus facultades correspondientes una de sus salas invalide una resolución jurisdiccional, esa actuación decide, porque conlleva o apareja obligatoriamente, la aplicación de una medida disciplinaria respecto de la cual al Pleno sólo le cabe la función consecencial y secundaria de precisarla o determinarla, sin discernir ni juzgar sobre la justicia y conveniencia de disponerla”** (Considerando 2°). Por ello es que la Corte aprecia que entre los dos preceptos primeramente indicados (arts. 96 N° 4 y 98 N° 6) hay incompatibilidad con el tercero de ellos (art. 545), incompatibilidad que se divisa por la **“desarmonía o incongruencia entre preceptos de un mismo cuerpo legal”**, por lo que se ve en la **“imperiosa necesidad de optar o inclinarse por la aplicación de aquél o aquéllos que mejor se avengan con el contexto de la ley que los contempla, el Código Orgánico de Tribunales, y con la disposición constitucional relativa a la materia...”**; por ello que estimó que el artículo 545 cercenaba su amplia competencia.

Luego de recordar que las medidas disciplinarias son de enorme trascendencia en la vida funcionaria, acarreando en ocasiones graves consecuencias, impidiendo hasta impedirles el ascenso a los jueces y demás funcionarios; y luego de preferir el empleo de los artículos 96 N° 4 y 98 N° 6 en la aplicación al caso concreto, ya que **“(4°)... con ello respeta el principio de la supremacía constitucional, que es fundamento esencial de todo nuestro ordenamiento jurídico, y mantiene el funcionamiento estructural que fluye del contexto del Código citado en cuanto a que las facultades disciplinarias o correctivas de la Corte Suprema corresponden al Tribunal Pleno”**.

Además, la Corte, en su fundamento 5° hace notar que de los antecedentes de que se ha dado cuenta, aparece que no resulta mérito para imponer medidas al funcionario recurrido. Votaron en ese sentido los Ministros señores Servando Jordán (que concurrió sólo a la decisión

b. Situación del artículo 116 del Código Tributario. Siguiendo siempre bajo la inaplicabilidad de oficio, a continuación podremos ver lo ocurrido, pero con un matiz: en el proceso caratulado “*Guillermo Verdugo P. y Cía., con SII*”, la Sala Constitucional de la Corte Suprema fue la que, por propia iniciativa, remitió los autos de que conocía, al Tribunal Pleno, con el objeto de que dicho órgano se pronunciara sobre la eventual declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario, que, como sabemos, es el que facultaba a los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos, para delegar en funcionarios de dicho servicio el conocimiento y fallo de las reclamaciones y denuncias que fueran de su competencia.

Luego de que le fueran enviados los autos respectivos, la Corte Suprema en Pleno como ya anotamos, y con fecha 20 de diciembre de 2002, concluyó que el aludido precepto se oponía a la Constitución Política. Por su importancia, y además por hacer un recuento histórico de lo ocurrido en materia de justicia constitucional en los últimos años, tanto en nuestro país como en la jurisprudencia de países extranjeros, es necesario destacar los considerandos de esta por qué no decirlo, histórica decisión; veremos asimismo cómo una

de mayoría en virtud del antedicho considerando 5º), Osvaldo Faúndez, Mario Garrido, Guillermo Navas, Marcos Libedinsky, Eleodoro Ortiz, José Benquis, Enrique Tapia, José Luis Pérez, Orlando Álvarez Hernández, Urbano Marín y Domingo Yurac.

Los jueces señores Libedinsky Tschorne, Ortiz Sepúlveda y Marín Vallejo, previnieron que concurrían al fallo de mayoría compartiendo el considerando 5º, además de las siguientes razones: “... IV) ***Que la aplicación del citado inciso final del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales resulta, evidentemente, violatoria del artículo 79 de la Constitución Política de la República, por cuanto la expresada ley no puede disminuir las atribuciones constitucionales privativas de esta Corte limitando o construyendo su amplia facultad de imponer o no medidas disciplinarias en los supuestos de darse acogida a un recurso de queja***”.

Los votos en contra vinieron de parte de los Ministros señores Roberto Dávila (Presidente), Hernán Álvarez García, Oscar Carrasco, Ricardo Gálvez, Jorge Rodríguez y Enrique Cury, quienes estuvieron por dar plena aplicación al inciso cuestionado por la mayoría. Estimaron los disidentes, que los términos de la ley son suficientemente categóricos y corresponden a la nueva estructura que se ha dado al recurso de queja, de manera que, a su juicio “*no resulta posible eludirlos desentendiéndose de la orden perentoria que contiene al emplear la imperativa forma verbal ‘deberá’, para liberar de la sanción pertinente a quienes incurrieron en una conducta que a la misma Corte Suprema a través de una de sus salas le mereció reproche [...] Optar por la opinión contraria, haciendo prevalecer la norma constitucional que confiere al Tribunal Supremo la superintendencia correccional, por sobre el texto legal expresado analizado, con el propósito de absolver a los funcionarios de los cargos indicados, importaría reconocer implícitamente que el Pleno tendría la facultad de revisar y reconsiderar lo obrado con anterioridad por una de sus salas y de declarar, con el mismo fin, que no hubo la falta ni el abuso donde ésta los estimó concurrentes, o que, de haberlos, no tuvieron, sin embargo, la gravedad que originariamente les asignó, dejando así su resolución sin la base esencial requerida para la necesaria fundamentación de su fallo...*”. Nota: los resaltados son nuestros. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCV, Segunda Parte, Sección 1ª, pág. 131.

vez más fue citado el caso de Natividad Campos, resuelto en junio de 1990. Los subrayados son nuestros, y recalcan en forma precisa los puntos de relevancia sobre los cuales ya nos hemos extendido:

“8º) Que la jurisprudencia emanada de los fallos pronunciados por esta Corte en los últimos años sobre la materia en comento admite la procedencia de la inaplicabilidad de preceptos legales anteriores a la Constitución vigente cuando ellos se encuentran en contradicción con otras disposiciones establecidas en la Norma Superior.

Así se ha dicho:

III.- Que, contrariamente a lo afirmado por el señor Fiscal, no comparte este tribunal la afirmación de que sólo incumba a los jueces de la instancia resolver si las leyes anteriores a la Constitución, que los recurrentes estiman opuestas a su texto lo son realmente, como tampoco acepta que en la especie se trataría de una eventual derogación por la posterior Constitución Política, de una ley anterior a ella. En efecto, si los jueces de la instancia pueden decidir que la ley general, que es la Constitución, ha derogado una ley especial común, también puede esta Corte Suprema declarar la inconstitucionalidad de esta última, conforme al artículo 80, que no hace diferencia entre leyes anteriores o posteriores a ella. La tesis de la derogación, que pretende eliminar las facultades de este tribunal cuando la ley de cuya inaplicabilidad se trata es anterior a la Constitución, no resuelve el caso de la creación por ésta, de un sistema incompatible con la aplicación de la norma común, y sí lo puede resolver, en cambio, esta Corte Suprema, que tiene como Tribunal Único, el control de la constitucionalidad de la ley en la forma dispuesta por el artículo 80 de la Carta Fundamental. Lo esencial para que esta Corte Suprema pueda pronunciarse sobre la inaplicabilidad de una ley es que ésta y la Constitución estén simultáneamente vigentes, y el requisito que se sostiene en el informe del señor Fiscal en el sentido de que la ley de cuya inconstitucionalidad se trate deba ser posterior a la Carta Fundamental es contrario a la letra y al espíritu del precepto de rango superior y al principio jurídico de que donde la ley no distingue no es lícito al hombre distinguir (Rol nº 14.444. Campos Canales, Natividad y otros. Inaplicabilidad Civil. Sentencia de 8/6/1990). Que lo esencial para que esta Corte pueda pronunciarse sobre

la inaplicabilidad de una ley radica en la condición de que ésta y la Carta Fundamental se hallen vigentes, como ocurre en la especie. Este ha sido el criterio de la Corte Suprema últimamente, concordando con el predicamento que se sostuvo durante el imperio de la Constitución de 1925 cuando se abordó a través de este recurso la posible inconstitucionalidad de las leyes dictadas durante la vigencia de la Constitución de 1833. Que, además, dentro de la hipótesis del señor Fiscal, quedarían muchos conflictos sin resolver ante la imposibilidad en que se encontrarían los jueces frente, por ejemplo, a leyes que contengan normas especiales que estuvieren en pugna con disposiciones orgánicas generales contenidas en una Constitución posterior. En tal eventualidad y dado que, de acuerdo con principios comúnmente aceptados, la norma genérica no deroga, por lo regular, de un modo tácito, a la norma especial dictada precedentemente, el magistrado se vería obligado a aplicar ésta, que mantendría una ultra actividad sustancialmente contraria a una regla o precepto de rango superior y, a su vez, le estaría vedado a la Corte Suprema hacer respetar la supremacía de la Constitución en conformidad con lo estatuido, justamente, por la Carta Fundamental. De ahí que, tanto desde el punto de vista jurídico estricto, como por ineludibles razones de conveniencia institucional, es preferible que sea la Corte Suprema y no la judicatura de la instancia, la que resuelva un asunto de tanta trascendencia como es la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley (Rol n° 16.293. Compañía de Teléfonos de Chile. Inaplicabilidad. Sentencia de 28/1/1992) ⁹⁴. En términos similares se había expresado este Tribunal en fallo de 31 de octubre de 1991 recaído en los autos rol n° 16.164 interpuesto por Miguel Dencil Vera Bascur;

9º) Que a todo lo ya dicho sobre este punto en los recién citados fallos de esta Corte sólo cabe añadir; en esta oportunidad, que el problema de la posible contradicción entre leyes viejas y Constitución nueva se ha presentado con cierta frecuencia en el campo del Derecho Comparado. En España, por ejemplo, el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias

⁹⁴ Esta sentencia será revisada más adelante separadamente; adelantamos por ahora, que la Fiscalía de la Corte, informando el recurso de inaplicabilidad interpuesto, había estimado que este era improcedente, por ser la norma que se suponía inconstitucional, anterior a la Carta Política, por lo tanto, de incumbencia de los magistrados de la instancia.

se manifestó en el sentido de que las leyes anteriores a la Constitución, o normas preconstitucionales, podían ser objeto de la cuestión de inconstitucionalidad. En el caso de que se trataba el Abogado del Estado había formulado excepción de inadmisibilidad del recurso por entender que, al tratarse de una legislación anterior a la Constitución, la cuestión suscitada es de derogación y no de inconstitucionalidad. La sentencia rechazó esta alegación y entró a pronunciarse sobre el fondo del recurso sosteniendo, entre otros argumentos, que no puede negarse que el Tribunal, intérprete supremo de la Constitución, según el artículo 1º de su Ley Orgánica, es competente para enjuiciar la conformidad o disconformidad con aquélla de las leyes preconstitucionales impugnadas, declarando, si procede, su inconstitucionalidad sobrevenida... (sentencia N° 4 de 2 de Febrero de 1981). Esta misma doctrina fue reiterada en un fallo posterior de fecha 8 de Abril de 1981. Por su parte, en Italia, la primera sentencia de la Corte Constitucional, de 14 de Junio de 1956, decidió que el contraste entre ley ordinaria y ley constitucional es siempre un caso de ilegalidad constitucional. Comentando el fallo precedentemente citado, señalaba Piero Calamandrei que semejante decisión cuya importancia podemos calificar, sin adulación, de histórica, ha resuelto en forma jurídica y políticamente inexcelente la cuestión, vivamente combatida por la doctrina durante los meses precedentes, de la competencia exclusiva de dicha Corte para declarar la ilegalidad constitucional también de las leyes anteriores a la Constitución. Si la Corte Constitucional hubiese resuelto negativamente dicha cuestión, reservando su control, como alguien sostenía, sólo a las leyes posteriores a la Constitución, con esa automutilación, hubiese desilusionado la justa expectativa que se había formado acerca de ella en la opinión pública: la primera sentencia (y las que la han seguido) no ha traicionado la expectativa del pueblo italiano. Agrega en su comentario el citado autor que no es el caso extractar aquí las razones en virtud de las cuales la inmensa mayoría de los más autorizados constitucionalistas, antes ya de que se pronunciase la Corte Constitucional, se había pronunciado a favor de la tesis que después hizo suya la Corte. En la sobria motivación de esta primera sentencia, la Corte no se ha dejado arrastrar (y ha hecho bien) al laberinto de las sutiles disputas en que se había extendido y había ahondado la polémica: la sentencia se ha limitado a observar que la tesis según la cual

la noción de ilegitimidad constitucional habría de entenderse limitada únicamente a las leyes posteriores a la Constitución, no puede ser acogida por dos argumentos fundamentales: uno textual (ubi lex non distinguit), y otro lógico, pues la relación de prevalencia entre las leyes constitucionales y las leyes ordinarias, sean éstas anteriores o posteriores a la Constitución, no se funda nunca en una razón de sucesión cronológica, sino siempre en una diversidad intrínseca de autoridad en la degradación de las fuentes jurídicas. (Estudios sobre el Proceso Civil. Vol. III. La primera sentencia de la Corte Constitucional, pags. 185 y sgts.);

10°) Que no se considera que esté de más agregar aquí, finalmente, en cuanto a este tema, que el recién citado maestro florentino con fecha 11 de Febrero de 1956, o sea, con anterioridad al primer fallo de la Corte Constitucional, ya había manifestado su autorizada opinión sobre el problema en estudio expresando, entre otros conceptos, que cuando se dice que también la Constitución es una ley, y que, por tanto, si una ley ordinaria anterior es incompatible con la Constitución entrada en vigor posteriormente, sería este un problema de abrogación por incompatibilidad, el problema, planteado así, queda empequeñecido: pues, en realidad, aquí la ley ordinaria incompatible con la Constitución viene a perder eficacia, no sólo, ni tanto, porque la norma constitucional es una norma que, por sí misma, tiene valor predominante. El parangón que debe hacer aquí el juez no atañe tanto a la relación cronológica entre la ley anterior y la ley posterior, cuanto a la relación funcional entre la ley ordinaria y la ley constitucional, es decir, un parangón que entra in toto (salvo el juicio preliminar y sumario acerca de su manifiesta falta de fundamento) en la competencia de la Corte Constitucional quote. Agrégase que, aunque se trate de contraste entre una ley anterior y la norma constitucional sobrevenida, el problema aquí sale de los estrechos límites del previsto por el ya recordado artículo 15, de la abrogación por incompatibilidad entre leyes ordinarias. La norma constitucional carece frecuentemente de la categórica puntualidad preceptiva propia de la ley ordinaria, cuya entrada en vigencia hace caer automáticamente por abrogación el precepto anterior incompatible con el anterior, que entra en su puesto; pero tiene frecuentemente la norma constitucional alcance al mismo tiempo más vasto y menos

preciso, toda vez que, más que a dictar preceptos, se extiende a indicar los principios de orden general a que deben ajustarse las leyes ordinarias, de manera que el decidir si una ley ordinaria es o no incompatible con tales principios, no es ya un problema específico de sucesión de leyes, sino que implica una visión y una interpretación panorámica de todo el ordenamiento constitucional dentro del cual debe encuadrarse la ley ordinaria para que pueda sobrevivir, en una condición, como si dijéramos de homogeneidad constitucional, que sólo la Corte Constitucional puede valorar. (Piero Calamandrei. Ob. Cit. Págs. 151 y 152);

11°) Que las disquisiciones precedentes se han asentado como se puntualizó en el basamento séptimo- a propósito de la decisión adoptada por el fallo recurrido de casación en el fondo en orden a declarar tácitamente derogadas por la Constitución Política de 1980 las normas relativas a delegación de facultades jurisdiccionales por los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos, al considerarlas opuestas y preexistentes a la Carta Fundamental. Empero, la realidad jurídica de la situación planteada en estos autos nos revela que, en el orden cronológico, las normas constitucionales concernientes al principio de legalidad o reserva en la creación y establecimiento de los tribunales de justicia, precede con sobrada antelación al Decreto Ley n° 830 de 1974 Código Tributario-, cuyo artículo 116 se refiere a la delegación de potestades de carácter jurisdiccional. En efecto, el artículo 73 inciso 1° de la Carta de 1980 reconoce como antecedente inmediato el artículo 80 de la Constitución de 1925, exhibiendo inclusive ambos preceptos idéntica redacción en sus textos. Aún más, la misma disposición estaba ya plasmada en el artículo 108 de la Constitución Política de 1833, es decir, 147 años antes que la Carta en actual vigencia. Por otra parte, el precepto contenido en el artículo 19 n°3 inciso 4° de la Constitución de 1980 se encontraba también consagrado en el artículo 1° n°3 inciso 4° del Acta Constitucional n°3 de 11 de septiembre de 1976 y, más remotamente, en el artículo 12 de la Carta de 1925. Los tres textos mencionados presentan, además, una misma redacción. De lo expuesto, se deduce que el principio constitucional sobre legalidad en el establecimiento de los Tribunales de Justicia se ha mantenido ininterrumpidamente, sin solución de continuidad, desde tiempos muy anteriores a

la vigencia del Código Tributario. La conclusión a extraer de semejante premisa no puede, entonces, ser otra que la situación de preexistencia de la norma constitucional respecto de aquella de rango inferior impide la aplicación de las reglas de derogación tácita como parámetro idóneo para resolver la oposición existente entre unas y otras; conflicto que debe discernirse, en cambio, por medio del mecanismo de la inaplicabilidad contemplado en el artículo 80 de la Carta Política, que cautela el principio de supremacía de las normas fundamentales sobre aquellas que integran la legislación común”^{95 96 97}

95 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCIX, 2º parte, Sección 5ª, pág. 357.

96 Puede leerse sobre el particular el breve pero pormenorizado artículo de ENDRESS G. Sergio *La jurisdicción tributaria en el banquillo de los acusados*, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 5, año 2004.

97 Se discutió largamente la situación aquí acontecida para llegar a la declaración de inaplicabilidad del artículo 116 del Código Tributario (CT). Así, con anterioridad, y asumiendo que no pueden contenerse aquí todas y cada una de las resoluciones emanadas de nuestros Tribunales Superiores, podemos indicar, sólo a título ejemplar, que la Corte de Apelaciones de Concepción, con el voto de los Ministros señores Guillermo Silva Gundelach y Eliseo Araya, además del Abogado Integrante don Patricio Mella, y bajo el Ingreso N° 3943-2001, con respecto a los artículos 6º letra B, números 6 y 7, 115 y 116 del CT, en relación con los preceptos 6º y 7º del DFL N°7, sobre Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, -y que por su directa alusión a los objetivos de este trabajo, citamos-, decidí: “5º)... *que la delegación de facultades efectuada por el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos a don Sergio Jarpa E., aparece concedida por cuerpos legales vigentes, lo que impide a esta Corte pronunciarse sobre su inaplicabilidad; ya que la facultad de declarar dicha inaplicabilidad por preceptos legales para un caso determinado es una facultad privativa y excluyente de la Excma. Corte Suprema en virtud de lo prevenido en el artículo 80 de la Carta Fundamental. Se debe recordar que no puede otro órgano jurisdiccional de inferior jerarquía, arrogarse una competencia que la Constitución sólo reconoce al máximo Tribunal de la República*”.

Así también la Corte de Apelaciones de Talca, con la concurrencia de los magistrados señores Manuel Zañartu Vera y Hernán González García y del Abogado Integrante don Gabriel Mendiboure, dijo que el Director Regional del Servicio “*está facultado para autorizar a funcionarios del servicio, para conocer y fallar reclamaciones y denuncias obrando por orden de él*”, por lo que “*en el presente caso no se han violado los principios constitucionales referidos a la legalidad del órgano jurisdiccional y las normas del debido proceso*”. (17 de octubre de 2001, Ingreso N° 58.813).

Son muchos más los casos resueltos sobre el particular en nuestras Cortes.

Los Ministros señores Archivaldo Loyola, Luis De la Fuente Lecler y Julio Grandón Castro, de la Corte de Apelaciones de Temuco, dictaminaron con fecha 7 de diciembre del mismo año -Ingreso N° 294-2001-: “3º) *Que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 116 del citado cuerpo legal, el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos tiene facultad para delegar sus funciones de Juez Tributario en otros funcionarios del Servicio, norma que tiene rango de orgánica constitucional en virtud de la disposición 5º transitoria de la Constitución Política de la República de Chile.*”

También ese mismo año se pronunció sobre el particular la Corte Suprema, con fecha 3 de octubre de 2001, y aunque evadiera el asunto constitucional que envolvía el recurso de casación en la forma y en el fondo propuesto, principalmente por no haber sido debida y anteladamente cuestionada la actuación del juez tributario, adujo: “... *y en cuanto al problema de la delegación, que es en definitiva el asunto de fondo, ella está expresamente permitida en los artículos*

Como vimos, es un extensísimo fallo de más 37 considerandos de la mayoría, otros tantos del voto disidente, además de prevenciones e indicaciones.

Votaron en el sentido de acoger la presentación antedicha, los Ministros señores Marcos Libedinsky, Eleodoro Ortiz, José Benquis, Ricardo Gálvez,

115 y 116 del ya señalado Código y dicha delegación no se traduce en un problema de competencia, por estar ella expresamente permitida, sino que apunta a una cuestión diversa, como lo es determinar si la delegación se aviene con la normativa constitucional sobre la materia". (Ingreso 3531-2001, parecer unánime de la Sala Constitucional. Ministros señores Ricardo Gálvez, Orlando Álvarez Hernández, Humberto Espejo y Domingo Yurac, además del Abogado Integrante don José Fernández R.).

Con fecha 28 de junio de 1996, se declaró improcedente un recurso de inaplicabilidad en contra de varias disposiciones del CT y del D.F.L. N° 7 -Ley Orgánica del Servicio de Impuestos-deducido en causa de reclamación tributaria. La mayoría del Supremo Tribunal de Justicia consideró que el reclamante, aceptando someter su controversia ante la autoridad del Jefe del Departamento Jurídico Regional respectivo, y pretendiendo a última hora sacarlo del conocimiento del asunto que no dio lugar a sus pretensiones, sin antes haber efectuado una "protesta funcional ni orgánica de ninguna especie hasta el pronunciamiento mismo de la pertinente resolución", y sólo una vez que el dictamen emitido por éste funcionario fuera "adverso a su tesis y aprovechando de la oportunidad que le daban los recursos de reposición y apelación subsidiaria que el sistema contemplado como inicio de la etapa jurisdiccional una vez finalizada la fase administrativa, saliéndose incluso del marco legal que él mismo había promovido y aceptado al concurrir a la integridad de esa etapa, introdujo una verdadera incidencia de nulidad de derecho público sobre la base de vicios de esta naturaleza que recién en dicho momento entra a denunciar y que afectarían, en su concepto, a la jurisdicción del nombrado juez tributario'..", lo que la Corte calificó de inaceptable. Para la mayoría (constituida por el Presidente don Servando Jordán, y los Ministros señores Marcos Aburto, Enrique Zurita, Roberto Dávila, Efrén Araya Vergara, Oscar Carrasco y Guillermo Navas), la inaplicabilidad en el presente caso ha sido desnaturalizada, porque pretende dejar fuera del debate del juicio normas legales que nada tienen que ver con las materias sustantivas planteadas y discutidas por el mismo recurrente en su reclamación, ya que la intención última de éste, es "dejar en blanco todo el proceso de reclamación tributaria iniciado y llevado adelante hasta su resolución ante la autoridad administrativa por el propio recurrente" (considerando 9°); mientras que para la minoría sustentada por los Ministros señores Osvaldo Faúndez, Arnaldo Toro, Hernán Álvarez, Adolfo Bañados Cuadra y Marcos Libedinsky, que fueron de la opinión de emitir decisión sobre el fondo del mismo, el asunto debe mirarse desde otro prisma, ya que las normas cuestionadas -que revisten la naturaleza de normas procesales de carácter orgánico- deben incidir en la decisión de una gestión pendiente y, como tales, son susceptibles de ser impugnadas de inconstitucionalidad: "Atendidas la naturaleza procesal de estas normas, es cierto que ellas no van a determinar el contenido del fallo en lo referente a si deben o no ser dejadas sin efecto las liquidaciones reclamadas por el contribuyente, pero sí deberán ser necesariamente aplicadas por los sentenciadores para llegar a decidir aspectos tan fundamentales, y previos a toda posible decisión sobre el fondo, como si es nulo o válido el fallo apelado". Por lo anterior, para los nombrados jueces, concurre en el presente caso, todos y cada uno de los requisitos que se hacen exigibles a un recurso de esta índole, sin que corresponda analizar en esta oportunidad otro tipo de cuestiones como aquellas relacionadas con la acepción que habría tenido el reclamante de someter sus pretensiones a un juez de primera instancia que, después sostuvo, no era el designado por la ley. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCIII, 2° parte, Sección 5ª, pág. 157.

Alberto Chaigneau, Humberto Espejo, Domingo Kokisch, señora María Antonia Morales, señores Nibaldo Segura y Adalis Oyarzún Miranda, quienes resolvieron que:

*“se declara de oficio que, en los autos sobre reclamación tributaria, deducida por la sociedad Guillermo Verdugo P. y Cía. Ltda., rol N° 70.340-93 de la XV Dirección Regional Metropolitana, Santiago Oriente, del Servicio de Impuestos Internos; rol N° 5.873-96 de la Corte de Apelaciones de Santiago y rol N° 3.267-2000 de esta Corte Suprema; no es aplicable, la norma del artículo 116 del Código Tributario, por ser contraria a la Constitución Política de la República”*⁹⁸

Los Ministros señor Gálvez y señora Morales Villagrán hicieron reserva que no compartían los fundamentos de doctrina -en su mayoría transcritos- sustentados en los considerandos séptimo a décimo.

Mientras que, por rechazar la acción, negando su voto a declarar la inaplicabilidad solicitada, se pronunciaron los magistrados Mario Garrido Montt (Presidente), Orlando Álvarez, Urbano Marín Vallejo, Domingo Yurac Soto y Jorge Medina.

El Ministro don Milton Juica Arancibia estuvo por desestimar como cuestión previa la inaplicabilidad formulada por la Sala Constitucional del mismo tribunal. Su postura fue la que anteriormente hemos estudiado, y ella tiene que ver con la derogación tácita, y por tanto entregada al

98 Gaceta N° 269, año 2002, pág. 211.

conocimiento de los jueces de la instancia, pues el Código Tributario es anterior a la Constitución de 1980 y se encuentra derogado tácitamente por esta última^{99 100 101}.

Conocida esta sentencia del Tribunal Pleno de la Corte Suprema, hubo reacciones casi inmediatas: su similar de la Corte de Apelaciones de Santiago, dispuso en fecha muy próxima, 30 de diciembre del mismo, una autorización a la Primera Sala del Tribunal -como Sala Tramitadora-, para que dejara sin efecto los decretos “*autos en relación*” en torno a los recursos de apelación en casos donde el Director Regional respectivo del Servicio de Impuestos Internos, delegó sus facultades jurisdiccionales. Y así ocurrió: procediendo de oficio, e invocando la “*nueva cuenta del relator*”, dejó sin efecto los decretos de aproximadamente 428 causas tributarias

99 El Ministro señor Juica Arancibia recurre a esa doctrina, al señalar que “*al imponer al Tribunal Pleno [de la Corte Suprema] la decisión de vigencia de ciertas normas, ha provocado una solución que no resulta conveniente, puesto que al acogerse la inaplicabilidad propuesta ha obligado a este Tribunal a resolver el fondo del conflicto, dado los fundamentos decisorios en que se apoya la sentencia, respecto de la falta de jurisdicción que declara el órgano que ofició como tribunal de primera instancia*”.

100 Volvemos sobre el punto en relación con la competencia de los jueces a quo para resolver a propósito de la denominada derogación tácita. Debido a ella y en la sentencia que se comenta y que sirve de título a su comentario, un articulista nos señala: “... *la Corte Suprema se hizo cargo de la diferencia entre el control de constitucionalidad y la derogación tácita por inconstitucionalidad, y precisamente en esa diferencia justificó su competencia para derogar una ley inconstitucional*”. Todo lo anterior ahora bajo el prisma ya de la Reforma Constitucional del año 2005, que concentró, como sabemos, el control de la constitucionalidad en el Tribunal Constitucional. La Corte Suprema nos señala que no hay norma que excluya el control por parte de los jueces ordinarios de las leyes anteriores a la Constitución que actualmente se encuentra en vigor; y que tampoco en ese entonces hubo alguna “*indicación en el sentido de quitar a los tribunales ordinarios esa atribución (...), ni se aprobó norma alguna en ese sentido. Esta omisión, en opinión de la Corte, ‘sería suficiente para descartar todo cuestionamiento respecto de la competencia que tienen los tribunales ordinarios para decidir sobre la vigencia de una norma legal que está en contraposición con una norma constitucional posterior*’”. En SILVA IRARRÁZABAL, Luis, *La derogación tácita por inconstitucionalidad. Comentario a la sentencia de casación dictada por la Corte Suprema, Sociedad Establecimiento Comercial Comarrico Ltda. con Héctor Alvear Villalobos, de 28 de septiembre de 2010, Rol 1018-09*, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, año 18, N° 1, año 2001, págs. 307 a 315.

101 La Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, publicó íntegra la sentencia, donde además se incluyó un comentario del abogado de dicho organismo, don Germán Ovalle Cordal. Entre sus palabras, destacan: “*De esta manera se acoge la ‘cuestión de inconstitucionalidad de oficio’ planteada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema y se rechaza la argumentación del Fisco, que había sostenido que el artículo 116 del Código Tributario no constituía delegación de facultades jurisdiccionales o delegación de jurisdicción, ya que el Director Regional no habría traspasado su facultad jurisdiccional, sino sólo habría designado al funcionario destinado a ejercer su propia facultad jurisdiccional prevista en la Ley. Es absolutamente indiscutible que los argumentos de la sentencia en estudio son sólidos y contundentes y que ella efectúa un análisis profundo de todos los aspectos involucrados en el problema como ha quedado demostrado*”. (N° 10, diciembre de 2003).

que se hallaban pendientes, y, a renglón seguido, anuló todo lo obrado en ellas, y las repuso al estado de que “*el juez tributario competente*”, otorgara a las reclamaciones interpuestas la tramitación debida.

Posteriormente, en fallos emitidos por dicha Primera Sala de la Corte de Apelaciones, de fecha dos y tres de enero de 2003, se aplicó directamente la Constitución Política (considerando 9º, rol N° 2807-2000), y se fundamenta la anulación en el principio de temporalidad de las leyes (considerando 8º). Firmaron dichas resoluciones el Ministro don Juan González Zúñiga -que la presidió en ambas oportunidades-; las Ministras suplentes señoras María E. Campo Alcayaga (Juez titular del 30º Juzgado Civil de la capital) y Patricia Gómez (Juez titular del 14º Juzgado Civil); además de los Abogados Integrantes doña Angela Radovic Schoepen y don Eduardo Jara Miranda (quienes conformaron la referida Sala en las distintas ocasiones) ^{102 103}.

Aunque no es, como estamos estudiando en este punto, inaplicabilidad de oficio, conviene decir que, nuevamente en recurso de inaplicabilidad “Moral Puig y otros con SII”, se planteó análoga controversia, dictándose sentencia con fecha 27 de julio de 2004, en el sentido de acogerse la pretensión de inconstitucionalidad del citado artículo 116 del Estatuto Tributario. La señora Fiscal de la Corte, doña Mónica Maldonado C., había sido del parecer en su Informe de acoger el recurso. En el considerando 19º leemos:

“Que, en conclusión, las atribuciones de naturaleza jurisdiccional ejercidas por los jueces tributarios a cuyo cargo estuvieron la sustanciación y fallo de las tres reclamaciones sobre las que versan estos autos en vista conjunta, provienen

102 El Consejo de Defensa y el Servicio de Impuestos Internos, reaccionando ante esta decisión, interpusieron quejas disciplinarias en contra de los magistrados mencionados, que la Corte Suprema declaró inadmisibles, pero que, actuando de oficio, decidiera anular todo lo por ellos obrado, ordenando que cada causa fuera conocida y resuelta por la Sala respectiva, siguiéndose en su oportunidad el curso normal de las apelaciones interpuestas; además los Ministros de la Corte de Apelaciones fueron objeto de sanción (fecha cuatro de abril de 2003, AD 19221). Se pronunciaron por no imponer medidas disciplinarias, el Presidente del Tribunal don Mario Garrido Montt, y los Ministros señores Nibaldo Segura Peña y Adalis Oyarzún. Esta decisión del máximo tribunal de justicia del país fue complementada por otra en idéntico sentido, pronunciada el mismo cuatro de abril de ese mismo año, cuando determinó que 198 juicios tributarios en conocimiento del Tribunal de Alzada capitalino, y que también habían sido anulados en enero de 2003, debían continuar procesándose normalmente en dicha Corte de Apelaciones (AD 19229). En esta última decisión, la Corte Suprema no dispuso sanciones, pues consideró que ya las había aplicado en los antecedentes administrativos ya nombrados, primeramente, pues las situaciones referidas eran similares, y las que las habían originado, eran las mismas.

103 Además, puede consultarse PALOMO VÉLIZ, Diego, *La anulación de los procesos tributarios por parte de la Sala Tramitadora de la Corte de Apelaciones de Santiago: algunas notas en torno al derecho de acceso a la justicia en estas materias*, artículo de jurisprudencia, Revista Ius et Praxis, Volumen 9, N° 1º, año 2003, Talca.

de la resolución del Director Regional que les delegó dichas facultades, constituyéndose, de tal manera, esa decisión u orden administrativa en la fuente jurídica inmediata que ha dotado con la calidad de juez a un funcionario naturalmente adscrito a la administración del Estado, en circunstancias que ajustándose a la normativa constitucional que consagra en nuestro régimen jurídico el principio de la legalidad o reserva en la creación y organización de los tribunales de justicia, ello compete exclusivamente a disposiciones de rango y jerarquía legal. Por lo tanto, el artículo 116 del Código Tributario, al permitir que a través del mecanismo de la delegación se constituya un órgano jurisdiccional cuya designación o determinación no provenga de manera inmediata de la ley, sino del llamado discrecional de otro ente administrativo, se opone a los preceptos citados de la carta fundamental e igualmente contraviene los artículos 6º y 7º, inciso 2º, en relación con el artículo 73, estos de la misma carta magna, que impide la delegación de las funciones jurisdiccionales”¹⁰⁴

104 Ingreso N° 2536-2003, 27 de julio de 2004, caratulado <<Moral Puig y otros con Servicio de Impuestos Internos>>. Seis Ministros -señores Hernán Álvarez García, José Benquis, Orlando Álvarez Hernández, Urbano Marín, Domingo Yurac y Jorge Medina-, quienes acordaron el voto disidente del fallo, y estuvieron por no declarar inaplicable el referido artículo 116 del CT, consideraron que el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, constituye una autoridad administrativa, más no jurisdiccional, por lo que no tendría limitación alguna para delegar sus funciones administrativas propias.

Ahondamos en la indicación previa del Ministro don Milton Juica Arancibia -la que fue desestimada-, en orden a declarar inadmisibile el recurso propuesto: “2º) *Que el Fisco de Chile, haciéndose parte del recurso alega la improcedencia de los recursos de inaplicabilidad, toda vez que los jueces tributarios actuaron en la órbita de sus atribuciones legales y con plena competencia, dadas las disposiciones legales que permiten la delegación del Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, en su calidad de juez tributario a otro empleado subalterno, por lo que los recursos no pueden prosperar.* 3º) *Que de la forma antes expuesta fluye que la controversia planteada mira a la constitucionalidad o falta de ella en el artículo 116 del Código Tributario, que permite la delegación de facultades por parte de los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos en los funcionarios del mismo, debate jurídico que no se concilia con la naturaleza de la inaplicabilidad a que se refiere el artículo 80 de la Carta Fundamental, ya que si es verdad que la aludida Constitución contiene preceptos inconciliables con una ley anterior a su vigencia dicha antinomia provoca la derogación tácita de ésta y de esta forma, si esta es la situación, no puede haber ninguna pugna entre la Constitución y algo que no está vigente, pues precisamente, abrogado expresa o tácitamente un precepto se produce de inmediato el efecto de privarlo de su fuerza obligatoria;* 4º) *Además, en lo práctico y sobre todo en esta materia, se está suponiendo con esta doctrina que los jueces del fondo y además la Corte Suprema, necesariamente deben aplicar como si estuviere vigente el artículo 116 del Código Tributario, aceptando la jurisdicción de un órgano que naturalmente no la tiene, a virtud de una delegación jurídicamente inaceptable, afectando seriamente un presupuesto procesal de existencia de la relación procesal, con lo cual, se ordena como único camino viable para corregir esta irregularidad en todos los casos la acción de inaplicabilidad, dado los efectos relativos que la Constitución establece respecto de esta impugnación constitucional, indicándole con ello a dichos tribunales que no están habilitados para decidir sobre la calidad de juez que pueden asumir frente a cualquier conflicto otros órganos o personas*

El voto de mayoría estuvo compuesto por los Ministros señores Marcos Libedinsky (Presidente), Enrique Tapia, Alberto Chaigneau, Jorge Rodríguez Ariztía, Enrique Cury, José Luis Pérez, Humberto Espejo, Milton Juica, señora María Antonia Morales, señores Adalís Oyarzún y Jaime Rodríguez Espoz.

Comentando esta sentencia, el profesor Andrés Bordalí en su artículo “*Sentencia de Inaplicabilidad Sobre la Inconstitucionalidad del Juez Tributario (Corte Suprema)*”, **sostiene que es el voto de minoría quien aborda correctamente el asunto, ya que el problema del juez tributario no radica en la legitimidad constitucional de la delegación de sus facultades, sino en su propia condición de tribunal de justicia. Así, y en cuanto al voto mayoritario, el error consistiría en que es el propio constituyente quien los induciría a tal yerro, porque es la CPR de 1980 la que confunde los términos “Poder Judicial” con “potestad jurisdiccional”; así como distingue indebidamente entre “tribunales de justicia” y “órganos que ejercen jurisdicción”:**

“Con esta bifurcación entre tribunales y órganos que ejercen jurisdicción, el constituyente rompe con la tradición del Estado de Derecho continental que supuso la consagración de UN poder estatal facultado para aplicar en el caso concreto y con efectos irrevocables el derecho vigente. Ese único poder estatal es la potestad jurisdiccional, que es desarrollada por los tribunales de justicia establecidos por la ley. Y la función que desarrolla ese poder o potestad es la judicial o jurisdiccional. Para evitar confusiones, en el ámbito Justicia recomiendo la siguiente interpretación constitucional. La potestad jurisdiccional es una

que naturalmente no tienen dicha investidura, afectando con ello los principios de que nadie puede ser juzgado por una comisión especial, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por esta, ni se concilia tampoco con la garantía de que toda sentencia debe emanar de un órgano que ejerza jurisdicción y fundada en un proceso previo legalmente tramitado y no puede haber proceso que legitime una decisión si falta el presupuesto del órgano público, natural, independiente y básico en el ordenamiento jurídico chileno”.

Así también, en fallo de 5 de noviembre de 2004 (<<Sociedad Inmobiliaria Las Pircas Limitada>>, rol N° 3.228-03), se volvió a declarar la inaplicabilidad del ya consabido artículo 116. La Corte aseveró, que al permitirse que a través del mecanismo de la delegación se constituya un órgano jurisdiccional, cuya designación o determinación no provenga de manera inmediata de la ley, sino del llamado discrecional de otro ente administrativo, dicha licencia se opone a los preceptos de la Carta Fundamental, y que igualmente contraviene los artículos 6° y 7° inciso 2°, en relación con su artículo 73. La sentencia contó con la disidencia de los mismos señores magistrados del anteriormente citada, pero no contó esta vez con la presencia del Ministro don Hernán Álvarez, quien no concurrió a la vista de la causa; en cambio, se unieron a los disidentes los Ministros señores Enrique Tapia y Jorge Rodríguez Ariztía. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo CI, 2° parte, Sección 5ª, pág. 95.

sola. Esta se desarrolla sólo por tribunales de justicia creados por ley. Esos tribunales de justicia pueden pertenecer o no a la organización denominada Poder Judicial. Función judicial y jurisdiccional, y tribunales de justicia y órganos que ejercen jurisdicción, son lo mismo. Y lo que caracteriza a los tribunales de justicia es que tienen una estructura orgánica que los hace independientes de los otros poderes del Estado. Por otra parte, deben desarrollar procesalmente su función en el caso concreto con total imparcialidad. La independencia se asegura con el nombramiento de los jueces compartido por dos o más poderes del Estado y por su inamovilidad, lo que quiere decir que a los jueces no se les puede apartar de su cargo por decisiones legislativas o ejecutivas, salvo el ‘impeachment’, en el caso de los Tribunales Superiores de Justicia”, agrega.

Y en cuanto precisamente al Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, nos señala que este forma parte de la Administración del Estado, por lo que por ese solo hecho, ya no puede considerársele un órgano que tenga la independencia debida, porque, por ejemplo, puede ser removido por sus superiores jerárquicos, así como porque debe someterse a las directrices de interpretación tributaria que los mismos le señalen, con lo que éste funcionario no otorgaría la garantía fundamental debida de independencia e imparcialidad, que necesariamente debe tener un tribunal de justicia, garantía consagrada tanto en la Carta Fundamental como en los Tratados Internacionales firmados por Chile y que se encuentran vigentes.

El autor nos recuerda asimismo que ha sido la

*“Administración [la que] históricamente, ha podido resolver muchas disputas jurídicas relativas a la aplicación de las normas legales, pero eso no los hace órganos que ejercen jurisdicción. Y las organizaciones privadas también pueden solucionar los conflictos jurídicos que surgen en su interior, pero eso tampoco los hace jurisdiccionales. En el primer caso estamos frente a una actividad estrictamente administrativa y en el segundo frente a una actividad privada”*¹⁰⁵

¹⁰⁵ Además, nos señala que hay todo un Capítulo en la Carta Política que regula al Poder Judicial, pero que en cuanto al artículo 73 (76) de la misma, éste “*da a entender que la administración de la Justicia en el derecho chileno la realizan tanto los tribunales que forman parte de la organización administrativa denominada Poder Judicial, como aquellos que no forman parte de esa organización. De este modo, el Título VI de la Constitución debería ser interpretado como si dijese Potestad Jurisdiccional. Dicha potestad radica en todos y cada uno de los tribunales de justicia u órganos que ejercen jurisdicción*”, lo que facilitaría el error de los señores Ministros que concurrieron

También, aunque en recurso distinto, es del caso considerar que posteriormente, una Sala del mismo Tribunal Supremo, declaró inadmisibles un recurso de casación en la forma, basado en la *incompetencia del tribunal*, lo que la Corte entendió, que esta petición de nulidad formal, debía referirse al tribunal de segundo grado y no al de primera instancia. Así y todo, y en lo que nos interesa, falló que

*“la posible colisión del artículo 116 del Código Tributario, que autoriza en forma expresa la delegación cuestionada, con algún precepto constitucional, origina una situación que debe resolverse por la vía del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, al tenor de lo que establece el artículo 80 de la Carta Fundamental”*¹⁰⁶

Referente a lo mismo, podemos agregar en esta parte, que el Tribunal Constitucional abrió -con fecha 6 de diciembre de 2006- de oficio un proceso para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del artículo 116 del CT, en virtud de la atribución que le confiere el artículo 93 inciso primero, numeral 7° de la CPR, en relación con el inciso duodécimo del mismo artículo, habida cuenta que ya había emitido opinión similar en cuatro sentencias anteriores a esa fecha.

con su voto a la mayoría al fallo indicado. El mismo artículo 73 (76) se refiere a los tribunales de justicia como quienes desarrollan la labor jurisdiccional, pero que en *“el artículo 19 N° 3 inc. 5° (de la Constitución Política) hay una referencia al órgano que ejerza jurisdicción”*, lo que puede llevar *“a entender entonces nuestra Constitución que hay dos tipos de órganos: los tribunales de justicia y los órganos que ejercen jurisdicción. Y parece ser que órgano que ejerce jurisdicción es todo aquel capaz de resolver conflictos jurídicos del orden temporal, sea, por ejemplo, un funcionario administrativo, órgano o funcionario de club deportivo, colegio profesional u otro. Precisamente en este punto está el origen de toda nuestra confusión constitucional”*. BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *Sentencia de Inaplicabilidad Sobre la Inconstitucionalidad del Juez Tributario (Corte Suprema)*, Revista de Derecho, Vol. XVII, diciembre 2004, págs. 227 a 250.

106 Ingreso N° 4319-2004, 25 de noviembre de 2004, caratulado <<Nelson Pizarro Villar con Servicio de Impuestos Internos>>. Concurrieron a la Sala en fallo unánime, los Ministros señores Humberto Espejo Zúñiga y Adalis Oyarzún Miranda, además del Fiscal Judicial subrogante Carlos Meneses Pizarro y los Abogados Integrantes señores Manuel Daniels Argandoña y José Fernández Richards.

La resolución mencionada precedentemente, se dispuso ponerla en conocimiento de S.E. la Presidente de la República, del H. Senado, de la H. Cámara de Diputados, del Servicio de Impuestos Internos y del Consejo de Defensa del Estado, para los fines que hubiera lugar ¹⁰⁷ ¹⁰⁸.

El fallo fue pronunciado con fecha 26 de marzo de 2007, y contó con el voto de mayoría de los Ministros señores José Luis Cea (Presidente), Juan Colombo, Raúl Bertelsen, Hernán Vodanovic, Mario Fernández, Marcelo Venegas, Enrique Navarro y señora Marisol Peña Torres, quienes ordenaron que:

“Se resuelve que el artículo 116 del Código Tributario es inconstitucional, considerándose derogado, como efecto de la aplicación del artículo 94, inciso tercero, de la Constitución, desde la publicación en el Diario Oficial, dentro de tercero día, de la presente sentencia»

El Ministro señor Fernández Baeza, previno que tuvo además en consideración para resolver la inconstitucionalidad del precepto legal, entre otras razones, las siguientes:

“Que la acción de inconstitucionalidad incorporada en nuestro ordenamiento constitucional por la Ley N° 20.050, viene a vigorizar la declaración de la forma de gobierno

¹⁰⁷ “Llama la atención que ninguno de los órganos legislativos y el ejecutivo como impulsor de la actividad normativa respondieran el traslado señalado, en especial consideración a que estaba en tramitación el Proyecto de reforma ‘Fortalecimiento y Perfeccionamiento de la justicia tributaria y aduanera’ [...] De dichos órganos solo respondió el servicio de impuestos internos informando que enmendó jurídicamente la delegación al dejarlas sin efecto mediante Resolución exenta N° 118, del año 2006”. Lo anterior es la duda planteada a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional, rol 681-2006, en BRAVO BOTTA, Esteban, RAMÍREZ KRAUSE, Claudia, SAAVEDRA RAMÍREZ, Karin, en su estudio titulado *Análisis de la cuestión de inconstitucionalidad a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 681-2006*, Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, Vol. 76, año 2012, págs. 337 a 353.

¹⁰⁸ El fallo comienza de la siguiente manera, explicando el origen de la decisión que le llevó a abrir de oficio el proceso que le permitiese pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del citado artículo 116 del Estatuto Tributario: “Con fecha veintitrés de marzo de 2006, don Eduardo Zarhi Hasbún, en representación de don Rafael Selume Sacaan, dedujo acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 116 del Código Tributario, sosteniendo que vulneraba los artículos 6°, 7°, 19 N° 3, inciso cuarto, 38, inciso 2°, 76 y 77 de la Constitución Política. Por sentencia de 30 de agosto de 2006 (Rol N° 472-2006), se acogió el aludido requerimiento declarando que el artículo 116 del Código Tributario era inaplicable en la gestión pendiente constituida, en la especie, por el recurso de apelación de que conocía la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4985-2002. Con posterioridad al referido pronunciamiento y hasta la fecha, este Tribunal ha declarado asimismo inaplicable el aludido precepto legal en los procesos Roles N°s. 499, 502, 515, 520, 525, 526, 527, 528, 547, 554, 555, 566, 569, 574, 595, 604, 605, 606, 613, 614, 627, 628, 629, 630, 635, 636, 639, 640, 641, 642, 647, 657 y 658, todos del año 2006, por adolecer de los mismos reproches de constitucionalidad constatados en la sentencia referida en el párrafo anterior”.

y sistema político chilenos antes mencionada, así como su resolución de autos contribuye a dar concreción jurisdiccional a su sentido y contenido (y que) la aplicación práctica de la declaración de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico político chileno, reviste una manifestación moderna del control del poder enunciado por Kart Löwenstein hace medio siglo, combinando lo que denomina el control horizontal ‘interórganos’ y el control vertical conformado por ‘los derechos fundamentales como limitaciones al poder estatal’. Se trata de una novedad en nuestra realidad constitucional, hasta ahora ignorada por la doctrina, sólo puesta en evidencia ante la puesta en movimiento de las reformas de 2005”.

Por rechazar la acción intentada, estuvieron los magistrados señores Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández. Entre las principales razones de la disidencia, resaltan:

“PRIMERO: Estos disidentes no difieren de lo que razona este Tribunal acerca de los presupuestos constitucionales y procesales necesarios para la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, contenidos en el apartado primero. Concuerdan también con el fallo que antecede en que resulta contrario a la Constitución que quien ha sido instituido como juez por la ley se vea facultado a delegar esa función de juzgar en un funcionario que la ley no designa más que por su pertenencia a un servicio público determinado. Por los fundamentos que el fallo expresa en su apartado III, comparten que es contrario a los derechos fundamentales que conozca y juzgue una causa de naturaleza jurisdiccional quien resulte designado en virtud de una decisión administrativa por el director regional de un servicio centralizado y concuerdan también que el orden institucional que consagra la Constitución no acepta que se deleguen facultades jurisdiccionales, sin estricta sujeción al principio de legalidad. Comparten también que la razón de ser más importante de las normas constitucionales es la de proteger la seguridad de los justiciables, impidiendo 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. [...] sin embargo, estos disidentes, con la premisa básica en que descansa tal razonamiento y que consiste en que el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos sea un órgano permanente, imparcial e

*independiente a quien el legislador haya confiado una función jurisdiccional al permitirle resolver un reclamo tributario. Analizada la función que el artículo 116 autoriza a delegar, debe concluirse que ella carece de los atributos básicos de la función jurisdiccional, pues en el reclamo tributario que se debe resolver no hay controversia entre partes sometida a la decisión de un tercero, ni esta controversia debe, en estricto rigor jurídico, resolverse conforme a derecho y, por último, las reglas de procedimiento tienen características que difieren de aquellas que regulan los procesos judiciales. En cambio, el reclamo tributario y su resolución comparten una naturaleza y una regulación que es típica de las de carácter administrativo y que no difiere sustancialmente de muchas otras existentes en nuestra legislación, todas ellas consistentes en resolver en sede y con carácter administrativo reclamaciones respecto de lo obrado por el propio servicio..."*¹⁰⁹

11. Recurso es procedente cuando precepto legal es contrario a la Carta Fundamental

Con fecha 28 de agosto de 1998, el máximo tribunal de la República reiteró la finalidad que persigue el recurso de inaplicabilidad: esta es que, contrastado el precepto legal que se impugna -y que podría tener aplicación al caso que se discute- y la Constitución Política, ellas resulten incompatibles entre sí.

En el recurso interpuesto por don Gonzalo Fuenzalida, se pidió que la Corte declarara que el artículo 5° de la Ley N° 18.377 -que estableció disposiciones sobre el pago de deudas fiscales-, no se aplicara a su caso concreto.

El recurrente, sostuvo el máximo tribunal, no pretendió sostener que el mencionado precepto legal fuera de suyo contrario a la Carta Fundamental; sino más bien, afirmaba que, al intentar aplicárselo a él, en su situación específica, se producía un resultado contrario al artículo 19 N° 24 de la Constitución Política. Para el Tribunal Supremo, es obvio que:

*“una consecuencia inconstitucional es la que casi siempre se sigue cada vez que se yerra en la aplicación concreta de una cierta disposición, lo cual no implica, en modo alguno, que esta última sea en sí inconstitucional”*¹¹⁰ (considerando 3° parte final).

109 Puede leerse la sentencia de que se trata, en la página web: www.tribunalconstitucional.cl.

110 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCV, 2° parte, Sección 5ª, pág. 111.

Lo que en esta sentencia se dijo, es que la cuestión de si se ha producido o no con la aceptación al caso particular del precepto legal tachado, una errada aplicación, o de si se pretende hacerla, ello sería materia del conocimiento de los jueces de la instancia, pero que no puede ser abordada mediante esta clase de recursos; por lo tanto, declara su inadmisibilidad. Por entrar a conocer del fondo del mismo (siguiendo en ese aspecto al señor Fiscal de la Corte, don Enrique Paillás Peña, quien fue de la opinión incluso, que en definitiva el recurso debía acogerse), estuvieron el Presidente del Tribunal don Roberto Dávila Díaz; y los Ministros señores Servando Jordán, Osvaldo Faúndez y Ricardo Gálvez.

12. Recurso de Inaplicabilidad y Recurso de Protección

Hay muchos casos de recursos de inaplicabilidad generados dentro de un proceso en donde se ha recurrido de acción de protección. Nos detendremos en uno de mucha importancia, además de su publicidad. Don Hermann Max Georgi, en su carácter de presidente y en representación de la corporación denominada “*Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad*”, recurrió de inaplicabilidad contra las disposiciones del Código Civil que permitieron al señor Ministro de Justicia don Francisco Cumplido -mediante Decreto Supremo N° 143 de 16 de febrero de 1991, y que dictó “*por orden del Presidente de la República*”-, cancelar la personalidad jurídica de la mencionada sociedad, disponiendo además de sus bienes, por considerar esos preceptos legales contrarios a la Constitución Política.

Contra el mencionado Secretario de Estado, habíase interpuesto recurso de protección; y en ese momento es donde se pidió la inconstitucionalidad de los preceptos en que aquél se había apoyado para la respectiva cancelación de la personalidad jurídica.

El Pleno del máximo tribunal, el día 16 de septiembre de 1992, con los votos del Presidente (s) don Rafael Retamal, y de los magistrados señores Servando Jordán, Enrique Zurita, Lionel Béraud, Efrén Araya, Germán Valenzuela y Hernán Álvarez, acogió lo solicitado. Primeramente, la Corte tuvo que pronunciarse en vista de lo anteriormente resuelto por el Tribunal Constitucional, cuando éste hubo de expedirse en torno a la petición de varios señores Senadores para que se declarara la inconstitucionalidad del referido DS N° 143. El Tribunal Constitucional, con sentencia de 18 de junio de 1991, había negado lugar a realizar esa declaración ¹¹¹

112. Por ello la Corte señaló:

“8°) Que si bien el inciso final del artículo 83 de la Constitución Política preceptúa que resuelto por el Tribunal Constitucional que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia, lo cierto es que en el caso en estudio tal disposición no tiene aplicación y, por consiguiente, en nada obsta dicha sentencia para que esta Corte pueda declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos legales que sirvieron de fundamento a la dictación del aludido decreto supremo”.

Despejadas las dudas anteriormente descritas, la Corte luego nos adentra en su decisión final:

“Se declara que son inaplicables por inconstitucionales, en el recurso de protección N° 50-91 de la Corte de Apelaciones de Santiago, interpuesto por la Corporación denominada ‘Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad’ en contra del Señor Ministro de Justicia don Francisco Cumplido Cereceda, el artículo 559 inc. 2.° del Código Civil, en cuanto autoriza al Presidente de la República para disolver una persona jurídica, y el artículo 561, de ese mismo Código, en cuanto establece que si los Estatutos de una corporación disuelta no hubieren previsto la forma en que se dispondrá de sus propiedades ellas

112 En este aspecto, como nos señala Luis Silva en donde precisamente en torno a este caso, nos dice: *“En el caso Colonia Dignidad el Tribunal Constitucional supedita su competencia para juzgar la inconstitucionalidad del DS N° 143/91 a la existencia de disposiciones legales que regulen la materia (considerando 6°). Como la materia se encuentra regulada por el Título XXXIII del Código Civil, y el Tribunal carece de competencia para verificar la constitucionalidad de esta clase de leyes (considerando 9°), no puede pronunciarse sobre el Decreto, porque ello supondría un pronunciamiento sobre la ley. Esta renuncia que el Tribunal Constitucional hace de su competencia para controlar los decretos inconstitucionales queda reforzada por el considerando 20°, que subordina la aplicación de la Constitución (en el caso, el artículo 19 N° 3 inciso 5°) respecto de los actos administrativos a la legislación que la desarrolle. Es decir, la inexistencia de la ley hace a la Constitución inoperante para controlar los actos administrativos”.* SILVA IRARRÁZABAL, Luis, *Insuficiencia del principio de supremacía constitucional en el control de constitucionalidad de los actos administrativos*, Estudios Constitucionales, Año 5 N° 1, Universidad de Talca, 2007, págs. 283 a 304

pertenecerán al Estado, y en cuanto autoriza al Presidente de la República para señalar los objetos a que se destinarán tales propiedades”^{113 114} (subrayados nuestros).

113 En el considerando 21° del fallo de mayoría, la Corte expresa: “... juzgar si una asociación es de las prohibidas por la Constitución -esto es, contraria a la moral, al orden público o a la seguridad del Estado- es un acto jurisdiccional que incumbe a los Tribunales. Así lo manifestó expresamente la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución al declarar aprobado el tantas veces citado artículo 19 N° 15 de la Constitución en estos términos, cuyo tenor literal es de claro sentido: ‘El señor Ortúzar (presidente) declaró aprobado el precepto en esos términos dejando constancia de que, en concepto de la Comisión, la norma se basta a sí misma, en cuanto reconoce el derecho de asociación y permite, naturalmente, que los Tribunales puedan considerar contraria a la moral, al orden público o a la seguridad del Estado una determinada asociación’. (Acta de la Sesión 128, de 10 de junio de 1975); 22°) **Que el precitado testimonio de la historia fidedigna del establecimiento de la antedicha garantía constitucional, en cuanto expresa, en un tenor literal de claro sentido, que ‘son los Tribunales los que pueden considerar contraria a la moral, al orden público o a la seguridad del Estado una determinada asociación’, es prueba irredargüible que tal materia es jurisdiccional, de la competencia de los Tribunales, **estándole vedado, por consiguiente, al Presidente de la República, o al Ministro de Justicia por sí o por orden del Presidente de la República, atribuirse competencia en la materia sin conculcar el imperativo mandato del artículo 7° de la Constitución Política...** [...] 26°) **Que hallándose inserta dentro de la esfera jurisdiccional del Poder Judicial la controversia de si una asociación no debe gozar de la personalidad jurídica (que en el caso del recurso de protección N° 50-91 se le había concedido treinta años antes, por decreto supremo N° 3.949, de 21 de septiembre de 1961, del Ministerio de Justicia), por atribuirle el Presidente de la República haber incurrido en la prohibición de ser contraria a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado, el Poder Ejecutivo carece de facultad para cancelar o declarar disuelta una persona jurídica. Se quebranta un principio fundamental del Estado de Derecho, como es el de la Separación de los Poderes del Estado, consagrado en la Carta Fundamental, en lo atinente al Poder Judicial...**”. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXIX, 2° parte, Sección 5ª, pág. 270.**

114 Don Pedro Pierry, precisamente comenta lo acontecido con el recurso de protección interpuesto por la Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad. A ese respecto nos comenta: “Entre las materias en que la jurisprudencia ha dado vuelcos sorprendentes, podemos señalar el fallo recaído en recurso de inaplicabilidad interpuesto por la Sociedad Benefactora y Educacional Dignidad, en que con fecha 16 de septiembre de 1992 se resolvió que el artículo que permitía al Presidente de la República cancelar personalidades jurídicas era inconstitucional por tratarse de funciones jurisdiccionales que no se le podían entregar al Poder Ejecutivo. Dicho fallo se publicó en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, con un elogioso comentario de un distinguido especialista*. Con posterioridad, con fecha 8 de septiembre de 1997, la Corte Suprema cambió radicalmente su criterio en el mismo asunto, la cancelación de la personalidad jurídica de Colonia Dignidad, señalando que la atribución conferida al Presidente de la República correspondía a la facultad sancionatoria de la Administración, y que era perfectamente constitucional. Llama poderosamente la atención que este fallo no haya sido ni siquiera publicado, y para qué decir comentado por la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, lo que es una muestra de los extremos a que llevan las posiciones que los académicos adoptan sobre esta materia, y la falta por omisión en que incurrió la prestigiosa publicación, que los lleva incluso a no difundir las tesis contrarias a las suyas”. PIERRY ARRAU, Pedro, *Prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado. Situación actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema*, *Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado*, N° 10, diciembre de 2003.

* Se refiere al profesor de Derecho Administrativo don Eduardo Soto Kloss, cuyo comentario se insertó inmediatamente después del fallo dictado (págs. 284 y ss.).

El voto en contra, es decir por rechazar la inaplicabilidad impetrada, estuvo conformado por los Ministros señores Roberto Dávila Díaz, Arnaldo Toro, Marco A. Perales y Oscar Carrasco. Tuvieron entre otras consideraciones, las siguientes:

“I.- Que el precepto del artículo 559 inciso 2° del Código Civil, que otorga al Presidente de la República la facultad de revocar la personalidad jurídica, no contraría el artículo 6° de la Constitución Política, como estima la recurrente, pues al establecer éste que ‘los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella’, autoriza a las leyes a fijar la competencia de los distintos órganos del Estado, competencia que precisamente señala el mencionado artículo del Código Civil al Presidente de la República para disolver las corporaciones si llegan a comprometer la seguridad o los intereses del Estado, o no corresponden al objeto de la institución, facultad que ha ejercido mediante el Decreto Supremo N° 143, del Ministerio de Justicia, de 31 de enero de 1991, en uso de la potestad que le confiere el artículo 32 N° 8 de la Constitución [...] III.- Que el artículo 73 de la Constitución Política de 1980 no establece en parte alguna que el Poder Judicial esté investido de la facultad prevista en el artículo 559 del Código Civil”^{115 116 117}

Empero, en un fallo posterior (21 de enero de 2004), la Corte optó por declarar improcedente la petición de inaplicabilidad contenida en un

115 Ibid., voto de minoría.

116 En el fallo citado asimismo se deja constancia, que en el período que medió entre la vista de la causa y el fallo, jubiló el Ministro (y a la sazón Presidente subrogante de la Corte Suprema) don Rafael Retamal, pero que no fue necesario ver nuevamente la causa, en atención a que la sentencia fue acordada por el voto conforme de la mayoría total de los jueces que intervinieron en su vista.

117 El recurso de protección en contra del Ministro de Justicia fue finalmente rechazado por la Corte de Apelaciones de Santiago. Ante tal dictamen, la defensa de la Sociedad Benefactora recurrió de apelación al máximo tribunal de justicia. Fue en esa oportunidad, en donde el Consejo de Defensa del Estado, reaccionando, solicitó la recusación de los 10 jueces que integraron el Pleno de la Corte, quienes habían visto y posteriormente resuelto el recurso de inaplicabilidad al que hemos hecho alusión. Dicho incidente fue conocido por la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones capitalina, que, integrada por los Ministros señores Alberto Chaigneau del Campo (presidente), Carlos Cerda Fernández y Alejandro Solís Muñoz, dictaminó en voto unánime que lo acogía, declarando en consecuencia, que quedaban *inhabilitados* para conocer de la apelación al rechazo del recurso de protección, los 10 Ministros de la Corte Suprema mencionados, por haber emitido en el fallo de inaplicabilidad, opiniones específicas y de fondo sobre la materia.

recurso de protección interpuesto contra la Municipalidad de Santiago que había dispuesto el cobro por concepto de contribución a la pavimentación. En esta oportunidad señalaron lo siguiente:

“... no puede prosperar el presente recurso de inaplicabilidad puesto que aun en el evento de ser acogido, la decisión que se emita no podrá tener influencias algunas en la resolución del recurso de protección pendiente. En efecto [...] tratándose de un recurso de protección, los tribunales deben examinar como cuestión fundamental, si la conducta del recurrido fue o no arbitraria o ilegal, y para lo que interesa, si ella ha tenido precisamente ese último carácter, al momento de ejecutarse el acto cuestionado. Por lo tanto, la eventual acogida del recurso de inaplicabilidad, en estos casos particulares, no puede producir efecto e influir en la decisión del recurso de protección, desde que la conducta del recurrido se sustentó en una norma vigente al momento de producirse el acto cuestionado y que, en cuanto tal, tiene un carácter vinculante para el funcionario público de que se trata” ¹¹⁸

Sin embargo, los Ministros señores Marcos Libedinsky, José Luis Pérez Zañartu, Domingo Kokisch y Nibaldo Segura, estuvieron por declararlo procedente y, consecuentemente, fueron del parecer de emitir pronunciamiento sobre el fondo del mismo.

Para los jueces disidentes, el recurso de protección constituye una *gestión* judicial que, al encontrarse pendiente, posibilita la interposición de un recurso de inaplicabilidad, sobre todo si en los autos respectivos que se ventilaban en la Corte de Apelaciones de Santiago, sobre protección (Rol N° 3.276-2003) -en que incidió la inaplicabilidad-, se

“recibirá necesariamente aplicación lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley N° 11.150, toda vez que en la mencionada protección la recurrente cuestionó de ilegal y arbitrario el cobro efectuado a su respecto por la Dirección de Rentas Municipales, precisamente basado en esa normativa legal, de lo que resulta que los jueces de protección deberán aplicarlos para decidir si el acto impugnado es o no arbitrario o ilegal. En otras palabras, estos preceptos legales deberán ser utilizados para resolver, acogiendo o rechazando, el aludido recurso de protección; 2°) Que, ahora bien, dado nuestro sistema judicial concentrado de control de constitucionalidad de las leyes

118 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo CI, 2° parte, Sección 5ª, pág. 1.

-artículo 80 de la Constitución Política de la República- es evidente que al deducirse la acción de protección a la que se viene haciendo referencia no podían invocarse posibles inconstitucionalidades legales -que la Corte de Apelaciones no está facultada para declarar- sino simples ilegalidades o arbitrariedades, lo cual no excluye la posibilidad de que al acto al cual se atribuyen dichas características se base o apoye en una ley inconstitucional que sólo esta Corte Suprema podría calificar como tal”¹¹⁹

Además, el voto de minoría recuerda las constancias pertinentes contenidas en las Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política, de las cuales se desprende que resulta totalmente posible que, a través de un recurso de inaplicabilidad, y declarada la inconstitucionalidad de un precepto, la protección en la cual dicho recurso incida deba resolverse prescindiendo de él.

119 *Ibíd.*, voto de minoría.

13. Situación del Decreto-Ley N° 2695. ¿Globalmente inconstitucional?

Analizaremos a continuación la específica situación de este decreto-ley publicado en el Diario Oficial el 21 de julio de 1979^{120 121}, y que tuvo por objeto *regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz*, tendiente a consolidar el dominio sobre ella, por cuanto la deficiente constitución de este sobre pequeñas propiedades rurales y urbanas generaban problemas de índole socioeconómica.

Este DL estableció un mecanismo, radicado ante la autoridad administrativa de la Dirección de Bienes Nacionales, donde se ordena la inscripción de los predios a nombre de sus *meros tenedores, transformándolos*, en virtud de la resolución pertinente, *en poseedores* y, eventualmente transcurrida la prescripción especial de corto tiempo, en *propietarios*.

Como bien nos explica don Miguel Fernández González, en su artículo de doctrina llamado precisamente “*Inaplicabilidad del Decreto Ley N° 2.695 y derogación tácita*”, lo que ocurre en la especie, es que:

120 Transcribimos para su entero conocimiento, las consideraciones que tuvo el legislador -a la sazón, la Junta de Gobierno- para dictarlo (publicado en el Diario Oficial el 21 de julio de 1979):

- “1°) *Que la deficiente constitución del dominio de las pequeñas propiedades raíces rurales y urbanas genera problemas de índole socioeconómico de crecimiento progresivo, al impedir que gran número de ellas se incorpore efectivamente al proceso productivo nacional;*
- 2°) *Que por ello se ha creado un sistema que la legislación ha denominado ‘saneamiento del dominio de la pequeña propiedad’, que tiene por objeto regularizar la situación del poseedor material que carece de títulos o que los tiene imperfectos, lo que es previo, en el caso de la pequeña propiedad agrícola, a la elaboración de planes de desarrollo y de asistencia técnica o crediticia, así como a cualquier reordenamiento destinado a atacar e impedir el minifundio;*
- 3°) *Que la legislación vigente sobre la materia no ha permitido dar solución eficaz al problema, por lo cual es conveniente modificarla, adecuándola a la realidad actual y estableciendo un nuevo procedimiento que dé facultades a la autoridad administrativa para ordenar la inscripción de los predios a nombre de sus poseedores materiales que reúnan los requisitos establecidos en la ley, y que contemple la intervención de la Justicia Ordinaria sólo en los casos de legítima oposición o para garantizar los derechos de terceros, y habiéndose oído además al Consejo de Estado sobre esta iniciativa...”*

A su vez el Reglamento que fijó las normas contenidas en el decreto-ley, fue publicado el 6 de septiembre del mismo año.

El Contralor General de la República don Osvaldo Iturriaga Ruiz, dio curso a este con el *alcance* en que entendió que las facultades y atribuciones que detenta el Director de Tierras y Bienes Nacionales recaerán -entre otros- en abogados de la misma Dirección y no en abogados del Ministerio de Tierras y Colonización. Posteriormente la Ley N° 19.455 -de 9 de mayo de 1996- introdujo al decreto-ley, entre otras modificaciones la que sigue: “*Se entenderá por Servicio a la Subsecretaría del Ministerio de Bienes Nacionales, la que actuará a través de la División de Constitución de la Propiedad Raíz*”.

121 Puede verse TOPASIO FERRETI, Aldo, *Regularización de los títulos de dominio. Propiedad rural y urbana, Decreto Ley N° 2695, de 1979*, Edeval, Colección de Legislación comentada, Valparaíso, año 1980.

*“es incorrecto sostener -como lo hacen los artículos 1° y 2° N° 1° del Decreto Ley -que los **poseedores materiales** de los bienes raíces que indica pueden iniciar el trámite de regularización ante la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales, por cuanto **no se trata de poseedores, sino de meros tenedores** que, en virtud del trámite administrativo, van a obtener justo título -la resolución que acoge la solicitud de regularización- para ser considerados poseedores, y, si se añade la prescripción de un año, serán reputados propietarios”*¹²² (Nota: el resaltado es original).

Entonces la situación producida por la situación creada mediante la ficción legal del decreto-ley estudiado, es que, mediante un procedimiento de índole administrativo, se transforma una *mera tenencia* en *posesión*, cuando el interesado cumpla con los requisitos establecidos en él.

Como nos sigue señalando el mismo autor, en definitiva, lo acontecido con el DL. 2.695 y respecto a las normas atinentes de nuestra ley común:

*“Por ende, el Decreto Ley N° 2.695 no modifica y menos deroga las disposiciones correlativas del Código Civil, sino que constituye un estatuto especial aplicable a los inmuebles y meros tenedores que se encuadren en los artículos 1° y 2° de aquel Decreto Ley, quedando a salvo e incólume el régimen contemplado en el Código Civil que **prohíbe al mero tenedor trocar en poseedor y culminar en dueño. En resumen, los meros tenedores** de inmuebles cuyo avalúo fiscal resulte inferior a ochocientas o trescientas unidades tributarias -según sea urbano o rural- y que cumplan los requisitos del artículo 2° **pueden acogerse al procedimiento previsto en el Decreto Ley N° 2.695**, por cuanto -y esto no puede perderse de vista-, **si intentaran llegar a ser dueños conforme al régimen previsto en el Código Civil jamás se transformarían en poseedores menos en propietarios** en virtud de prescripción adquisitiva alguna. En cambio, el mero tenedor del Decreto Ley N° 2.695, por medio de **un trámite simplemente administrativo, obtiene la posesión y el derecho a adquirir conforme a una prescripción especial***

¹²² FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel, obra cit., Revista de Derecho, Valdivia, Vol. IV, diciembre 1993, págs. 55 a 56.

de corto tiempo -apenas un año-, provocando la cancelación de las inscripciones vigentes”¹²³ (Nota: nuevamente los resaltados son originales del texto).

Lo anterior está indefectiblemente relacionado con lo que nosotros ya estudiáramos respecto de la conocida derogación tácita v/s inaplicabilidad, es decir, si la preceptiva legal es inaplicable al caso concreto por ser inconstitucional, pero siendo ella anterior a la Constitución Política, no puede resolverse el caso mediante este tipo de acción de inaplicabilidad, sino que, dicha cuestión, sería de incumbencia de los jueces del fondo.

Pero lo importante -y lo particular- respecto a este DL no se queda allí. Se ha postulado que la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del DL N° 2.695, acarrearía una declaración completa de éste:

“No se puede negar [...] que el Decreto Ley N° 2.695 es un sistema. Por ende, la Corte Suprema debe declarar la inaplicabilidad completa de ese estatuto, puesto que allí se establece un procedimiento, el cual no es susceptible de ser fraccionado, sino que sólo puede ser comprendido en la secuencia cronológica de sus diversas etapas”¹²⁴ (el subrayado es nuestro).

Veamos ahora lo decidido por la Corte Suprema.

En recurso interpuesto por don José Vargas Figueroa, agricultor, éste expuso, que deducía recurso de inaplicabilidad respecto de las disposiciones del DL de marras, explicando que es comunero, en conjunto con otras personas, del Fundo Queuco, ubicado en la comuna de Santa Bárbara, y con título de dominio a su nombre respectivamente inscrito ante el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, que adquirió por escritura pública de compraventa de 3 de diciembre de 1984. Y que, en diciembre de 1988, un grupo de personas formado por don Nivaldo Sandoval Riquelme y las demás personas que nombra, todas también agricultores, domiciliadas en el mismo Fundo Queuco, habían iniciado ante la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales de Bío Bío, los trámites tendientes a inscribir para todos ellos un sector de 2.050 hectáreas, ubicado en el Fundo mencionado, denominado potrero de Chichintagüe, aduciendo que estaban en su posesión por muchos años. Todo lo anterior, se denunció en la inaplicabilidad, bajo el amparo del Decreto-Ley 2.695 del año 1979.

123 Ibíd.

124 Ibíd.

Por ello considera este precepto legal como contrario al derecho de propiedad, asegurado por el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de 1980, por lo que pidió su inaplicabilidad en el juicio entablado ante el Tercer Juzgado de Letras de Los Ángeles, donde dedujo la debida oposición legal, fundada en su calidad de copropietario con títulos inscritos.

El máximo tribunal dio la vista a su Fiscal, quien señaló que es atribución de los jueces del fondo resolver sobre la vigencia del DL cuestionado, porque él rige desde el 30 de mayo de 1979, y las normas constitucionales entraron en vigor el 11 de marzo de 1981, pues una ley anterior queda abrogada en cuanto el nuevo ordenamiento constitucional entra a imperar, por lo que no puede, por ese motivo, ser materia de recurso de inaplicabilidad.

Lo anteriormente descrito por supuesto ya lo estudiamos, y, por lo tanto, nos remitimos a ello. Lo que hay que revisar es lo solicitado por el recurrente, en cuanto *“las disposiciones del DL”*, lo que quería decir -y esto es lo nuevo e interesante- que atacaba la totalidad del mismo.

La Corte Suprema, por mayoría de votos, y con fecha 26 de julio de 1992, declaró inadmisibile el recurso. Entre sus considerandos, podemos obtener la clave en lo que nos convoca el estudio de este punto, ya que el máximo tribunal deduce que del escrito del señor Vargas:

“(4°) ... fluye [...] que el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad restringe la facultad de esta Corte para declararla permitiéndola sólo respecto de disposiciones precisas y determinadas de una ley y vedándola cuando se pretende que se extienda a todo un cuerpo legal”

Para la Corte, el decreto-ley cuestionado es un todo orgánico que contiene entre todas sus disposiciones, la normativa que regula la pequeña propiedad raíz, y, en consecuencia, sólo podría existir pronunciamiento -si lo ameritase- de alguna o algunas de sus disposiciones precisas, pero que no es posible declarar la inaplicabilidad de todo su contenido, ya que el constituyente en su artículo 80:

*“no habilita a este Tribunal para declarar inaplicable una ley globalmente considerada. Tanto la Carta Fundamental como el Código Civil y otros textos legales hacen diferencias entre ‘precepto legal’ y ‘ley’, bastando recordar para demostrarlo el tenor de los arts. 13, 22, 23, 52 y 53 de dicho Código y los arts. 6°, 63 y 6° transitorio de la Constitución...”*¹²⁵

125 Los Ministros señores Cereceda Bravo, Araya Vergara y Álvarez García, en una prevención, abundaron en consideraciones relativa al carácter de supervivencia de leyes, la cual es materia de los jueces de la instancia, más no de un recurso de ésta especie. En *Revista*

Votaron por declararlo inadmisibile el Presidente del Tribunal don Enrique Correa Labra y los Ministros señores Marcos Aburto, Hernán Cereceda, Enrique Zurita, Lionel Béraud, Arnaldo Toro, Efrén Araya, Germán Valenzuela¹²⁶ y Hernán Álvarez.

Mientras que, por entrar al fondo del asunto, expresando su disconformidad sobre el particular, estuvo el Ministro don Servando Jordán; y el magistrado don Rafael Retamal, estuvo derechamente por acogerlo.

Pocos meses atrás, el 28 de enero del mismo año, el Tribunal Pleno había tomado idéntica decisión sobre el recurso interpuesto por don Juan Duhart Arriagada, en juicio ordinario ante el Juzgado de Letras de Angol, sobre nulidad de inscripciones de dominio de inmueble. Declaró como ya lo adelantáramos, la inadmisibilidad de la inaplicabilidad impetrada, pero en esa ocasión el Presidente de la Corte señor Correa Labra y los Ministros señores Retamal López y Toro Leiva, estuvieron por emitir pronunciamiento sobre el presente recurso, dejando asentadas interesantes reflexiones respecto de la naturaleza de esta acción. Señalaron respecto de ella, que:

de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIX, 2º parte, Sección 5ª, pág. 169.

126 En el caso <<García Menchaca y otros>> (Rol 17.055, sentencia de 16 de junio de 1992), transcribimos los considerandos 4º y 5º que dicen relación con la mirada global que debe darse al Decreto-Ley 2695: “(4º) ...se infiere que el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad limita la declaración que ha de hacer esta Corte en un recurso de esta clase únicamente a disposiciones específicas de una ley, no pudiendo extenderse esa declaración a una normativa legal integralmente considerada. Y como en la especie se trata de un recurso excepcional, su alcance no ha de extenderse entonces sino en esa precisa y exacta dimensión. Ampliar su texto podría transgredir las limitaciones propias del rol que corresponde a los distintos poderes del Estado; 5º) Que en el caso en estudio, el Decreto Ley N° 2.695 contiene una normativa que regula la pequeña propiedad raíz, siendo entonces un todo orgánico, este Tribunal **sólo está facultado para pronunciarse sobre la inaplicabilidad de alguno o de algunos de sus preceptos específicos, pero no es posible declarar la inaplicabilidad del mismo en su conjunto como solicita al interponerlo (...)** En efecto, al afirmarse en el recurso que el Decreto Ley ‘**es abiertamente atentatorio a nuestra actual Constitución Política**’ y al pedirse que ‘**sus disposiciones**’ no se apliquen al proceso del Juzgado de Florida; que ‘**íntegramente**’ y que en su ‘**contexto**’ tal Decreto Ley es inconstitucional, el recurso no se basta a sí mismo, y no coloca al Tribunal llamado a resolver en los presupuestos que para su procedencia se consignan en la Carta Fundamental”.

En este caso, el Ministro don Germán Valenzuela Erazo, expresó su disconformidad con lo anteriormente dicho en los siguientes términos: “al solicitar el recurrente en el petitorio del recurso que esta Corte declare inaplicables ‘las disposiciones del D.L. 2.695 de 1979 invocadas por el solicitante’ -esto es doña Rebeca Victoria Mege- se ha referido concretamente a las disposiciones que de ese Decreto Ley invoca la mencionada señora Rebeca Mege en la solicitud formulada por ésta al Ministerio de Tierras y Bienes Nacionales, Oficina Regional del Bío Bío, en la que literalmente solicita que este Ministerio admita su solicitud y ordene inscribir a su nombre el predio que allí individualiza ‘de conformidad con lo establecido en el D.L. N° 2.695, de 30 de mayo de 1979, especialmente artículos 1º, 2º, 7º, 10º y siguientes y 15 y siguientes’. En consecuencia, el disidente sostiene que, de ese modo, **el recurso cumple con las exigencias de determinar con la precisión necesaria las partes o preceptos del decreto ley cuya inaplicabilidad solicita y a los cuales debe abocarse esta Corte al conocerlo y fallarlo**”.

“(1°) ...no cabe inmiscuirse, al fallarla, en el fondo de la causa, sino que basta que cualquiera de las partes haya invocado en su demanda o en su defensa el Decreto Ley N° 2.695, cuyos preceptos se estiman inconstitucionales por el recurrente; 2°) Que el demandante y el demandado basan respectivamente su acción y sus defensas en el nombrado decreto ley, y por consiguiente basta tal circunstancia para que aquél haya podido invocar la inaplicabilidad que solicita; 3°) Que la inaplicabilidad de los preceptos 4° inciso tercero, 11, 12, 15, 16 y 28 del Decreto Ley 2.695, deriva según el recurrente de que se contraponen al artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, que establece la garantía de la propiedad, que no puede ser sustraída del dominio del propietario sino en virtud de expropiación por causa de utilidad pública; 4°) Que aunque el precepto constitucional no define la ‘propiedad’ a que se refiere, no cabe duda, so pena de su absoluta carencia de significado, que se trata de la propiedad regida por el Código Civil, que por tal razón su concepto debe entenderse comprendido en la Constitución Política con todas las calidades que ese Código le atribuye, ninguna de las cuales puede ser menoscabada sino por los motivos previstos en el texto de la Carta” ¹²⁷ (Nota: el subrayado es nuestro).

El 5 de mayo de 1993, en una causa sobre reivindicación caratulada “González con Gajardo”, en recurso interpuesto por don Francisco González, y en la que se encontraba pendiente un recurso de queja contra los Ministros de la Corte de Apelaciones de Talca -que habían confirmado el fallo de primera instancia-, nuevamente el señor Fiscal de la Corte don René Pica,

127 Voto disidente. Además dicha sentencia cuenta con dos prevenciones: una del mismo señor Presidente, quien explicitó que el recurso de inaplicabilidad tiene por objeto único establecer y declarar si el precepto legal invocado en él es o no contrario a la Carta Fundamental, “*sin que se autorice en caso alguno para referirse al fondo del negocio, de tal modo que, el Tribunal no puede considerar los efectos que dicha declaración pueda producir en el pleito*”; y otra del Ministro don Efrén Araya, quien dejó constancia que concurría a la declaración de inadmisibilidad, teniendo únicamente presente que, en la especie se trataba de una cuestión de derogación de disposiciones legales por una Carta Política posterior, cuestión que provoca un asunto de “*superioridad de la ley, conforme a lo dispuesto en el artículo 52 del Código Civil, materia que es ajena al recurso de inaplicabilidad y que corresponde resolver a los jueces de la instancia*”.

La mayoría estuvo compuesta por los jueces señores Marcos Aburto, Hernán Cereceda, Enrique Zurita, Osvaldo Faúndez, Lionel Beraud, Efrén Araya, Marco A. Perales Martínez y Hernán Álvarez García. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXIC, 2° parte, Sección 5ª, pág. 15.

expuso que se trataba de un caso de *ley anterior/Constitución Política posterior*; y nuevamente el Tribunal Pleno adujo para votar -esta vez en forma unánime la inadmisibilidad-, lo siguiente:

“5°) Que el Decreto Ley 2695 es un todo orgánico que contiene la normativa que regula posesión de la pequeña propiedad raíz y la constitución del dominio sobre ella, por lo que, en consecuencia, esta Corte sólo podrá pronunciarse respecto de alguna o algunas de sus disposiciones precisas, pero no es posible declarar la inaplicabilidad de todo su contenido; 6°) Que, por lo tanto, el recurso en estudio no cumple todos los presupuestos que la Constitución prescribe para su eficacia”

128 129

128 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XC, 2° parte, Sección 5ª, pág. 143.

129 Siempre en cuanto a la inaplicabilidad del D.L. 2.695, en el mismo sentido se ha resuelto por la jurisprudencia suprema (<<caso Sanz Díaz>>, 30 de abril de 1993, rol 18.206) que, a pesar que el recurrente solicitara expresamente la inconstitucionalidad de artículos determinados del DL (arts. 15, 16 y 18), por ser contrarios al artículo 19 N° 24 de la Carta Magna, el recurso impetrado *“debe contener, con precisión, las razones de hecho y de derecho por las cuales se ataca determinado precepto específico que se estima contrario a la Constitución, puntualizando la forma y medida que adopta la presunta inconstitucionalidad”* (considerando 5°), y al no señalar el actor *“con la debida particularización, la manera cómo los preceptos”* reseñados (considerando 6°) vulneran a su entender la Constitución, *“resulta inadmisibile la pretensión”* (considerando 7°). A idéntica decisión arribó el Tribunal Supremo días antes en el caso <<Dinter Brandau>> (13 del mismo mes y año, rol 15.902), pero con prevención del Ministro señor Osvaldo Faúndez, el cual concurre al fallo, pero observa que, siendo el D.L. 2695/79 anterior a la Constitución Política (1980), el problema no resulta materia de inaplicabilidad sino de vigencia o derogación de dicho texto legal. Hay también votos en contra: los Ministros señores Servando Jordán y Arnaldo Toro, discreparon de la mayoría. Bajo los siguientes argumentaciones, estimaron que el recurso en estudio sí era admisible: *“... para lo cual tienen en consideración que el libelo en que se interpone puntualiza cuáles son los preceptos sustanciales del D.L. 2.695 opuestos a la normativa constitucional referente al dominio o propiedad; y que si bien el recurso alude en general a que el conjunto de disposiciones del aludido Decreto Ley son inaplicables en una determinada causa, esto último no se opone a la procedencia formal de la revisión, tanto porque el Decreto Ley de que se trata importa un conjunto armónico de preceptos de ritualidad y sustantivos en pugna con la institución de la posesión inscrita, cuanto porque en concepto de los disidentes no se divisa inconveniente legal, dado los términos del recurso, para que esta Corte determine que son los artículos que se mencionan nominativamente los que son contrarios al artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República”*.

Nuevamente el Ministro señor Jordán López -ahora ejerciendo la Presidencia de la Corte-, además del magistrado Germán Valenzuela Erazo, en fallo de 24 de enero de 1997, conformando un voto de minoría que estuvo por acoger el recurso de inaplicabilidad entablado por la Sociedad Agrícola, Ganadera y Forestal Covadonga Limitada, arguyeron que: *“(2°) ... la contradicción o pugna existente con la norma constitucional no sólo está patente en relación a los preceptos legales mencionados por el recurrente, sino que alcanza también al Decreto Ley 2.695 en su contexto general [...]; de manera que, en su totalidad, el decreto ley crea un sistema tanto de carácter sustantivo como de índole procesal cuyos objetivos y efectos conducen inequívocamente a privar de su dominio, constitucionalmente garantizado, al titular de este derecho, sobre su propiedad debidamente inscrita”*. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCIV, 2° parte,

Empero, en fallo fechado pocos días después a la resolución recién analizada, el día 19 de mayo de 1993, la máxima instancia del Poder Judicial, en una sentencia dividida de ocho votos contra seis, y también en juicio por reivindicación de inmueble, acogió la inaplicabilidad solicitada por Teresa Tunis Köning, respecto del Decreto-Ley N° 2.695 en su totalidad. En su escrito la recurrente, “*en subsidio*”, había pedido la inconstitucionalidad de los artículos 2° N° 2 segunda parte; 4° inciso tercero; 15; 16; 26; 28 y 29 del mismo, por ser contrarios al derecho de propiedad, asegurado en la Ley Primera.

En esta ocasión, El Tribunal Supremo -apartándose de la tesis del Fiscal, que fue del parecer de que se trataría en la especie de una cuestión de derogación tácita de preceptos legales comunes por su eventual contradicción con normas de una Constitución Política posterior- entendió:

“Que los preceptos [...] que conforman esta legislación especial que se contiene en el Decreto Ley 2695, no sólo abrogan las normas sobre posesión y dominio establecidas en el Código Civil, suprimiendo las garantías de la posesión inscrita que constituye presunción de dominio y que son la base de la actual organización social y económica del país, sino que contraviene el artículo 19 N° 24 de la Constitución [...] ya que permiten que el titular de un derecho de propiedad sobre un bien raíz legalmente inscrito a su favor sea privado de lo suyo sin expropiación previa y en beneficio de otro que sólo detenta su posesión material; 7°) Que la contradicción o pugna existente con la norma constitucional no sólo está patente en relación a los preceptos legales mencionados por el recurrente, sino que alcanza también al Decreto Ley N° 2.695 en su contexto general, en cuyas declaraciones preliminares que motivan su dictación, se dice que ‘se ha creado un sistema que la legislación ha denominado <<saneamiento del dominio de la pequeña propiedad>>, que tiene por objeto regularizar la situación del poseedor material que carece de títulos o que los tiene imperfectos...’ y ‘que la legislación vigente sobre la materia no ha permitido dar solución eficaz al problema, por lo cual es conveniente modificarla, adecuándola a la realidad actual y estableciendo un nuevo procedimiento que dé facultades a la autoridad administrativa para ordenar la inscripción de los predios a nombre de los poseedores materiales que reúnan los requisitos establecidos en la ley, y que contemple la intervención

*de la Justicia Ordinaria sólo en los casos de legítima oposición o para garantizar los derechos de terceros'; de manera que en su totalidad, el Decreto Ley crea un sistema tanto de carácter substantivo como de índole procesal cuyos objetivos y efectos conducen inequívocamente a privar de su dominio, constitucionalmente garantizado, al titular de este derecho, sobre su propiedad debidamente inscrita; y 8°) Que, por último, cabe hacer presente que para resolver en la forma que se hará, ningún obstáculo significa el que el recurrente haya planteado como **petición principal** la inaplicabilidad total del señalado Decreto Ley N° 2.695 y en subsidio la de las normas precisas que se han analizado, pues de igual forma se ha cumplido con la exigencia de admisibilidad contenida en el artículo 80 de la Carta Fundamental [...] Por estas consideraciones [...] se acoge el recurso de esta especie [...] y se declaran inaplicables en el juicio [...] los artículos 2° N° 2 segunda parte; 4° inciso tercero; 15; 16; 26; 28 y 29 del mismo Decreto Ley N° 2.695, publicado en el Diario Oficial de 21 de julio de 1979”^{130 131} (Nota: el subrayado es nuestro).*

Es decir, la Corte enumeró cada uno de los articulados del decreto-ley que quedaban en la condición de inconstitucionales, no pudiendo, por tanto, ser aplicados al pleito.

Los Ministros señores Osvaldo Faúndez, Efrén Araya y Mario Garrido Montt, hicieron indicación previa -la que se rechazó-, en orden a declarar la inadmisibilidad del recurso en cuestión.

Mientras que los magistrados señores Faúndez Vallejos, Marco A. Perales, Hernán Álvarez, Luis Correa Bulo, Mario Garrido, y Víctor Hernández Rioseco, estuvieron por rechazar el recurso, porque a su juicio, las disposiciones referidas no vulneran ni son contrarias a la garantía señalada en el artículo 19 N° 24 de la Constitución. Para ellos, el mencionado decreto-ley

130 La mayoría la constituyeron el Presidente don Marcos Aburto, y los Ministros señores Servando Jordán, Enrique Zurita, Lionel Beraud, Arnaldo Toro, Efrén Araya, Germán Valenzuela Erazo y Oscar Carrasco Acuña. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XC, 2° parte, Sección 5ª, pág. 149.

131 También la Corte Suprema declaró la inaplicabilidad del aludido decreto-ley, en fallos pronunciados el 8 de junio de 1990, contenido en *Revista Fallos del Mes* N° 379, pág. 285; *Revista Fallos del Mes* N° 401 (abril de 1992) pág. 130; y en el pronunciamiento que se reproduce en *Gaceta* N° 123, pág. 19.

“se orienta a regir situaciones especiales, respecto de las cuales no cabe aplicar las disposiciones ordinarias de la legislación civil [...] conforme a lo que fluye de los artículos 686, 696, 702, 724, 728, 730 inciso final, 924 y 2505 del Código Civil, disposiciones que por cierto no están revestidas de rango constitucional, de modo que nada impide al legislador modificarlas o apartarse de ellas en situaciones especiales, creando un estatuto de normas de aplicación particular por razones de interés público general, como acontece con el indicado cuerpo legal” ¹³² (Considerando 3° de la disidencia).

Pero había sido con fecha 10 de abril del anterior año 1992, en petición realizada por don Juan Puga, que el mismo Supremo Tribunal de Justicia había optado, en decisión de 10 votos contra cinco, por lo siguiente respecto del estudiado decreto-ley. Dijo de aquél:

“... considerado globalmente, en el conjunto de sus normas, se encuentra en situación de contravención con el precepto constitucional [...] del artículo 19 N° 24, al establecer un sistema de privación de la propiedad no consagrado en los principios que fluyen de la Carta Fundamental; y (12°) Que por último, si una ley, a través de diversas previsiones, más aún en su totalidad, contraviene a determinada norma constitucional, no se divisa el impedimento para interponer el recurso de inaplicabilidad en contra de toda esa normativa en su conjunto. Lo que se argumenta en cuanto a la posición de que éste sólo se puede hacer valer cuando se trata de un solo precepto contrario -supuesto que lo que se ha entregado a esta Corte mediante este recurso excepcional es el resguardo o control de la constitucionalidad de las leyes-, implicaría interponer en relación a cada precepto de un texto legal -por considerarlo opuesto a la Constitución-, el respectivo recurso de inaplicabilidad, lo cual, al margen de otras consideraciones que se puede hacer valer relativas al espíritu y finalidad de tal recurso, resulta de primera impresión improcedente e inoficioso”. Por lo que es posible y por lo tanto esta Corte Suprema estimó, que: “se declara que el Decreto Ley N° 2.695 de 20 de mayo de 1979 y publicado en el Diario Oficial de 21 de julio del referido año, que fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella, es inaplicable en el juicio ordinario”

132 Ibid., voto de minoría.

seguido en el Segundo Juzgado de Letras de Puente Alto, sobre nulidad de inscripción de dominio...”^{133 134} (Nota: los subrayados son nuestros).

Previamente el Fiscal don René Pica Urrutia, agregó a sus anteriores comentarios, que la continuidad histórica entre las Constituciones no

133 Por la mayoría, se cuentan al Presidente de la Corte don Enrique Correa Labra; y a los Ministros señores Rafael Retamal, Emilio Ulloa Muñoz, Marcos Aburto, Servando Jordán, Enrique Zurita, Lionel Beraud, Arnaldo Toro, Efrén Araya y Germán Valenzuela Erazo. En tanto por rechazarlo, estuvieron los Ministros señores Hernán Cereceda, Osvaldo Faúndez, Roberto Dávila y Hernán Álvarez, además del Ministro suplente don Mario Garrido, quienes nuevamente argumentaron en torno a la ya consabida cuestión de la derogación legal por la nueva normativa constitucional: “... *no procede respecto de leyes de rango inferior al constitucional, que se aplicaban con anterioridad a la Carta Fundamental...*”, aunque reconocieron que el precepto del artículo 80 de la Carta Política “*no distingue expresamente entre precepto legal anterior o posterior a su vigencia*”, y no lo hace “*porque obviamente era innecesario*”. En contra de ambos predicamentos, estuvo el magistrado señor Álvarez García, quien dejó expresa constancia de que no los aceptaba. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXIX, 2ª parte, Sección 5ª, pág. 35.

En el caso <<Héctor Cardone La Rosa>>, de 24 de abril de 1992 (rol 16.947), -donde se resolvió, por mayoría de votos que se acogía el recurso- el mismo Ministro señor Álvarez García (en proceso en que se pedía la inaplicabilidad de los “*artículos 1º, 2º N° y 2 inc. 2º, 3º inciso 2º, 4º inciso 1º, 5, 19 N° 1, 20 incisos 1º y 2º, 22, 23, 24 y 25, el título III y, en general todas las demás disposiciones del DL N° 2.695*”, de 1979, “*porque violan la garantía del derecho de propiedad que consagra el artículo 19 N° 24 de la Constitución*” -considerando 1º-), no obstante compartir los fundamentos 1º al 6º del fallo de mayoría, por los cuales se desestima la pretensión de que el recurso sería inadmisibles, ya que en la especie se trataría más bien de una cuestión de derogación tácita de la ley común anterior por normas de una Constitución posterior, estuvo por rechazar el recurso en cuanto al fondo, puesto que a su juicio las disposiciones del Decreto Ley 2.695 no vulneran ni son contrarias a la garantía señalada en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política.

Tuvo para ello en consideración: “1º) *Que la norma constitucional recién mencionada, que garantiza el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, también preceptúa que ‘sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social...’; 2º) Que el Decreto Ley 2.695 contiene precisamente un conjunto armónico de disposiciones especiales encaminadas a regularizar o sanear el dominio de la pequeña propiedad raíz, con el propósito como se expresa en la exposición de motivos de ese cuerpo legal... [...]; 5º) Que, por lo demás, cabe resaltar que los preceptos del Decreto Ley 2.695 que se reprochan de inconstitucionales **no establecen una modalidad para adquirir el dominio que se aparte enteramente de las que para la prescripción adquisitiva contiene el Código Civil, puesto que además de la posesión material del predio, de no menos de cinco años, se requiere también posesión regular, que se otorga mediante la correspondiente inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, situación que por ende habilita para adquirir el dominio del inmueble por prescripción una vez transcurrido un año desde la fecha de aquella inscripción; y 6º) Que, en consecuencia, esta modalidad especial de adquirir el dominio de ciertos bienes raíces resulta acorde con lo que preceptúa el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, en cuanto por dicha norma se entrega a la ley el establecimiento de los modos de adquirir la propiedad de los bienes corporales e incorporales...***”.

134 En cuanto a la inaplicabilidad globalmente considerada, el máximo tribunal asimismo accedió a declararla en las siguientes resoluciones publicadas: *Gaceta Jurídica* N° 120, pág. 28; N° 142, pág. 28; y en la sentencia pronunciada el 24 de abril de 1992, contenida también en *Gaceta* N° 143, pág. 23.

otorga a su norma de reemplazo efectos sobre el pasado, de modo que el hecho generado por una ley anterior es materia que corresponde dilucidar al tribunal que conoce del litigio, lo que se corrobora a su juicio, por lo dispuesto en el artículo 53 del Código Civil, que dispone que:

“la derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley”.

Rechazando esa visión del Ministerio Público, y optando en cambio, por lo que llamaríamos una histórica decisión, porque con ella se apartó tal vez por vez primera de lo que había constituido su jurisprudencia de decenios, en orden a considerar siempre que sólo es posible atacar mediante esta acción determinados y precisos preceptos de una normativa legal y no una norma globalmente considerada, se pronunciaron diez ministros de la máxima instancia del Poder Judicial.

Existe como hemos podido ver, abundante jurisprudencia sobre el ya tantas veces mencionado decreto-ley; ella ha sido cambiante porque la integración de la Corte Suprema fue cambiando con los años, y, en ocasiones los mismos jueces que la componían fueron cambiando sus pareceres ¹³⁵

¹³⁵ Así, citando sólo por vía ejemplar, podemos nombrar la sentencia de 20 de agosto de 1999 donde se pidió la inaplicabilidad de los artículos 2º, 15 y 16 del Decreto-Ley N° 2695 de 1979, que recaerían en una multiplicidad de juicios reivindicatorios iniciados por las señoras François y Ana Catherine, ambas de apellidos Le Moal Müller, dirigidos en contra de varias personas y con tramitación en distintos tribunales civiles, además de una querrela ante el Octavo Juzgado del Crimen de Santiago, por haber utilizado los demandados instrumentos públicos y privados falsificados y contratos simulados, e iniciar sendos procedimientos de saneamiento de dominio ante el Ministerio de Bienes Nacionales con el fin de obtener la posesión inscrita de cada uno de los cinco retazos en que se subdividieron las parcelas N° 191 y 192 del Fundo de la Reina, de propiedad de las actoras, según aseguraron.

Las recurrentes se enteraron por la prensa de la transferencia de la propiedad en disputa, iniciando querrela ante la Justicia Ordinaria del Crimen, además de las pertinentes acciones civiles de reivindicación preparadas con medidas prejudiciales precautorias destinadas a evitar que se consumara la referida venta fraudulenta. El señor juez del Octavo Juzgado del Crimen además había resuelto someter a proceso a todos los involucrados por utilización a través de fraude del mentado decreto-ley, razón por la cual también en su petitorio se había incluido esta última causa penal en la acción de inaplicabilidad.

Todos los demandados -y procesados- evacuaron traslado en el sentido de que el recurso debía ser declarado inadmisibile porque el decreto-ley (del año 1979) es de anterior vigencia a la Constitución (1981), por lo que mal podía considerarse inconstitucional una norma anterior a la Constitución que se dice conculcada, además de expresar que las demandas reivindicatorias entabladas les fueron notificadas fuera de plazo, pues la sola notificación de la medida prejudicial no es suficiente para interrumpir la prescripción que les favorecía. La Corte Suprema recordó, que de los antecedentes tenidos a la vista, las medidas prejudiciales fueron notificadas a todos los demandados antes del vencimiento del plazo del año que establece el precepto legal, a excepción de una que eludió al receptor y se dio por emplazada posteriormente en forma personal pero, a su respecto, ya estaba iniciada la querrela criminal; y por fallo de 10 votos contra siete, resolvió acoger el recurso, declarando inconstitucionales los

Para el abogado don Gastón Gómez Bernales, no deja de ser curioso, por decir lo menos, lo acontecido con la jurisprudencia cambiante del máximo tribunal con ocasión de haberle correspondido pronunciarse sobre la constitucionalidad del Decreto-Ley 2.695. Resume así lo acontecido en los fallos por nosotros estudiados y en los numerosos más que existen sobre la materia, y que fueran, algunos, a pie de página recogidos:

“1°) Resulta claro, de lo expresado hasta aquí, que la Corte no ha tenido a propósito de situaciones subjetivas o casos concretos semejantes o prácticamente idénticos razonamientos, criterios interpretativos y decisiones constitucionales similares. Desde acciones reivindicatorias, oposiciones a inscripciones -esto es desde situaciones que no están consolidadas ni pueden generar <<derechos adquiridos>>- acciones de nulidad de inscripción y otras la Corte ha tenido decisiones contradictorias,

artículos singularizados del decreto-ley, los que no pudieron ya aplicarse en los correspondientes juicios del Sexto, Séptimo, Vigésimoprimer, Vigésimosexto y Vigésimonoveno Juzgados Civiles de Santiago, además del tribunal en lo Criminal señalado. Votaron por ello el Presidente don Roberto Dávila, además de los Ministros señores Servando Jordán, Luis Correa Buló, Guillermo Navas, José Benquis, Ricardo Gálvez -con una prevención-, Jorge Rodríguez, Enrique Cury, José Luis Pérez y Urbano Marín.

Y en contra, estuvieron los jueces Osvaldo Faúndez, Hernán Álvarez García, Oscar Carrasco, Marcos Libedinsky, Orlando Álvarez Hernández, Domingo Yurac y Humberto Espejo, quienes estimaron que dicho decreto-ley contiene un conjunto armónico de normas especiales encaminadas a regularizar o sanear el dominio de la pequeña propiedad raíz, es decir, una modalidad especial de adquirir ese derecho real de ciertos bienes raíces, lo que resulta acorde con lo que preceptúa el artículo 19 N° 24 de la Constitución. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCVI, 2ª parte, Sección 5ª, pág. 113.

Además, citamos la sentencia de fecha 22 de agosto de 2003, donde se desestimó de manera unánime el interpuesto por doña Alicia Abarca, quien había iniciado acción de precario o de simple precario, encaminada a obtener la restitución de un inmueble que dijo pertenecerle, el que estaba siendo ocupado por el demandado sin un contrato que le diera tal autorización. Ya se había practicado la inscripción con arreglo al Decreto-Ley 2695, y verificado en el registro respectivo del Conservador de Bienes Raíces, durante el año 1982. “5°) *Que, por consiguiente, no puede sino sostenerse que los preceptos legales impugnados por esta vía ya tuvieron aplicación, como quiera que el procedimiento de regularización de la posesión, que consultan [...] se encuentra concluido, y el inmueble ha sido transferido varias veces después de ello. Al ser así, quiere decir que a través de este recurso se intenta, en último término, afectar una situación configurada respecto de una persona que no es parte en este juicio, con arreglo a las normas legales que se cuestionan, lo que implica necesariamente, que las mismas ya tuvieron aplicación*”. El veredicto esta vez fue unánime: Ministros Mario Garrido Montt (Presidente), Hernán Álvarez, Marcos Libedinsky, Eleodoro Ortiz, Ricardo Gálvez, Alberto Chaigneau, Jorge Rodríguez, Enrique Cury, José Luis Pérez, Orlando Álvarez, Urbano Marín, Humberto Espejo, Domingo Kokisch, señora María Antonia Morales y señor Adalis Oyarzún. Misma *Revista*, Tomo C, 2ª parte, Sección 5ª, pág. 121.

136 También en este aspecto puede consultarse el trabajo de BARCÍA LEHMANN, Rodrigo, *De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce*, Revista Chilena de Derecho Privado, N° 22, julio de 2014, Santiago.

pero, además, razonamientos incongruentes -como queda gráfico. Tal ambigüedad confunde a los actores o solicitantes, sin lograr definir una práctica constitucional que los actores deban seguir. Decisiones contradictorias alientan, además, la percepción de que según factores aleatorios se puede obtener una decisión de inconstitucionalidad, enviando una decisión perversa a todo el sistema. La Corte, como se ve, extravía su rol como órgano de jurisdicción constitucional ya que no ha resuelto con coherencia e integridad el problema de la constitucionalidad del DL 2695. Vale decir, la Corte no logra arribar a una práctica constitucional sólida que oriente a los tribunales y actores acerca de cómo debe entenderse y aplicarse el derecho de propiedad.

“2°) El razonamiento de la Corte es en muchos casos bastante ambiguo y se presta para confusiones. En 1990 acogió un caso de quien reivindicaba y se opuso a la inscripción de quien utilizaba el DL dentro del año que prevé la ley para que el nuevo poseedor inscrito adquiriera por prescripción. Sin embargo, el razonamiento de la Corte Suprema para acoger es que el DL es inconstitucional pues las instituciones que crea para regularizar la propiedad raíz son inconstitucionales en abstracto. Si la tesis es que el DL es inconstitucional en su totalidad, entonces debiera aplicarse a todas esas situaciones subjetivas -al menos- que han sido resueltas apelando a que el DL produjo sus efectos y que la situación está consolidada. Como dice en un fallo de 3 de diciembre de 1999 -tres meses después de acoger- ‘se produjeron los efectos previstos por el legislador’. Resulta contradictorio sostener que en estos casos desechados por afectar situaciones adquiridas ese DL calificado de inconstitucional en otro fallo, ahora ha producido todos sus efectos y por ello debe rechazarse el recurso.

“3°) Si la razón para rechazar o acoger el recurso es puramente abstracta no es la Corte Suprema el órgano más adecuado para formular estas decisiones constitucionales por diversas razones, pero fundamentalmente, porque no demuestra reflexionar sobre todo el espectro de razones o interpretaciones que desde la doctrina, fallos anteriores, finalidades sociales y políticas que cubre el DL 2695, se han elaborado ya sea para afirmar que es o no inconstitucional este estatuto que regulariza la pequeña -y a veces no tan pequeña- propiedad raíz. De este modo, sus

*decisiones no uniforman una interpretación coherente del derecho de propiedad constitucional y no genera pautas o directrices que los restantes órganos puedan seguir”*¹³⁷

Así, continuando con aseveraciones de esa índole, podemos mencionar la de **Miguel Ángel Fernández González, consignada en su estudio ya traído a colación:**

*“sabido es que la jurisprudencia de la Corte Suprema, en relación con el Decreto Ley N° 2.695, ha sido errática”*¹³⁸

También se ha manifestado don Fernando Saenger, quien señaló que después de 1992:

*“... se han desechado decenas de recursos con un inexplicable cambio de orientación jurisprudencial. Ello es incomprensible, salvo el cambio de algunos Ministros con el transcurso del tiempo. Sin embargo, la jurisprudencia ha seguido contradictoria. En una ocasión se han acogido recursos, en las otras se han desechado”*¹³⁹

Por supuesto también el máximo tribunal ha debido pronunciarse en distintas ocasiones sobre el Decreto-Ley N° 2695, vía recursos de casación¹⁴⁰

137 GÓMEZ BERNALES, Gastón, *La jurisdicción constitucional: fundamento de la acción o recurso de inaplicabilidad, crónica de un fracaso*, en Foro Constitucional Iberoamericano N° 3, año 2003.

138 FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, obra cit., Revista de Derecho (Valdivia), Volumen IV, diciembre 1993, págs. 55 a 56.

139 SAENGER GIANONI, Fernando, obra cit., Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional N° 7, Año 2003, pág. 446.

140 La Corte Suprema, el 4 de marzo de 2014, en autos caratulados <<Morgado, María Verónica con Vergara González, Claudia>> (rol N° 15.896-2013), desechó un recurso de casación contra el fallo de la Corte de Apelaciones de Talca, y que había sido interpuesto por la parte que se oponía al saneamiento. En el considerando 3° del fallo del Tribunal Supremo, se resolvió desear lo alegado por la recurrente en cuanto a que: *“los sentenciadores desestiman la prueba aportada por la comunidad demandante puesto que los documentos aportados son posteriores a la época en que se presentó la solicitud de regularización ante el Ministerio de Bienes Nacionales por la demandada. Por todo lo anterior, es que rechazan la oposición que se ha formulado por cuanto la solicitante logró acreditar los presupuestos fácticos exigidos por los artículos 2°, 3° y 4° del Decreto Ley N° 2695”*, y lo anterior se debe a que *“la recurrente no denunció, de modo eficiente, la vulneración de las normas reguladoras de la prueba, lo que habría permitido, una vez constatada tal infracción, analizar las probanzas de autos y, en su caso, modificar los hechos establecidos por los sentenciadores”* (considerando 4° del fallo).

En juicio ordinario caratulado <<Yáñez Ramírez, Ricardo con Mege Varas, Rebeca>> por sentencia de 16 de septiembre de 1998, el señor Juez subrogante del Juzgado de Letras de Florida, decidió rechazar la acción reivindicatoria dirigida contra el injusto detentador, fundada en los términos del artículo 915 del Código Civil. Apelado dicho fallo por ambas partes en

¹⁴¹. Asimismo, al Tribunal Constitucional también le ha cabido dar su

conflicto, una Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción, lo confirmó. En su contra, la parte demandante dedujo entonces recursos de casación en la forma y en el fondo. La Primera Sala de la Corte Suprema (rol 286-2004) dijo: “*Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 582, 686, 700, 724, 728, 915 y 924 del Código Civil y 175 y 186 del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada [...] en cuanto por ella se rechaza la demanda reivindicatoria y, en su lugar se decide: I.- SE ACOGE la demanda de lo principal de fojas 16, debiendo la demandada restituir a los actores, dentro de décimo día de ejecutoriado este fallo, la propiedad consistente en un retazo de 20,94 hectáreas, ubicadas al Sur de la Higuera Dos del Fundo San Sebastián de Manco, singularizada en el plano de fojas 45 de estos autos*”. (rol N° 386-2004 del Juzgado de Letras de Florida). Magistrados señores Jorge Rodríguez Arizúa, Sergio Muñoz Gajardo y señora Margarita Herreros, además del Ministro suplente Julio Torres Allú y el Abogado Integrante Roberto Jacob.

Con fecha 5 de junio de 1990, doña Rebeca Mege Varas, había invocado una posesión material de 40 años, solicitando se declarara la posesión regular -conforme al procedimiento establecido en el Decreto-Ley 2695- del retazo de terreno en cuestión. En su solicitud señaló que dicho predio lo adquirió por herencia de su cónyuge. Primeramente en ese entonces su contraparte había deducido recurso de inaplicabilidad en contra de las disposiciones del decreto-ley en las que se había apoyado la solicitante de saneamiento; la acción de inaplicabilidad había sido desestimada.

¹⁴¹ De mucho interés es el análisis que doña María Silva Gallinato hace de la sentencia rol 1018-2009 del máximo tribunal (<< caso Sociedad Comercial Camarrico Ltda. con Héctor Enrique Alvear Villalobos >>), donde analiza el contenido del extensísimo fallo que estudia. En primera instancia se había hecho lugar a la demanda reivindicatoria, declarando que el demandado no tenía derecho alguno sobre el bien disputado, siéndole además ordenado restituir la propiedad. La Corte de Apelaciones confirmó lo resuelto, ante lo cual la demandada presentó recursos de casación en la forma como en el fondo ante la Corte Suprema. La comentarista, citando la *Teoría General del Derecho* (1987) de Norberto Bobbio, para ilustrarnos del conflicto normativo que se ha hecho presente en el caso en cuestión (el que está constituido por “*aquella situación de incompatibilidad que se produce entre dos normas que pertenecen al mismo ordenamiento y tienen el mismo ámbito de validez, en virtud del cual la aplicación de una de las normas conduce a resultados contrarios a los que se generan con la aplicación de la otra*”).

En cuanto a sus supuestos, y luego de que el máximo tribunal rechazara la casación de forma, pero acogiera la de fondo, -anulando la sentencia, y por tanto desestimando la acción reivindicatoria deducida-, nos dice: “**la Corte Suprema, a nuestro juicio, estaba obligada a enviar los antecedentes del caso al Tribunal Constitucional para que conociera el asunto vía requerimiento de inaplicabilidad**. Esta última afirmación se funda en los siguientes motivos: a) *El órgano idóneo para conocer de los de validez de una norma legal por pugnar con la Carta es el Tribunal Constitucional*. b) *Lo que acabamos de decir se sostiene en la circunstancia de que el art. 93 N° 6 no distingue entre los preceptos legales cuya aplicación se teme producirían una inconstitucionalidad, en cuanto a si se encuentran o no derogados*. c) *Por lo demás, como ya dijimos, la mayoría de la doctrina considera que el criterio cronológico cede ante el de jerarquía, envolviendo el caso, por lo tanto, un problema de validez de normas y no de vigencia*. d) *Ello se afirma al tenerse presente que a través del recurso de inaplicabilidad el Tribunal Constitucional no examina en abstracto el conflicto entre los preceptos legales y los de la Carta Fundamental sino en concreto, lo cual le puede llevar a concluir que, en relación a las circunstancias que rodean el caso particular, se produzca un vicio de constitucionalidad si el juez del caso aplica el precepto legal impugnado, lo cual no ocurre cuando simplemente se constata en abstracto la derogación de la norma*”. (Nota: los resaltados son nuestros). Por acoger el recurso se pronunciaron los Ministros señor Sergio Muñoz, señora Margarita Herreros, señores Juan Araya y Guillermo Silva Gundelach. Mientras que por rechazarlo, el presidente de la Sala don Adalis Oyarzún. SILVA GALLINATO, María, *Comentario a la sentencia Rol 1018-09 de la Corte Suprema*, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Volumen 20, N° 2, Coquimbo, año 2013.

parecer. Sólo diremos que con fecha 14 de noviembre de 2013, dicha Magistratura no hizo lugar a un requerimiento de inaplicabilidad que impugnaba precisamente los artículos 15 y 16 del Decreto-Ley, en un juicio ordinario de reivindicación y nulidad de inscripciones de que conocía el Primer Juzgado Civil de Rancagua. Su rechazo a lo pedido versó en los siguientes términos:

*“(Quinto) ... cabe anotar que la hipotética privación del dominio de la requirente no puede configurar el atropello o menoscabo de la garantía constitucional de que se trata, puesto que el legislador del Decreto Ley N° 2.695 ha calificado una causa de utilidad pública o de interés nacional para autorizar las actuaciones que ampara y previsto el derecho a una indemnización o compensación en dinero para el titular del derecho de dominio u otro derecho real afectados”*¹⁴²

142 Rol N° 2447-13 (INA). Voto unánime de la señora Presidenta doña Marisol Peña Torres; y de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández, Juan Romero Guzmán y señora María Luisa Brahm.

Los magistrados Aróstica, Romero y Brahm previnieron que concurrían al fallo, pero dieron las siguientes argumentaciones por separado: *“1º) Que el legislador, al establecer mediante el D.L. N° 2.695 un nuevo modo de adquirir el dominio, e independiente de hacerlo en virtud del ejercicio del derecho a la propiedad consagrado en el artículo 19 N° 23º de la Constitución, no está exento de límites constitucionales que deben ser observados. Uno de esos límites es el respecto al derecho de propiedad establecido en el artículo 19 N° 24º de la Constitución; 2º) Que no está en discusión que el dominio sobre un inmueble adquirido según las reglas del Código Civil está amparado por la garantía de integridad patrimonial consagrada en el artículo 19 N° 24º de la Constitución, lo que no significa que se asevere que las normas del Código Civil tengan, en sí mismo, la jerarquía de normas constitucionales; 3º) Que la existencia de una justificación de interés público (o general de la Nación) para la intervención del Estado legislador no excluye, necesariamente, que se proteja el valor patrimonial del dominio de aquellos negativamente afectados por dicha intervención. En efecto, el D.L. N° 2.695 está sustentado no sólo en la posibilidad que se le brinda a muchas personas a acceder al dominio de un inmueble que antes no tenían, sino también en la eventual pérdida o privación del derecho de dominio de un propietario al cual la Constitución también le brinda amparo; 4º) Que la protección del contenido económico del derecho de dominio puede hacer exigible una indemnización o compensación. El D.L. N° 2.695 contempla la posibilidad de reclamar una compensación económica. Sin embargo, primero, no es un tema irrelevante si la compensación resulta suficiente o no y, segundo, tampoco lo es si existen o no impedimentos para acceder; en la práctica, a la compensación económica reconocida en el cuerpo legal recién aludido. No existe constancia en autos de si hubo o no notificación efectiva, o de si la notificación pudo o no haber proporcionado la posibilidad de oponerse o, en su defecto, de accionar para la obtención de la compensación reconocida por el DL N° 2.695. Nada de aquello fue siquiera alegado por la recurrente”*.

14. Situación del Decreto-Ley N° 2191, sobre Amnistía

Como sabemos, tuvo lugar por parte de la Junta de Gobierno que asumió el poder en el año 1973, la dictación de una ley de amnistía para los autores, cómplices o encubridores de hechos delictuosos en que se hubiera incurrido, mientras el país se encontraba bajo la vigencia del Estado de Sitio, esto es entre las fechas comprendidas del 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. En el artículo 1° de dicho decreto-ley se señala lo anteriormente expuesto; en el artículo 2° se dice que se amnistía a las personas condenadas por tribunales militares con posterioridad a la primera de estas fechas. Y en el artículo 3° se nombran los delitos que quedan excluidos de ser favorecidos por ella ¹⁴³.

Comenzando la década de 1990, se presentó ante la Corte Suprema, en la causa N° 553-78 de la Segunda Fiscalía Militar de Santiago, seguida contra Manuel Contreras y otros -en que se investigaban delitos de secuestros agravados-, recurso de inaplicabilidad por cuanto se estimaba por los

143 Es de fecha 18 de abril de 1978, y dice como sigue:

“Vistos: lo dispuesto en los decretos leyes N°s 1 y 128, de 1973, y 527, de 1974, y

Considerando:

1°) *La tranquilidad general, la paz y el orden de que disfruta actualmente todo el país, en términos tales, que la conmoción interna ha sido superada, haciendo posible poner fin al Estado de Sitio y al toque de queda en todo el territorio nacional;*

2°) *El imperativo ético que ordena llevar a cabo todos los esfuerzos conducentes a fortalecer los vínculos que unen a la nación chilena, dejando atrás odiosidades hoy carentes de sentido, y fomentando todas las iniciativas que consoliden la reunificación de los chilenos;*

3°) *La necesidad de una férrea unidad nacional que respalde el avance hacia la nueva institucionalidad que debe regir los destinos de Chile.*

La Junta de Gobierno ha acordado dictar el siguiente Decreto Ley:

“Artículo 1°) Concédase amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas.

Artículo 2°) Amnistiase, asimismo, a las personas que a la fecha de vigencia del presente decreto ley se encuentren condenadas por tribunales militares, con posterioridad al 11 de septiembre de 1973.

Artículo 3°) No quedarán comprendidas en la amnistía a que se refiere el artículo 1°, las personas respecto de las cuales hubiere acción penal vigente en su contra por los delitos de parricidio, infanticidio, robo con fuerza en las cosas, o con violencia o intimidación en las personas, elaboración o tráfico de estupefacientes, sustracción de menores de edad, corrupción de menores, incendios y otros estragos; violación, estupro, incesto, manejo en estado de ebriedad, malversación de caudales o efectos públicos, fraudes y exacciones ilegales, estafas y otros engaños, abusos deshonestos, delitos contemplados en el decreto ley número 280, de 1974, y sus posteriores modificaciones; cohecho, fraude y contrabando aduanero y delitos previstos en el Código Tributario.

Artículo 4°) Tampoco serán favorecidas con la aplicación del artículo 1°, las personas que aparecieren responsables, sea en calidad de autores, cómplices o encubridores, de los hechos que se investigan en proceso rol N° 192-78 del Juzgado Militar de Santiago, Fiscalía Ad Hoc.

Artículo 5°) Las personas favorecidas por el presente decreto ley, que se encuentren fuera del territorio de la República, deberán someterse a lo dispuesto en el artículo 3° del decreto ley N° 81, de 1973, para reingresar al país”.

querellantes que el DL 2191, violaría los artículos 5°, 19 N° 2; 7°, 23 y 24 de la Carta Fundamental. El recurso buscaba, por cierto, que dicha normativa en el proceso nombrado no pudiera en definitiva aplicarse, ya que en primera instancia se había dictado sobreseimiento definitivo en base al precepto impugnado, de conformidad con los artículos 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal y 93 N° 3 del Código Penal, resolución que no se encontraba ejecutoriada.

Llamada la Corte a pronunciarse, con fecha 24 de agosto de 1990 ¹⁴⁴, comienza recordando:

“Que, el otorgamiento de esta amnistía encuentra y tiene su fundamento constitucional en la anterior Carta Política del año 1925, la que en su artículo 45 establecía, así como la actual Carta de 1980 lo hace en su artículo 60 N° 16, que sólo en virtud de una ley se puede conceder amnistía”,

para luego en los considerandos siguientes (13° a 15°) precisar el concepto y la naturaleza jurídica de esta institución:

“13°) Que, no ha definido la ley el significado de la palabra amnistía, pero en general los autores coinciden en que procede de la voz griega ‘amnesis’, que significa olvido. El Diccionario de la Lengua señala que es ‘olvido de los delitos políticos, otorgados por la ley...’; y la doctrina históricamente la ha considerado como ‘La gracia del Jefe de Estado o del Gobierno por el que se decreta el olvido y perdón de cierta clase determinada de delincuencia’. En una definición más amplia de su contenido, Jiménez de Azúa en su obra de Derecho Penal, cita la siguiente: ‘Es -la amnistía- el olvido, la declaración hecha por el poder público de que las leyes destinadas a hacer constar que el crimen se cometió, quienes son las personas responsables, cuál es la pena, así como si ésta se hubiese declarado, quedan temporalmente derogadas y sin observancia, pues es la derogación parcial y transitoria de las leyes, respecto a determinados delitos’ (citado en la Memoria ‘Indultos y Amnistía’ de don S. Stone; pág. 77). Ha sido unánime la doctrina en el sentido indicado, explicándose, además, que por ser el Estado el único que tiene la potestad de castigar los hechos constitutivos de delitos, puede renunciar

¹⁴⁴ La presente sentencia ha tenido una doble mirada para su tratamiento: la presente y la que ya se estudiara a propósito de la posibilidad de atacar mediante el recurso de inaplicabilidad un precepto que ha sido dictado con anterioridad a la Constitución que se encuentra vigente, donde fuera también incluida (Ver N° 1 Sección Tercera).

parcialmente a ella y mediante la amnistía dejar sin sanción determinados delitos, lo que en general ocurre en períodos de grave perturbación política o revolucionarios, con la finalidad de restablecer la paz social y la estabilidad institucional perturbada o amenazada [...] Es útil precisar que teniendo la amnistía una motivación política de orden público, los países en general la hayan concedido para delitos de ese matiz, igual que en el nuestro desde el inicio casi de la República, pero este principio no constituye regla absoluta pues se la ha extendido a delitos de todo orden, como sucede en nuestro ordenamiento, que no contempla limitación para que opere en relación con cualquier clase de delitos...”

por lo que la Corte no encuentra sustento al planteamiento contenido en la inaplicabilidad, donde el recurrente sostiene que “*resulta incongruente que el articulado del decreto de amnistía de 1978 en vez de reducir sus efectos a los delitos políticos o conexos los haya ampliado a delitos comunes...*”; además, cita a los profesores Alfredo Etcheverry y Eduardo Novoa, los que a su juicio coinciden al expresar que la amnistía:

“... es la expresión más amplia del derecho de gracia o perdón, respecto de la responsabilidad penal; en particular el señor Novoa cuando dice que por la amnistía ‘se tiene por no existente la violación de la ley penal que debió ser aplicada a individuos con plena responsabilidad los hechos tipificados legalmente’ (Curso de Derecho Penal chileno, Parte General, pág. 440). 15º) Que con lo analizado precedentemente, debe entenderse que en nuestro ordenamiento jurídico la amnistía constituye un acto del Poder Legislativo que suspende de manera objetiva la declaración de criminalidad hecha por otra ley, como consecuencia de que hace desaparecer en el delito su punibilidad al eliminar la pena y todos sus efectos en los hechos ilícitos que comprende, e impide y paraliza definitivamente o para siempre el ejercicio de toda acción judicial que tienda a sancionarlos; o anula y deja sin efecto las condenas que por esos delitos se hayan impuesto, dejando a sus autores -en el orden legal- en la misma situación que si no hubiesen delinquido”

Luego de las reflexiones anteriores, desde el considerando 17º, el Tribunal Pleno se avoca a determinar si el DL 2191 resulta contradictorio con la normativa constitucional que el recurrente dice que vulnera.

Con respecto al *principio de igualdad*, al efecto se había argumentado por el requirente que esta vulneración se había producido porque la ley de amnistía no eliminó la “esencia penal” de los delitos de un modo general y abstracto, sino que estableció una norma de carácter particular en beneficio de una determinada delincuencia, de modo que mantuvo el castigo penal en los mismos ilícitos para aquellos que al tiempo de concederse el perdón, se hallaban procesados o condenados.

La Corte en este punto, concluyó que no se divisaban razones para aseverar que la citada disposición legal infringiera la mentada garantía de igualdad ante la ley, ni que tampoco estableciera arbitrarias diferencias:

“18º) Que al contrario de lo que se afirma, del contenido del precepto objetado [...] se aprecia nítidamente que la amnistía que concede no es personal ni particular, sino que esencialmente general e igual en relación con los hechos punibles en que hubieren incurrido sus autores, cómplices o encubridores, durante el período que comprende [...] con la limitación de no encontrarse aquéllos sometidos a proceso o condenados al momento de la publicación de la ley, y de que, además, no se trate de los delitos excepcionados del perdón que especifica en sus artículos 3º y 4º. Cabe señalar que la generalidad que se advierte es un principio inherente a estas leyes de perdón y resulta de las motivaciones de orden e interés público que orientan su finalidad, tal como se manifiesta también en la exposición de motivos que precede al articulado del D.L. 2191 de 1978”

En cuanto a que el decreto-ley se hallaba en contradicción con los principios y normas que contiene el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución (disposición introducida con la modificación del artículo 1º de la Ley 18.825, de 17 de agosto de 1989 ¹⁴⁵), argumentó el recurrente en este aspecto, que la infracción se produce en razón de los efectos que acarrea dicho decreto-ley, en cuanto pretende sustraer los hechos, que son fundamentos del juicio penal de la órbita de los Tribunales llamados a conocerlos y juzgarlos de acuerdo con lo que preceptúa el artículo 73 (actual 76) de la Constitución, privándolos de esta facultad. A este respecto, la Corte dijo lo que a continuación sigue:

¹⁴⁵ Dice: “*el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”.

“(22°) ... los efectos que tiene la amnistía como causal objetiva de extinción de la responsabilidad penal se producen y dicen relación directa con la investigación criminal o el proceso penal en que inciden los ilícitos comprendidos en la ley de perdón, ya sea impidiéndola, paralizándola o poniéndole término, en conformidad con lo que en la materia preceptúan los artículos 107 y 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal. Lo anterior significa, que el precepto tachado no cercena arbitrariamente ni de modo contrario a la norma constitucional el ejercicio de la potestad jurisdiccional que confiere el artículo 73 de la Carta Política a los Tribunales que establece la ley, puesto que de ella se derivan las citadas consecuencias, y porque los órganos del Estado, entre ellos los Tribunales, deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, tal como ordena la Constitución en su artículo 6°”

A continuación, el Tribunal Pleno, se hace cargo de la impugnación en cuanto sostiene que la aplicación del artículo 1° del DL 2191, afectaría los Derechos Humanos que garantizan los Tratados Internacionales ratificados por Chile y actualmente vigentes. En el cuerpo del escrito del recurso se mencionaron dos instrumentos internacionales, a saber, primero, la Convención para la Prevención y Sanción de Delito de Genocidio, aprobada en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de 1948, la que se encuentra incorporada como ley interna en virtud del Decreto Supremo promulgatorio de 5 de junio de 1953 ¹⁴⁶.

Para la Corte Suprema, sin embargo, las disposiciones de dicha Convención

“no tienen actual aplicación por cuanto no se han establecido en la legislación nacional sanciones específicas para castigar esa figura penal; por esta misma razón el profesor Echeverry opina que ‘no sería -el genocidio- sancionable en Chile sino en cuanto constituyera delitos comunes o militares específicos’¹⁴⁷ (Derecho Penal Tomo I, parte general, pág. 120)”

¹⁴⁶ El Decreto es el N° 316 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 11 de diciembre de 1953. Lleva la firma del Presidente de la República don Carlos Ibáñez del Campo.

¹⁴⁷ En el caso de la extradición pasiva, tramitada en nuestro país entre los años 1962 y 1963, solicitada por el Gobierno de la entonces República Federal Alemana en contra de Walter Rauff, inculpado bajo la figura de crímenes de guerra por la participación que se le atribuía en el exterminio de alrededor de 97.000 personas durante la Segunda Guerra Mundial, y que le correspondiera conocer al Presidente de la Corte Suprema don Rafael Fontecilla -actuando como juez de primera instancia-, hizo lugar a ella. Empero, conociendo en grado de apelación, una Sala del máximo

Y a continuación en segundo término, la Corte se pronuncia sobre la alegación contenida en cuanto a que los Convenios de Ginebra (suscritos por el Gobierno de Chile con fecha 12 de agosto de 1949¹⁴⁸), al estar incorporados a la legislación nacional, obligaría a las Altas Partes Contratantes que lo suscribieron, a sancionar a los responsables de las graves infracciones que en ellos se contemplan.

La Corte señala que los acuerdos internacionales citados deben considerarse comprendidos en la norma del artículo 5° de la Constitución, que ordena a los órganos del Estado respetar y promover los derechos que ahí se aseguran; empero, al analizar los artículos 2° y 3° que son comunes a los cuatro Convenios promulgados,

“... resulta de manifiesto que su aplicación incide y se limita específicamente a casos de guerra declarada, de carácter internacional y sobre situaciones de conflictos armados internos, que surjan dentro del territorio de algunas de las Altas Partes Contratantes, y dejan en evidencia sus disposiciones que en esta última situación debe tratarse de un efectivo conflicto bélico o de guerra interna, entre partes contendientes armadas¹⁴⁹...”

tribunal de justicia, con sentencia fechada el 26 de abril de 1963, revocó dicha resolución, negando la entrega del acusado, en atención -entre otras argumentaciones- que no se encontraba tipificado el delito de “*crímenes de guerra*” en nuestro derecho ni tampoco estar prevista sanción legal para el de “*genocidio*” en nuestra legislación positiva. Hubo de calificarse los hechos como homicidios múltiples, a los cuales se dio aplicación de la prescripción de la acción penal.

Votaron por negar lugar a la extradición solicitada, los Ministros señores Pedro Silva, Manuel Montero, Julio Espinoza, Ramiro Méndez y Víctor Ortiz, además del Abogado Integrante Leopoldo Ortega. El Ministro don Eduardo Ortiz Sandoval, en voto disidente, fue partidario de confirmar el fallo apelado. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo IX, 2ª parte, Sección 4ª, pág. 112 y ss.

En fecha más reciente (diciembre de 2006), la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, en votación dividida -revocando el sobreseimiento temporal que regía en la causa del Noveno Juzgado del Crimen-, resolvió someter a proceso por “*asociación ilícita genocida*” a varios oficiales en retiro de la Fuerza Aérea, por el secuestro de José Luis Baeza Cruces, hecho ocurrido el 9 de julio de 1974. En la mayoría estuvieron el Ministro don Carlos Cerda Fernández y la Abogada Integrante doña Andrea Muñoz. En contra se pronunció la Ministro señora Rosa Maggi D.

Por Ley N° 20.357, de 26 de junio de 2009, se tipificaron en Chile los *crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra*. Lleva la firma de la Presidenta de la República doña Michelle Bachelet Jeria.

148 El Decreto Supremo es el N° 752 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951. Lleva la firma del Presidente de la República don Gabriel González Videla.

149 Para contextualizar la situación, exponemos que la Octava Sala de la Corte de Apelaciones

de nuestra capital, con fecha 30 de septiembre de 1994, en el caso de la desaparición del matrimonio conformado por Edwin Van Yurick Altamirano y Bárbara Uribe Tamblay, en julio de 1974, resolvió confirmar, con declaración, la resolución de primera instancia del Juez don Raúl Trincado, del Octavo Juzgado del Crimen, que no hizo lugar al sobreseimiento parcial y definitivo solicitado por el procesado Osvaldo Romo Mena. La Sala, conformada por las Ministras señoras Violeta Guzmán Farren (presidenta) y Gloria Olivares Godoy, y por el Abogado Integrante Humberto Nogueira Alcalá, hizo precisa alusión a los Convenios de Ginebra -entre otras Convenciones-, los que aplicó al proceso en cuestión, negando la procedencia del DL 2191 sobre amnistía, pues entendió que sus disposiciones protegen los derechos humanos de los contendientes en caso de guerra externa o conflictos de carácter interno de un Estado, lo cual se da por establecido como la situación vigente a la fecha en que se cometió el ilícito investigado, invocándose para probar aquello, el Decreto-Ley N° 5 de 1973, que señala que debe entenderse *estado o tiempo de guerra* al Estado de Sitio decretado por *conmoción interna* para los efectos de la aplicación de la penalidad de tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar (*Gaceta*, N° 171, pág. 126).

También la Sala, siempre con la prevención de su presidenta, entre sus extensas consideraciones, trajo a colación que la propia Corte Suprema en el <<Caso Chanfreau>> (juicio por secuestro también del año 1974), al dirimir la *contienda de competencia* trabada precisamente entre la Ministra Gloria Olivares y el Segundo Juzgado Militar de Santiago, dijo entre sus fundamentos que “*del mérito de los antecedentes consta que los hechos investigados ocurrieron durante el estado de guerra, conforme los disponían los Decretos Leyes N°s 3 y 5 de 1973...*”.

La defensa del procesado presentó recurso de queja en contra de esta sentencia, que la Corte Suprema acogió con fecha 26 de octubre de 1995, declarando que los magistrados recurridos habían cometido falta que era necesario enmendar por esa vía, por lo cual se dispuso, decretar el sobreseimiento definitivo en favor del procesado Romo Mena. Voto unánime de los Ministros señores Roberto Dávila, Adolfo Bañados, Guillermo Navas y Eleodoro Ortiz, y el Abogado Integrante don Emilio Pfeffer Pizarro. *Gaceta*, N° 185, pág. 120.

Con fecha 9 de septiembre de 1998, en el caso de Pedro Poblete Córdova, desaparecido desde el 19 de julio de 1974, la Sala Penal del máximo tribunal -al acoger el recurso de casación en el fondo- dijo que la Corte Marcial al sobreseer la investigación por aplicación de la ley de amnistía, había realizado una errónea aplicación de la ley penal, disponiendo por tanto la reapertura de la investigación. Hizo relación directa al Decreto-Ley N° 5 de 1973, que en su artículo 1° declaró interpretado el artículo 418 del CJM, y estableció que el Estado de Sitio decretado por *conmoción interna* (situación que regía al 19 de julio de 1974), debía entenderse como *estado o tiempo de guerra* para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el Código referido y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación: “(9°) **Y entre esta última indudablemente se encontraban vigentes, como hoy, los Convenios de Ginebra de 1949, ratificado por Chile y publicado en el Diario Oficial de 17 al 20 de abril de 1951, que en su artículo 3° (Convenio Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra) obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter de internacional ocurrido en su territorio...**”. Fallo de los Ministros señores Guillermo Navas, Enrique Cury y José Luis Pérez Zañartu, y los Abogados Integrantes señores Arturo Montes y Fernando Castro. En voto de minoría el Auditor General del Ejército don Fernando Torres, sostuvo: “*En la especie, no es posible sostener que el estado de guerra decretado en Chile, entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de septiembre de 1974, con motivo del conflicto interno vivido en 1973, reúna las características de aquellos a que hacen referencias los Convenios de Ginebra suscritos y ratificados por nuestro país. El Decreto Ley N° 5 de septiembre de 1973, dispuso que debía entenderse estado o tiempo de guerra al estado de sitio decretado por conmoción interna para los efectos de la aplicación de la penalidad de tiempo de guerra que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales, y en general, para todos los demás efectos de dicha legislación. Es decir, se trató de una interpretación del artículo 418 del Código de Justicia Militar sólo para los efectos de aplicar la legislación de tiempo de guerra sin que en la realidad se reunieran los presupuestos de ese texto legal...*”. *Gaceta*, N° 219, pág. 119).

por lo que ellos no tendrían aplicación a los hechos delictuosos que se investigan en la presente causa llevada por la Segunda Fiscalía Militar de Santiago,

“por cuanto si bien están comprendidos dentro del período de la situación de Estado de Sitio que cubre la amnistía, no aparece que sean la consecuencia o hayan resultado de un estado de conflicto armado interno, de las características de las reseñadas precedentemente”,

por lo que el Tribunal Supremo concluye que las disposiciones de los referidos instrumentos internacionales no pueden resultar afectadas por el precepto legal que concedió amnistía de 1978.

A renglón seguido, en el considerando 27°, la Corte aprovecha la ocasión para dejar consignado que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el año 1966, se *promulgó* en 1976¹⁵⁰, pero que debe entenderse incorporado a la legislación interna a partir de su *publicación*, lo que ocurrió recién en 1989^{151 152}. Por ello, el decreto-ley tachado de

Conociendo el Tribunal Pleno de la Corte Suprema, el recurso de apelación (que rechazó por concederse en primera instancia por parte de la Corte de Apelaciones de Santiago el desafuero del Senador Augusto Pinochet Ugarte, por la responsabilidad que pudiera caberle en el secuestro de 19 personas en las ciudades de Calama, Copiapó y Cauquenes, el Ministro don José Benquis -quien concurrió a la confirmatoria- en una prevención, hizo mención expresa a los mentados Convenios de Ginebra. 8 de agosto de 2000, Revista de Estudios Públicos N° 79, págs. 509 a 561.

Terminamos este punto con el caso de sentencia definitiva en el proceso por secuestro de Miguel Ángel Sandoval, detenido el 7 de enero de 1975. En primera instancia se había condenado a penas de cárcel a oficiales retirados del Ejército como responsables, ya como cómplices, ya como autores del delito, a penas que fluctuaban entre los cinco años y un día y quince años de presidio. La Corte de Apelaciones -en lo que aquí interesa- confirmó el fallo, por lo que hubo de pronunciarse la Corte Suprema mediante recursos de casación de forma y fondo, los que rechazó con fecha 17 de noviembre de 2004. Respecto a los Convenios de Ginebra, señaló que se encontraban indudablemente vigentes, y con el agregado de que mencionó expresamente: “(35°) ...*la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos*”. (Nota: el destacado es nuestro). Rol N° 517-2004, Ministros señores Alberto Chaigneau, Enrique Cury y Jaime Rodríguez, y los Abogados Integrantes Fernando Castro y Luz Jordán Astaburuaga).

150 El Decreto Supremo es el N° 778, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Lleva la firma del Presidente don Augusto Pinochet Ugarte.

151 Se publicó en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989. Lleva la rúbrica del mismo Jefe de Estado.

152 Es importante destacar que en el recurso de amparo deducido en favor de Leopoldo Ortega Rodríguez y ampliado a favor de Jaime Inzunza Becker, la Corte de Apelaciones de

Santiago, con fecha 28 de agosto de 1984, discutió el punto de la no publicación del mentado Pacto de Derechos Civiles y Políticos y cuya aplicación se solicitaba para poner fin a la medida de expulsión del territorio nacional, dispuesta por el Ministerio del Interior “*por orden del Presidente de la República*”, en uso de la facultad que se le concedía por el artículo 24 transitorio de la Constitución Política; también el recurso atacaba la orden de arresto que se dispuso en su contra. Para la mayoría de la Sala, conformada por el Ministro Osvaldo Faúndez Vallejos y el Abogado Integrante Orlando Álvarez, “*cualesquiera que sean los efectos y alcances del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en copia rola a fs. 1 y que ha sido promulgado, pero no publicado, es lo cierto que sus cláusulas y disposiciones no podrían, dentro de un orden de prevalencia razonable y natural, contrariar preceptos constitucionales, ni menos primar sobre éstos*”. Pero para el Ministro don Enrique Paillás Peña (presidente), tal circunstancia debe ser mirada de la siguiente forma: “*es necesario tener en consideración que por Decreto N°778, de 30 de noviembre de 1976, el Jefe de Estado dispuso que se cumpla y se lleve a efecto como Ley de la República la Resolución 2.200, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito por Chile en esa misma fecha. El artículo 12, de dicho Pacto dispone: <<1.- Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2-- Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. 3.- Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. 4.- Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país>>. Y la Constitución de 1980 ha dispuesto por su parte, que <<toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley, y salvo siempre el perjuicio de tercero>> (Art. 19 N° 7°, letra a); 5°) Que, en consecuencia, los decretos antes mencionado no han podido apartarse de las normas antedichas que han sido reconocidas por la primera autoridad de la Nación, la que dispuso que dicho Pacto se cumpla y se lleve a efecto como Ley de la República, si bien hasta ahora no ha sido publicada. Que por todo lo dicho, el disidente es de parecer que debe acogerse el recurso de amparo...”. Revista Fallos del Mes, 311, pág. 588.*

La Corte Suprema confirmó el rechazo del recurso: “7°) *Que habiéndose llegado a este punto y encontrándose establecido en autos que ni el decreto promulgador del Pacto que ordenó cumplirlo como Ley de la República, ni el texto del mismo han sido hasta la fecha publicados en el Diario Oficial, es fundado concluir que dicho Pacto carece de fuerza obligatoria en Chile, al igual que, en idéntica situación, carecería de ella una ley promulgada pero no publicada [...] la tesis de la incorporación automática del Pacto a nuestro Derecho interno está desautorizada por lo dispuesto en el artículo 2, párrafo 2 del propio Pacto en cuestión, el cual dispone: <<Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter>>. Este precepto torna, pues, incuestionable que los propios Estados Partes del Pacto estuvieron acordes en que sus estipulaciones carecían de la virtualidad de reputarse incorporadas automáticamente a su derecho interno. Por el contrario, previnieron que para ello se requería que cada cual adoptara los procedimientos y formalidades prescritos por su propia legislación nacional al efecto (seguimos destacando).*

En igual sentido (y con fecha 13 de octubre de 1986) plasmó su voto disidente nuevamente el Ministro señor Paillás, ahora en el caso del recurso de amparo en favor de Verónica De Negri Quintana, que tenía prohibición de ingresar al país, en virtud de la misma Disposición 24a. Transitoria. La Corte Suprema confirmó el rechazo del *hábeas corpus*.

El autor Gerardo Bernales, en artículo de doctrina, destaca el voto del Ministro Enrique Paillás, porque “*hace una aplicación finalista de la Constitución, por cuanto hace aplicable el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en circunstancias que dicho Pacto no había sido publicado*

inconstitucional, al impedir el juzgamiento y eventual condena por los hechos delictuosos que perdona, no está en contradicción con la Constitución Política, porque:

“en virtud de que el principio de la irretroactividad de la ley penal consagrado en la propia Carta Fundamental y que complementa el artículo 18 del Código Penal, impiden que tenga aplicación a situaciones y hechos acaecidos con anterioridad a su incorporación a la legislación interna, es decir, al 29 de abril de 1989”

Dicho todo lo anterior, la Corte por la unanimidad de sus miembros, rechaza el recurso de inaplicabilidad en todos los capítulos invocados en la presentación realizada:

“... se concluye que el artículo 1° del D.L. 2191, de 1978, tiene y encuentra aplicación en la causa Rol N° 553-78, de la Segunda Fiscalía Militar; del Segundo Juzgado Militar de Santiago”¹⁵³ (Presidente don Luis Maldonado; y Ministros señores Rafael Retamal, Enrique Correa Labra, Emilio Ulloa, Marcos Aburto, Hernán Cereceda, Enrique Zurita, Osvaldo Faúndez, Roberto Dávila, Lionel Beraud, Efrén Araya, Germán Valenzuela y Hernán Álvarez).

El Ministro don Rafael Retamal dejó constancia de que la denegación del recurso de inaplicabilidad:

para su entrada en vigor, aludiendo al mandato del Decreto N° 778 de 30 de noviembre de 1976, por el cual se dispuso que se cumpla y se lleve a efecto como ley de la República, interpretación que desde la perspectiva del formal resulta forzada, pero que con la perspectiva del tiempo y las circunstancias no lo es tanto, pues en aquella época no estaba en vigencia aún la Constitución.”* BERNALES ROJAS, Gerardo, *Los Tratados Internacionales, los derechos fundamentales y la jurisprudencia del período 1981-1989, bajo el régimen del art. 24 transitorio de la Constitución*, Revista Ius et Praxis, Vol. 9 N° 1, Talca, año 2003.

* Recordemos que el inciso 2° del artículo 5 fue modificado por el art. único N° 1 de la Ley de Reforma Constitucional N° 18.825, de 17 de agosto de 1989.

153 El Presidente señor Maldonado Boggiano, y los Ministros señores Faúndez y Dávila, siguiendo al Fiscal del Tribunal, previnieron -como ya fuera recordado con anterioridad- que concurrían al fallo teniendo únicamente presente, que, decidir si una disposición legal que regía con anterioridad a la vigencia de la Carta Magna, y que puede contraponerse con ella, “no es materia propia de un recurso de inaplicabilidad, sino que es una cuestión de supervivencia o derogación de una ley que corresponde resolver a los jueces de la instancia”. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXVII, 2ª parte, Sección 4ª, pág. 64.

Dicho fallo también fue destacado por la Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Volumen 23, N°s 2/3, Tomo II, *Aplicación del Derecho Internacional en Chile: jurisprudencia*, Septiembre-Diciembre 1996, pág. 500.

“produce como único efecto que en la causa en que se dedujo, no puede pretenderse por los jueces que la ley de amnistía es contraria a la Constitución, y por tal motivo pudiere no aplicarse en la solución del asunto; lo cual entiende sin perjuicio de la facultad de los jueces de la causa para omitir por otros motivos la aplicación de la susodicha ley de amnistía”^{154 155}

15. Recurso de inaplicabilidad en relación con el artículo 4° del Decreto-Ley 2191

Relacionado por cierto con el punto recientemente tratado, aunque ahora dirigido un recurso de inaplicabilidad en contra de uno de los artículos del Decreto-Ley 2191, no podemos dejar de mencionar por su trascendencia, que con fecha 3 de junio de 1994, se resolvió rechazar la acción de inconstitucionalidad del General (r) Manuel Contreras Sepúlveda y del también retirado Brigadier Pedro Espinoza Bravo. Ambos recursos se acumularon.

Pero recordemos los antecedentes del caso para comprender mejor lo decidido: por sentencia de 13 de noviembre de 1993, el Ministro Instructor de la Corte Suprema don Adolfo Bañados Cuadra había condenado a los recurrentes de inaplicabilidad, en fallo de primera instancia, por el

154 Ibid., prevención.

155 Este Ministro, además fue partidario de acoger el recurso de aclaración que a continuación del fallo recaído en la inaplicabilidad se dedujo. Dicho recurso (el que fue rechazado por doce votos contra uno) dijo relación con el considerando respectivo por el cual la Corte afirmó que la Ley de Amnistía impedía el ejercicio de toda acción judicial, y, por otra parte, sostuvo, que lo anterior era sin perjuicio de la conservación de la acción civil en favor de los perjudicados por el delito. Para la mayoría, el recurso de aclaración lo que buscaba en realidad era *“obtener una modificación o alteración de la sentencia, lo cual resulta legalmente vedado de acuerdo con lo dispuesto en la primera parte del artículo 182 del Código de Procedimiento Civil”*. El Ministro Retamal argumentó para acogerlo, que existía una contradicción en la sentencia dictada, *“porque las acciones civiles se fundamentan en los hechos penales establecidos. La aclaración del fallo busca la relación armónica entre el efecto de la amnistía y el posible ejercicio de la acción civil emanada del delito que es objeto de aquella, lo que se obtiene eliminando de los fundamentos de la sentencia la alusión al impedimento para ejercer la acción penal que el fallo atribuye a la amnistía. Por lo cual el disidente estima necesario eliminar esa alusión en todos los considerandos que la contienen...”*

homicidio del ex Secretario de Estado en la cartera de Relaciones Exteriores Orlando Letelier del Solar -hecho acontecido en Estados Unidos-, a la pena de 7 años al primero de ellos y 6 años de presidio al segundo ^{156 157}.

156 Una Sala de la Corte Suprema confirmaría, con fecha 30 de mayo de 1995, tal dictamen. A esa decisión unánime arribaron los Ministros señores Servando Jordán López, Hernán Álvarez, Marcos Libedinsky y Eleodoro Ortiz, además del Abogado Integrante Manuel Daniel Argandoña. Dicha Sala había aceptado con anterioridad la *recusación* en contra del Ministro de la misma Corte Germán Valenzuela -que la Corte de Apelaciones de Santiago había desestimado-, quien por tanto, quedó inhabilitado para conformar el tribunal de segunda instancia que dictaría la sentencia definitiva. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCII, 2ª parte, Sección 4ª, pág. 70).

157 Sólo en dos ocasiones se había designado a un Ministro de la Corte Suprema como tribunal unipersonal: una en el caso del ex Canciller Orlando Letelier -donde el Instructor fue, tal y como se dijo, el Ministro señor Bañados-; y la otra en el proceso por el homicidio del ciudadano español Carmelo Soria Espinoza, hecho ocurrido el 16 de julio de 1976, donde primeramente el Instructor fue don Marcos Libedinsky.

En este último proceso -y por su trascendencia- podemos decir que el Pleno de la Corte Suprema había aceptado la nominación de uno de sus miembros, después que una de sus Salas fallara en favor de los tribunales castrenses, la correspondiente *contienda de competencia* trabada entre la Ministro en Visita Violeta Guzmán Farren, de la Corte de Apelaciones y el Segundo Juzgado Militar. La Visita Extraordinaria de la magistrada, constituida ante el Tercer Juzgado del Crimen de Santiago, obedeció en su oportunidad a una solicitud del Ministerio de Relaciones Exteriores, el que, con anterioridad ya había comunicado a los tribunales, que la Embajada de España y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (de la cual la víctima era funcionario), se habían dirigido a esa Secretaría de Estado, a fin de manifestar su interés en la causa. A su turno, el abogado querellante don Alfonso Insunza Bascuñán, al hacerse parte en esta contienda de competencia, invocando el N° 2 del artículo 52 del Código Orgánico de Tribunales, adujo que correspondía conocer de este proceso a un Ministro del Tribunal Supremo, por estimar que el interés demostrado por el Estado de España, podría afectar las relaciones de Chile con dicho Estado. Es decir, en uno y otro caso, el presupuesto necesario que hace posible la designación de un juez del más alto tribunal, ocurre -como reza el Código Orgánico- cuando “*los delitos de jurisdicción de los tribunales chilenos, [...] puedan afectar las relaciones internacionales de la República con otro Estado*”.

Por entregarlo a la justicia militar, con fecha 16 de noviembre de 1993 -y contra la opinión de su Fiscal, René Pica-, estuvieron el Ministro don Germán Valenzuela y los Abogados Integrantes señores Luis Cousiño Mac-Iver y Pedro Montero, además del Auditor General del Ejército don Fernando Torres. Se opusieron los magistrados Luis Correa Bulo y Guillermo Navas (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XC, 2ª parte, Sección 4ª, pág. 193).

Luego, por el Juez Militar se aplicó el Decreto-Ley 2191 sobre Amnistía. Ya designado el Ministro Libedinsky, rechazó acto seguido su reapertura. Conociendo en grado de apelación, una Sala de la Corte Suprema lo reabre, disponiendo además el auto de procesamiento de dos personas, una como autora y otra como cómplice (mayoría de los Ministros Luis Correa y Guillermo Navas, además del Abogado Integrante Mario Verdugo. En contra, Ministros señores Roberto Dávila y Adolfo Bañados). Recusado el Juez Instructor, se asume la indagatoria por parte del Ministro Eleodoro Ortiz, quien el 4 de junio de 1996, aplica sobreseimiento definitivo en base al Decreto sobre Amnistía, estimando que la calidad de funcionario internacional del señor Soria -que impediría su aplicación- no fue posible acreditarla. La Sala Penal -contra la opinión de su Fiscal, Enrique Paillás- confirma lo resuelto en voto unánime (Ministros Enrique Zurita, Hernán Álvarez y Guillermo Navas, y los Abogados Integrantes José Fernández y Vivian Bullemore).

Dicha sentencia definitiva provocó la presentación de una Acusación Constitucional en contra

Al recurrir de inaplicabilidad, sostuvieron que el Decreto-Ley 2191, al excluir en su artículo 4° del beneficio de la amnistía, a quienes aparecieran como responsables, sea en calidad de autores, cómplices o encubridores, de los hechos que comenzaron a investigarse bajo el proceso rol N° 192-78 del Juzgado Militar de Santiago, lo que hacía era atentar abiertamente contra la garantía constitucional de *igualdad ante la ley* (artículo 1°, N° 2, inciso 3° del Acta Constitucional N° 3 y el artículo 19 N° 2 de la Carta Política), por lo que conforme a lo previsto en el artículo 80 de la misma, correspondería que se declarara que la citada disposición del DL N° 2191 de 1978, no deba aplicarse a la causa que instruyó el Ministro señor Bañados.

Los querellantes, representados por la abogada Fabiola Letelier, sostuvieron que el recurso debía rechazarse, porque la norma del artículo 4° del DL número 2191, junto con la establecida en su artículo 3°, eran las únicas legales del citado DL, toda vez que el resto de las disposiciones contraría los principios fundamentales consagrados en la Constitución, al dejar sin sanción hechos graves que conculcan derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que comprende el artículo 5° de la

de los magistrados Ortiz, Zurita, Álvarez y Navas por **“notable abandono de deberes”**, al estimar diez Diputados que estos *“pusieron en duda el hecho de que la víctima tuviera la calidad de funcionario superior de planta de la Cepal, calidad que según ellos no se habría establecido en el proceso respecto del señor Soria, restando mérito a la abundante e irrefutable probanza documental sobre la materia. Resulta de la más alta gravedad que los señores Ministros acusados pasaren por alto, antecedentes y documentos, que se encuentran agregados al expediente, que acreditan en forma fehaciente e irredargüible que precisamente don Carmelo Soria Espinoza ostentaba la calidad de funcionario superior de planta de la Cepal, [...] y por tanto, sujeto a la “Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos”, de 1973. En efecto, se acompañaron en el expediente respectivo certificados y notas emitidos por la Cepal en los que constan la calidad de funcionario en los términos precedentemente señalados de don Carmelo Soria Espinoza, y la circunstancia de encontrarse afecto a inmunidad de jurisdicción diplomática, de acuerdo al Convenio celebrado entre Chile y la Cepal, publicado en el Diario Oficial del 19 de octubre de 1954”*. La Cámara rechazó el libelo acusatorio. *Acusación Constitucional en contra de los Ministros...*, Biblioteca del Congreso Nacional, pág. 11.

En enero de 2013, el Ministro de la Corte Suprema Lamberto Cisternas decide la reapertura del sumario (lo que en dos ocasiones anteriores, a través de los Ministros José Benquis primero, y Héctor Carreño después, había sido denegado por estimarse existir *“cosa juzgada”*). Tiempo después rechaza las encargatorias de reo solicitadas por los querellantes, ante lo cual estos dedujeron recurso de apelación. La Sala Penal, con fecha 19 de agosto de 2015, revocó esta decisión y sometió a proceso a un total de 15 personas como autores y cómplices de homicidio, incluyendo además el delito de *asociación ilícita*. La votación correspondió a los Ministros Haroldo Brito Cruz, Gloria Chévesich, Carlos Aránguiz Zúñiga, Andrea Muñoz y Carlos Cerda Fernández. En una prevención, la Ministro señora Chévesich no fue partidaria de dictar los procesamientos por *“asociación ilícita”*, porque, a su juicio *“la jerarquización, grados, permanencia en el tiempo, distribución de tareas y otros que se demandan como características para que una organización pueda calificarse como asociación ilícita de conformidad al artículo 292 del Código Penal, y que pueden observarse en la forma en que operó la Dirección de Inteligencia Nacional a la época de estos hechos, son consustanciales a una organización militar dependiente del Estado como lo fue la DINA”*; además la resolución contiene la prevención de los Ministros Aránguiz y Cerda, quienes fueron partidarios de dictar mayor número de procesamientos contra otras personas.

Carta Fundamental, sin perjuicio de ser contradictorio con instrumentos internacionales vigentes en Chile, tales como el Pacto de San José de Costa Rica del año 1969 y los Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario. Prosiguió dicha parte argumentando, que la discriminación que se contempla en el artículo 4° del D.L 2191 no es arbitraria, por cuanto se exceptuó un caso de terrorismo internacional que el artículo 9° de la misma Carta Política declara contrario a las bases de la institucionalidad, como asimismo que atenta contra uno de los derechos fundamentales de la persona humana, como es la vida, que garantiza el constituyente y que quedaría sin protección de permitirse amnistiar a aquellos que atentaron en su contra ¹⁵⁸.

El también querellante Juan Bustos Ramírez -a través de Procurador del Número-, planteó que la amnistía por su naturaleza es de carácter discriminatorio y que la excepción contemplada en el consabido artículo 4° del decreto-ley, tiene su explicación por cuanto se excluyó de los homicidios que amnistiaba aquel que había afectado gravemente las relaciones internacionales de nuestro país.

El Presidente del Consejo de Defensa del Estado sostuvo que la facultad de otorgar amnistías, constituye una excepción a la norma de que todo responsable de un delito debe ser condenado, excepción que corresponde a principios de política superior del Estado que no guarda otra limitación que la establecida en el N° 16 del artículo 60 de la Constitución Política, que exige que la amnistía sea concedida por un quórum calificado y que su origen deba emanar de la Cámara del Senado; coincidió en que se había excluido del Decreto-Ley 2191, un caso que afecta las relaciones internacionales con EE.UU. de Norteamérica.

La Corte Suprema, al dictar su fallo con fecha 3 de junio de 1994, comenzó recordando:

“4°) Que la amnistía como norma legal fue consagrada en diversas Constituciones nacionales, tales como la de 1833 y de 1925, aparte, como se ha dicho, de nuestra actual Carta Fundamental, y desde inicios de nuestra vida independiente, ella fue otorgada contemplando excepciones a la norma general que comprendía, pudiendo señalarse, entre otros, los decretos dictados por don Bernardo O’Higgins el 8 de febrero de

158 La abogada también planteó que en el presente caso se trataba de derogación de leyes, cuya solución -como aquí hemos nosotros visto tantas veces en nuestro trabajo- corresponde a los jueces del fondo y no al Tribunal Supremo, argumento que fue convalidado en el Informe emitido por el Fiscal de la Corte Suprema, quien pidió por este motivo, que el recurso fuera rechazado. Los Ministros señores Osvaldo Faúndez y Efrén Araya hicieron indicación previa en orden a dejar la resolución de lo pedido en manos de los jueces de la instancia; fue rechazada.

1819, el 3 de marzo de 1819 y el 14 de septiembre de 1822, por los que se otorgaba amnistía general a los habitantes de la República que hubieran cometido hechos delictuosos, durante los períodos que señalan, salvo los que ya hubieran sido condenados, los reos de asesinato y de motín militar; como también la ley N° 1427 de 4 de febrero de 1893 que amnistiaba a los miembros del Ejército que sirvieron a la <dictadura> (sic), salvo entre otros casos, los que dispusieron el ataque del Blanco Encalada o tomaron parte en su ejecución, o los implicados en el complot para poner la torpedera Lynch a disposición del <dictador> (sic), o los que participaron en el suceso de <Lo Cañas>»

Para la Corte luego es necesario analizar lo concerniente a la alegación de infracción de la “igualdad ante la ley”, por lo que se hacía necesario analizar si el artículo 4° del decreto-ley de 1978 infringía o no la garantía constitucional que se estimaba conculcada:

“6°) Que en este orden de ideas cabe apreciar que la norma constitucional que consagra la igualdad ante la ley, termina expresando ‘Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias’, de donde cabe colegir que el constituyente no garantiza una igualdad absoluta de la ley, lo que desde luego, y según se ha expresado, no se avendría con el principio discriminatorio de que por sí importa la amnistía, sino que, acepta que puedan establecerse excepciones de la norma legal con tal que ellas no sean arbitrarias ¹⁵⁹...”

Al expresarse en estos términos, la Corte entrega los fundamentos de hecho que hacen posible un fallo denegatorio del recurso de inaplicabilidad intentado:

“8°) Que cabe apreciar que [...] se investigó la muerte de Orlando Letelier del Solar, ocurrida el 21 de septiembre de 1976, en la ciudad de Washington, esto es, un asesinato perpetrado fuera de las fronteras de nuestro país, en la ciudad capital de una de las naciones más importantes del mundo, en una Avenida en que están instaladas un sinnúmero de

159 En este punto, el Tribunal cita al integrante de la Comisión Constituyente don Alejandro Silva Bascuñán, donde precisamente éste analizó la garantía constitucional en discusión. Al manifestarse sobre el particular, el señor Silva manifestó: “que al expresarse que no se podrá autorizar ninguna discriminación arbitraria, se está prohibiendo tratar en forma diferente situaciones idénticas o tratar en la misma forma situaciones diferentes, **porque se trata, precisamente de la discriminación arbitraria**”.

embajadas, en un hecho en que se utilizó una bomba emplazada al automóvil que conducía el propio ex Embajador y ex Ministro de Estado, donde falleció además una ciudadana estadounidense que lo acompañaba, Romari Moffitt; 9°) Que los hechos expuestos en la motivación precedente, que fueron y son de pública notoriedad [...] tienen o presentan características no comunes a los demás delitos de homicidio que comprendió el D.L. N° 2191, toda vez que causaron conmoción nacional e internacional por la forma de perpetración y la calidad de las víctimas, lo que permite concluir que su exclusión de la norma sobre amnistía general fuera arbitraria o caprichosa”¹⁶⁰ (subrayado nuestro).

Votaron en ese sentido el presidente subrogante don Servando Jordán; y los Ministros señores Enrique Zurita, Roberto Dávila, Arnaldo Toro, Hernán Álvarez, Oscar Carrasco, Luis Correa Buló, Mario Garrido Montt, Guillermo Navas y Marcos Libedinsky.

Mientras que por acceder a lo solicitado, se pronunciaron los Ministros señores Osvaldo Faúndez, Efrén Araya y Germán Valenzuela Erazo, quienes fueron de la opinión de acoger el recurso y, en consecuencia, declarar inaplicable en la especie, por inconstitucional, el artículo 4° del D.L. 2191 sobre amnistía, en mérito de las consideraciones que pasaron a exponer, y que fueron unidas principalmente a las deliberaciones que se dieron al interior de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución antes del establecimiento de la disposición constitucional que aquí se reclamó como infringida:

“4°) Que el asentamiento de la referida disposición obedece a una feliz insinuación de don Alejandro Silva Bascuñán, quien en la Sesión N° 93, página 17, luego de haber considerado las connotaciones sociológicas de la igualdad ante la ley, expuso que «a su juicio, hay otro aspecto que debe expresar el texto constitucional y que está comprendido sustancialmente en el principio básico de la igualdad ante la ley, que es el que el constituyente tiene que asegurar que, incluso, sobre la base de respetarla en el primer sentido, ninguna autoridad, ni siquiera el legislador, haga distinciones o discriminaciones manifiesta y notoriamente arbitrarias. Si la igualdad ante la ley se refiere -como hasta el momento lo ha entendido hasta la jurisprudencia de la Corte Suprema- nada más que el hecho de que frente a la ley todas las personas tienen igual

160 Gaceta N° 168, pág. 81.

naturaleza y que no pueden hacerse diferencias a su respecto en cuanto a raza, clase social, sexo, etcétera, le parece que no queda suficientemente resguardada, aun cuando estima básico e indispensable mantener esto último. La igualdad ante la ley debe ser concretada por el constituyente para que ninguna autoridad ni persona que conviva dentro de la sociedad política pueda actuar estableciendo discriminaciones notoriamente arbitrarias, sin base racional, porque el legislador no puede estimarse absolutamente soberano para implantarlas’; 5°) Que en la misma Sesión, página 22, don Enrique Evans dio también sólidos argumentos para fundar la necesidad de incluir en la Carta Fundamental un precepto que impidiera expresamente al legislador establecer diferencias arbitrarias...”

161

16. Atribuciones conferidas por la ley al Presidente de la República o delegación legislativa

En representación de la cadena de productos alimenticios Watt’s S.A., se interpuso recurso de inaplicabilidad solicitando se declararan inaplicables en la causa sobre juicio de hacienda caratulada “*Watt’s Alimentos S.A. con Fisco*” seguida ante el Tercer Juzgado Civil de Valparaíso, los incisos 2° y 3° del artículo 12 de la Ley N° 18.525, en su texto sustituido por el artículo 36 de la Ley N° 18.591 y modificado por el artículo único de la Ley N° 18.673, preceptos que la empresa recurrente estimó contrarios a los dispuesto por el artículo 61, incisos primero y segundo (actual 64) de la Constitución Política de la República ¹⁶².

161 El comisionado señor Evans se refirió en los siguientes términos sobre este aspecto, haciendo hincapié en la opinión de varios profesores de Derecho Constitucional: “... *ninguno de ellos, salvo el señor Silva Bascuñán, ha tocado el tema de que impide una distinción que haga el legislador y que sea arbitraria, que no esté asentada en una razón de justicia o de protección del bien común, que sea una distinción porque sí, porque una conveniencia política del momento o un arreglo de pasillos la impuso y determinó cierto requisito para ejercer tal derecho respecto de tales y cuales personas. Vale decir, es evidente que en la nomenclatura actual de lo que los profesores hoy día entienden por igualdad ante la ley, el concepto está; pero en la tradición jurídica chilena es una novedad en los últimos veinte años y no antes*”.

El mismo comisionado señaló claramente, que prefería además que quien fuera la destinataria de la misión de escrutar cuando una ley no ha sido inspirada en los valores que conforman el bien común, sino que por ejemplo en una arbitrariedad o un capricho del legislador, fuera la Corte Suprema de Justicia, precisamente a través del recurso de inaplicabilidad. *Ibíd.*, voto de minoría

162 “**Artículo 64.-** 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. 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

En el recurso se acusaron los siguientes vicios, de los que según la recurrente, adolecía el artículo 12 de la Ley N° 18.525¹⁶³: i) Por haberse efectuado una delegación de facultades que excede del plazo máximo de un año señalado en el inciso 1° del artículo 61; y ii) Al extenderse la delegación -contraviniendo el inciso 2° del mismo precepto constitucional- a materias comprendidas en las garantías constitucionales, como son los asuntos tributarios amparados por el artículo 19 N° 29 de la Carta Fundamental que asegura a todas las personas “La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas”.

La Corte partió razonando, que estaba obligada a esclarecer si el cuestionado artículo 12 de la ley contiene efectivamente, una delegación de atribuciones legislativas en el Presidente de la República o bien, si contempla, por el contrario, una simple remisión al poder reglamentario de dicho Jefe de Estado, requiriéndolo sólo a reglar pormenores necesarios para su adecuada ejecución:

“En la doctrina constitucional y administrativa se ha advertido que se incurre, con cierta frecuencia, en confusión y equívocos en esta materia y que en muchas oportunidades se habla de delegación del poder legislativo cuando en verdad no se

deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado”.

163 El texto original (modificado posteriormente por la Ley N° 19.897, de 25 de septiembre de 2003) era del siguiente tenor:

“Artículo 12. *Para el sólo efecto de asegurar un margen razonable de fluctuación de los precios internos del trigo, de las semillas de oleaginosas, de los aceites vegetales comestibles y del azúcar, en relación a los precios internacionales de tales productos, establécense derechos específicos en dólares de los Estados Unidos de América por unidad arancelaria o de derechos ad valorem del Arancel Aduanero, que podrán afectar la importación de dichas mercaderías. El monto de tales derechos y rebajas establecidos en conformidad al procedimiento señalado en este artículo será determinado una vez al año por el Presidente de la República, en términos aplicados a los niveles de precios que los mencionados productos alcancen en los mercados internacionales, permitan sustentar un costo mínimo y un costo máximo de importación de los mismos durante el período de comercialización interna de la producción nacional. Para la determinación de los costos a que se refiere el inciso anterior, se deberán considerar los precios internacionales promedios mensuales registrados en los mercados de mayor relevancia en un período inmediatamente precedente de cinco años calendarios para el trigo, semillas oleaginosas y aceites vegetales comestibles y de 10 años calendarios para el azúcar. Los referidos promedios se reajustarán en el porcentaje de la variación que haya experimentado el índice de precios promedio relevante para el comercio exterior de Chile habido entre el mes al que correspondan y el último mes del año anterior al de la determinación del monto de los derechos o rebajas según lo certifique el Banco Central de Chile, y se ordenarán en serie de mayor a menor, eliminándose de las mismas hasta el 25% de los valores más altos y hasta el 25% de los valores más bajos para el trigo, semillas de oleaginosas y aceites vegetales comestibles, y hasta el 35% de los valores más bajos para el azúcar. A los valores extremos resultantes, se le agregarán los aranceles y gastos normales que se originen en el proceso de importación de dichos productos [...] El Servicio Nacional de Aduanas informará semanalmente estos precios, pudiendo requerir, para tal efecto, antecedentes a otros organismos públicos”* (el resaltado es nuestro).

trata sino del mero desempeño por el órgano ejecutivo de su función específica de reglamentar y ejecutar la ley toda vez que, en tales casos, en que el Presidente dicta reglas para la ejecución de la ley aprobada por el Congreso, aquel obra no en virtud de una delegación de este último y ejercitando la función legislativa, sino como Poder Ejecutivo y haciendo uso de su esencial atributo constitucional de reglamentar la ley. Estas dos funciones diversas se encuentran nítidamente diferenciadas en el artículo 32 de la Constitución Política, al señalar las atribuciones especiales del Presidente de la República, y enunciar en su número 3º la de dictar, previa delegación de facultades del Congreso, decretos con fuerza de ley sobre las materias que señala la Constitución y en su número 8º¹⁶⁴ la de ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias de dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”¹⁶⁵ (resaltados nuestros).

Para el Tribunal Supremo, de la simple lectura del artículo que nosotros hemos transcrito, se pone de manifiesto que el legislador (a la sazón la Junta de Gobierno), acorde con las finalidades y objetivos del proyecto sometido a su consideración, dictó una norma con substancia y contornos perfectamente delineados, precisando de la misma forma, los elementos y factores que debía considerar el Presidente de la República a fin de hacer efectiva la voluntad del legislador en aspectos fluctuantes, actualizando elementos que este último se encontraba en la imposibilidad de determinar a la fecha de dictación de la ley. Por lo tanto, en votación unánime, con fecha 10 de septiembre de 1993, rechaza el recurso,

164 Actualmente ocupa el número 6º del mismo artículo 32:

“6º.- Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”.

165 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XC, 2ª parte, Sección 5ª, pág. 215.

al no existir en la especie, delegación de facultades legislativas ^{166 167 168}.

166 En comentario a esta sentencia, anotado a pie de página de la estudiada, el profesor de Derecho Administrativo don Eduardo Soto Kloss, refiere: *“No suele a veces ser fácil distinguir en nuestro ordenamiento chileno si se está en presencia del ejercicio de la potestad normativa reglamentaria del Presidente de la República (art. 32 N° 8 de la Constitución) o si se está ante una delegación de atribuciones legislativas que hace el Congreso Nacional para que el dicte decretos con fuerza de ley (art. 61). Debiera, es cierto, ser muy fácil ello si se atiende al claro tenor de las disposiciones aludidas pero, sin embargo, suele dificultar la distinción ciertas fórmulas utilizadas por el legislador en que bajo apariencia de la primera situación hay en verdad, si se analiza con más rigor; una delegación legislativa pura y simple; a ello viene a agregarse una circunstancia que hemos denunciado ya en otras ocasiones y es que el legislador reenvía la regulación de ciertas materias que son constitucionalmente de expresa reserva legal, al Presidente de la República, para que éste las norme, cayéndose así en una flagrante doble violación de la Constitución (vulneración del artículo 7°, en cuanto a la competencia, y de la disposición que prevé la reserva de ley en una materia concreta). El fallo Watt’s S.A. que comentamos cae, por desgracia, en este doble error; viciándose de raíz su decisión”*.

Para el profesor Soto Kloss, si se trata de decretos supremos que el Presidente de la República puede dictar, parece poco razonable que la ley pueda fijar plazos, ya que el legislador mismo está en condición de hacerlo en cualquier instante; además que la ley debe ser posible de ejecutar sin necesidad de reglamento mediante, porque de lo contrario se estaría dando el caso que la ley estaría subordinada *“a la voluntad o arbitrio presidencial, lo que ciertamente es contrario a la Constitución...”*. Además critica parte de la sentencia de la Corte, en la que ella ha situado su argumentación en base a opiniones de tratadistas extranjeros; lo hace de la siguiente manera: *“Cuidado con el auxilio (caballo de Troya) del derecho extranjero, porque las más de las veces en materia de derecho público se yerra ostensiblemente, ya que las instituciones iuspublicistas son muy propias de cada país al ser fruto directo de su propia historia política, económica, jurídica, social, espiritual, etc., imposible de extrapolar; haber acudido a artificios extraños a nuestro ordenamiento constitucional ha significado en Watt’s un fallo de inaplicabilidad que no se aviene a lo más mínimo a nuestra Constitución, cayendo en una doble inconstitucionalidad, y agravando a los afectados al verse éstos aplicados una disposición que no tiene sustento alguno en la Carta Fundamental”*, concluyó.

167 Puede revisarse la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional (rol 183), de fecha 17 de mayo de 1994, cuando hubo de expedirse en el requerimiento en cuanto declarara la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 434/93 del Ministerio de Obras Públicas, que modificó las tarifas que debían pagar los vehículos que cruzaran determinados puntos de la red caminera nacional, discriminando su tipo, día y hora en que fuera efectuado. Por fallo de cuatro votos contra uno, se rechazó dicho requerimiento intentado por una parte de la H. Cámara de Diputados. En la mayoría estuvieron el Presidente del Tribunal don Marcos Aburto; además de los Ministros Luz Bulnes, Osvaldo Faúndez y Servando Jordán. En tanto, el voto de minoría correspondiente al Ministro don Ricardo García Rodríguez, estimó -entre otros fundamentos- que es *“ineludible concluir que en la Constitución Política se consagró con absoluta claridad que las cargas tributarias, de cualquier naturaleza o índole que sean, sólo pueden ser impuestas y establecidas por medio de una norma legal, originada en la Cámara de Diputados, por iniciativa del Presidente de la República y en la cual no se incurra en una manifiesta desproporción o injusticia”* (Cons. 11° de su disidencia).

A juicio de los requirentes, el mentado D.S., atentaba contra el principio de la legalidad en materia tributaria.

168 También en sentencia del Tribunal Constitucional, en el rol 185, de 28 de febrero de 1994, en lo tocante a la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, en voto de minoría, el Ministro don Servando Jordán y el Abogado Integrante don Eduardo Soto Kloss, estuvieron por pronunciarse sobre el artículo 32 del proyecto, mientras la mayoría fue del

17. Preclusión

En recurso interpuesto por don Eduardo Ríos Arias y otros contra varios artículos de la Ley N° 18.032, con fecha 13 de noviembre de 1996, se decidió declararlo inadmisibles, habida cuenta de que una acción similar ya había sido ingresada al máximo tribunal del país, siendo declarada también inadmisibles, por no cumplirse en su libelo con los requisitos formales que son exigibles -al no citarse disposiciones precisas y determinadas de la ley de que se trata, la que fue aludida en forma completa y global-. Lo anterior significó en los hechos, que la petición de inconstitucionalidad nuevamente solicitada tuvo su consumación procesal de ese derecho, lo que es una de las formas o modalidades del principio formativo del procedimiento llamado preclusión. En el considerando 5°, los magistrados, también en decisión unánime, declaran:

“Que, en efecto, la doctrina y la práctica aceptan y reconocen en forma pacífica la existencia de diversos principios formativos del procedimiento, entre los cuales está, en estrecha vinculación con la economía procesal, el de preclusión. Dicho principio consiste en la pérdida, extinción o caducidad de una facultad

parecer de no emitir pronunciamiento alguno, por estimarlo de ley común (Ministros señores Marcos Aburto, Manuel Jiménez y Juan Colombo C.).

Los disidentes señores Jordán López y Soto Kloss, manifestaron que en la regulación legislativa del ejercicio de los derechos fundamentales, la Constitución la condiciona su juridicidad al hecho de no afectar “los derechos en su esencia” (art. 19 N° 26): *“Pero hay más: a fin de asegurar efectivamente que sea el legislador quien determine esa regulación, le prohíbe expresamente que delegue atribuciones legislativas en tal materia, de tal manera que jamás puede el Presidente de la República -en tal caso a través del decreto con fuerza de ley- intervenir en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales (artículo 61, inciso segundo, de la Constitución). Si, como se advierte, ni siquiera puede por Decreto con Fuerza de Ley intervenir el Presidente de la República en la regulación de los derechos fundamentales por estarle expresamente prohibida tal posibilidad, mucho menos podrá intervenir por la vía simplemente reglamentaria mediante una mera remisión que le haga el legislador, pues ello además de infringir claramente las competencias que ha establecido el constituyente significaría un verdadero fraude a la Constitución, lo que debe declararse perentoriamente inadmisibles...”*, sostuvieron. (Nota: todos los resaltados son nuestros). El artículo 32 dice: *“Mediante decreto supremo, que llevará las firmas del Ministro del Medio Ambiente y del Ministro de Salud, se promulgarán las normas primarias de calidad ambiental. Estas normas serán de aplicación general en todo el territorio de la República y definirán los niveles que originan situaciones de emergencia. El Ministerio de Salud podrá solicitar fundadamente al Ministerio del Medio Ambiente la dictación de una norma primaria de calidad, la que deberá dictarse dentro de un plazo que no podrá exceder de cinco años, a menos que dentro de tal plazo indique las razones técnicas para no acoger la solicitud. Mediante decreto supremo que llevará las firmas del Ministro del Medio Ambiente y del Ministro competente según la materia de que se trate, se promulgarán las normas secundarias de calidad ambiental. Un reglamento establecerá el procedimiento a seguir para la dictación de normas de calidad ambiental, que considerará a lo menos las siguientes etapas: análisis técnico y económico, desarrollo de estudios científicos, consultas a organismos competentes, públicos y privados, análisis de las observaciones formuladas y una adecuada publicidad. Establecerá además los plazos y formalidades que se requieran para dar cumplimiento a lo dispuesto en este artículo y los criterios para revisar las normas vigentes.....”*

procesal que se produce por no haber observado el orden señalado por la ley para su ejercicio, por haberse realizado un acto incompatible con el ejercicio de la facultad, o por haberse ejercitado ya una vez válidamente dicha facultad, aspecto que se denomina consumación procesal”,

lo que quiere decir en el caso de marras, que, solicitada ya anteriormente la inaplicabilidad, se ha agotado o consumado tal posibilidad, ya que se ejerció válidamente en su oportunidad, precluyendo

*“por consumación procesal”*¹⁶⁹

18. Fallo del recurso de inaplicabilidad resolvería el juicio

El día 28 de julio del año 2000, en recurso interpuesto por el representante de la Sociedad Empresa Eléctrica Colbún Machicura S.A., se había solicitado la declaración de inconstitucionalidad del número 2) del artículo 2° de la Ley N° 19.613 (que sustituyó al artículo 99 bis del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Minería, de 1982), por una posible aplicación retroactiva de estas a un contrato vigente de compraventa de potencia y energía eléctrica, se entendía por la actora, que, atendidas las fechas en que esos contratos fueron suscritos, era claro que ellos habían sido celebrados bajo el amparo y vigencia de la Ley General de Servicios Eléctricos, contenida en el D.F.L. N° 1 ya citado, conocido como Ley Eléctrica.

El antiguo artículo 99 bis de esta última ley (incorporado a su vez por la Ley 18.959), permitía el derecho a exonerarse de responsabilidad en determinadas circunstancias (derivadas de fallas prolongadas de centrales termoeléctricas, o bien de sequías); en contra de la disposición del nuevo artículo 99 bis -contenido en el número 2) del artículo 2° de la Ley 19.613- iba dirigido el recurso de inaplicabilidad.

La Corte resolvió que la acción era improcedente. Y entre sus argumentaciones repitió una vez más el Tribunal Supremo, que el recurso de inaplicabilidad tiene por

“finalidad específica del recurso se traduce en la necesidad de resolver si existe contradicción entre las normas constitucionales que consagran garantías ciudadanas y las disposiciones legales

¹⁶⁹ Los ejemplos de preclusión que da la Corte en su sentencia son los siguientes: “... ocurre [...] cuando se ha contestado la demanda, omitiendo excepciones o alegaciones que la parte estima de relevancia, aunque reste parte del período de emplazamiento; o con los recursos de casación, los cuales, una vez interpuestos, no aceptan variación de ningún género, aunque se descubran o aparezcan nuevas causales o motivos”. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCIV, 2ª parte, Sección 5ª, pág. 77.

que se denuncian como violatorias de aquellas; lo que debe efectuarse mediante su análisis comparativo, esto es a través de una confrontación concreta y objetiva”

entre ambas normas de distinta jerarquía.

Para una mayoría abrumadora de la Corte (11 votos contra uno), lo que hace el escrito que contiene el recurso, es buscar la declaración de la Corte Suprema en cuanto a que la eventual aplicación retroactiva del precepto legal impugnado provocaría la conculcación de determinadas garantías de rango constitucional (a saber, infracción del artículo 19 N° 22°, 24° 26°). Lo anterior significaría decidir de hecho el conflicto sometido al conocimiento de otro tribunal, porque:

“(se) pretende que se resuelva un problema que dice relación con la vigencia de la ley en cuanto al tiempo, que es precisamente lo que se ha planteado en el juicio en que incide el presente recurso”, por lo que este por tal motivo, “no puede prosperar”

170

Pero ahí estaba la solitaria posición del Ministro don Oscar Carrasco Acuña, quien estuvo por no declarar la improcedencia, y emitir por tanto pronunciamiento en relación al fondo del mismo. El disidente, que también recordó que en su concepto se configuraban en la especie todos los presupuestos que exigía el artículo 80 de la Constitución Política, trajo asimismo a colación anteriores fallos del mismo máximo tribunal, donde se conceptualiza en estas materias formales, y que nosotros ya estudiáramos en las primeras páginas destinadas al estudio de la naturaleza jurídica de esta acción, bajo la Carta Política de 1925. Recordó el Ministro -transcribiendo él mismo- que el recurso de inaplicabilidad es de un carácter:

“...’puramente jurídico, doctrinario o abstracto: por sobre todo tiende a determinar si el legislador, al dictar un precepto, se ajustó o no a las normas constitucionales; por ende, siempre busca un fin jurídico”. Y, que “No permite entrar al estudio de los hechos; redúcese exclusivamente a establecer un proceso de comparación entre la norma constitucional y el precepto legal, a fin de verificar si éste pugna o no con aquella” (Rev. de Derecho, tomo 30, sec. 1°, pág. 290). Ha dicho también

170 Voto de inadmisibilidad de los Ministros señores Osvaldo Faúndez -como presidente subrogante-, Luis Correa Buló, Mario Garrido Montt, Guillermo Navas, Marcos Libedisnky, José Benquis, Ricardo Gálvez, Jorge Rodríguez Ariztúa, Orlando Álvarez Hernández, Urbano Marín y Humberto Espejo. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCVII, 2ª parte, Sección 7ª, pág. 155.

‘en varias ocasiones, que basta solamente que exista el evento o posibilidad que el precepto legal tachado de inconstitucional llegue a tener aplicación, para que sea procedente el recurso’, y ha agregado que ‘sostener lo contrario, llevaría al absurdo de que en el presente recurso se resolvería, desde luego, acerca de la procedencia o legitimidad de las pretensiones del recurrente en la gestión judicial promovida, asunto que es de la exclusiva competencia de los tribunales respectivos’ (Rev. de Derecho, tomo LXVIII, 2º parte, sec. 1º, pág. 273, año 1970)”¹⁷¹

19. Recurso de inaplicabilidad y delito de “incumplimiento de deberes militares”

Con fecha 16 de julio de 2002 se presentó recurso de inaplicabilidad en causa sentenciada en la Primera Fiscalía Militar de Santiago -y aprobada por el señor Juez Militar de la II División del Ejército-, en la cual se condenaba a don Juan Miranda Rojas como autor del delito de incumplimiento de deberes militares “por no realizar las gestiones tendientes a poner en conocimiento de la justicia los hechos constitutivos de delito y poniendo a su disposición al detenido”. Se denunciaba en el recurso la inconstitucionalidad del número 3º del artículo 299 del Código de Justicia Militar, que contempla dicho delito.

Expresó el recurrente de la norma citada carece, precisamente de la necesaria descripción de la conducta ilícita, pues el mentado artículo 299 número 3º prescribe que:

“será castigado con presidio militar menor en cualquiera de sus grados o con la pérdida del estado militar, el militar: ... 3º El que sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto en el artículo 294, deje de cumplir sus deberes militares”

Por lo anterior, prosiguió el pretendiente de inaplicabilidad, la norma por la cual el juez a quo encausó y en definitiva lo condenó, conculca lo dispuesto en el número 3º inciso final del artículo 19 de la Carta Fundamental, que preceptúa:

“Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”

Lo anterior lleva necesariamente a concluir que la norma aplicada a su caso está insuficientemente descrita, por lo que entonces mal puede haber delito.

¹⁷¹ Ibid., voto de minoría.

Citó a continuación, en abono de su tesis, doctrina de autores y jurisprudencia, para concluir que se está en presencia de las llamadas *Leyes Penales en Blanco*, leyes donde el legislador se limita a describir en forma parcial la conducta que pretende sancionar, remitiéndose a otras normas jurídicas, generalmente resoluciones de autoridad o cuerpos normativos extrapenales, para que se complete la figura delictiva. Pero entregar a otros entes la determinación de la conducta ilícita, sería de la mayor gravedad, porque atentaría contra el principio de legalidad por falta de certeza en cuanto a su contenido normativo^{172 173}.

Manifestó enseguida que el artículo 299 número 3° del Código de Justicia Militar no describe qué se entiende por “*dejar de cumplir con los deberes militares*”, y ello no permite aclarar a qué deberes militares se refiere y, de hacerlo, tampoco determina cuáles son los deberes militares con relevancia penal.

La señora Fiscal de la Corte, doña Mónica Maldonado, estuvo por solicitar que se acogiera el recurso¹⁷⁴.

172 Según el destacado autor Enrique Cury, ley penal en blanco “*es aquella que determina la sanción aplicable y la acción u omisión a la que bajo determinados presupuestos se impondrá, pero abandona la precisión de estos últimos a una norma distinta*”. CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, págs. 132 y ss.; y según Luis Rodríguez, al mismo tiempo que describir qué tipos de leyes en blanco la doctrina reconoce -aunque no de manera uniforme-, se refiere a la importancia que el Principio de Reserva para el Derecho Penal ha tenido desde ya hace bastante tiempo: “*(Esta rama del Derecho Público), como se sabe, se encuentra regid[a] por el principio de reserva o de legalidad, de acuerdo con el cual, sólo una ley -emanada del Poder Legislativo- puede crear un delito y establecer una pena para él, [...] interesa destacar que representa una garantía para todas las personas, en la medida que ellas cuentan con la seguridad de no verse expuestas a la arbitrariedad judicial o administrativa y con certeza acerca de cuáles son las conductas penalmente incriminadas. Fácil resulta comprender, entonces, que mientras mayor sea la precisión con que el legislador describe las figuras delictivas, mayor también será la garantía para las personas. Por este motivo, desde antiguo los penalistas vienen repitiendo que tanto el delito como la pena deben estar establecidos en una ley, y que deben estarlo en términos muy precisos*”. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Constitucionalidad de las leyes penales en blanco*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 8, año 1984, págs. 231 a 245.

Y entre nosotros, no está de más recordar lo que disponía el artículo 11 de la Carta Política de 1925: “*nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio*”.

173 Asimismo, en el recurso de inaplicabilidad trajo a recuerdo, como parte de sus argumentaciones, una sentencia de la I. Corte Marcial, la que, con fecha 10 de noviembre de 1994, expresó lo siguiente respecto del artículo del Código de Justicia Militar al que hemos venido haciendo referencia: “*no es una norma penal que se baste en todo aspecto a sí misma, ya que no se encuentra en ella descrita completamente la conducta incriminada*”.

174 Estimó en su Informe, que constituyen una excepción al principio *nullum crimen, nulla penna sine lege*, las llamadas leyes penales en blanco, que son aquellas que tienen la particularidad de no bastarse a sí mismas, ya que el legislador se limita a describir parcialmente la conducta sancionada, remitiéndose a otras normas jurídicas para completar la figura jurídica, normas

El Tribunal Pleno, por unanimidad, rechazó el recurso. Entre sus principales consideraciones, estuvo la del fundamento 5°:

“Que la exigencia establecida por el constituyente en el inciso final del artículo 19 número 3 de la Carta Fundamental, pareciera que pretende excluir constitucionalmente las denominadas, en doctrina, leyes penales en blanco; en que la determinación de las conductas punibles queda, en ocasiones, entregada a los organismos o autoridades administrativas, encontrándose relacionadas con la potestad reglamentaria. Sin embargo, el análisis de las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política lleva a la conclusión que lo que se incorporó al precepto constitucional es el llamado principio de tipicidad y, por lo mismo, no consagra una prohibición a la existencia de leyes penales en blanco. En efecto, los proyectos presentados por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y por el Consejo de Estado preceptuaban que ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté completa y expresamente descrita en ella, con lo cual pretendían prohibir constitucionalmente las leyes penales en blanco, por estimar que este tipo de leyes constituían una irregularidad o anormalidad en el contenido de la ley penal, pues el legislador delega, en forma parcial, su función en otras autoridades, generando inseguridad jurídica. Sin embargo, el constituyente eliminó la palabra ‘completa’, con lo cual, si bien mantuvo la exigencia de que la conducta ilícita debe ser creada por la ley, no exigió simultáneamente que esta creación fuera íntegra, acabada, lo que trajo consigo que se eliminara la prohibición de dictar leyes penales en blanco. En consecuencia, la Carta Fundamental sólo exige la descripción del núcleo básico del tipo, de la conducta prohibida, sin requerir la descripción completa y expresa del tipo penal, razón por la que acepta que se entreguen a otras instancias

jurídicas generalmente que hacen referencia a ordenanzas, reglamentos o simples mandatos de la autoridad administrativa. Y que el artículo 299 número 3° del CJM, constituye un ejemplo de leyes penales abiertas, pues dispone que incurre en delito de desobediencia, el que deje de cumplir sus deberes militares, pero omitiendo toda especificación respecto de cuáles son los deberes a que se hace referencia. No se encuentra en esa norma completamente descrita la conducta incriminada; además el número 3° del artículo 19 inciso final de la Carta Fundamental, consagra el principio de legalidad o reserva, en cuya virtud sólo la ley puede crear delitos y establecer sus penas, circunstancia que se vulnera en las leyes penales en blanco. Se exige que la conducta que se sanciona debe estar claramente descrita en la ley, pero no es necesario que se haga de un modo perfecto.

de jerarquía inferior precisiones sobre las condiciones en que determinadas conductas serán sancionadas”^{175 176}

175 Fallo pronunciado por los Ministros señores Mario Garrido Montt (Presidente), Eleodoro Ortiz Sepúlveda, José Benquis, Ricardo Gálvez, Alberto Chaigneau, Jorge Rodríguez, Enrique Cury, José Luis Pérez Zañartu, Orlando Álvarez, Urbano Marín, Domingo Yurac, Humberto Espejo, Jorge Medina, Domingo Kokisch, Milton Juica y señora María Antonia Morales, además de la concurrencia del Auditor General del Ejército don Juan Romero Riquelme (por incidir el recurso en una causa incoada ante los Tribunales Militares); y después de desestimarse la indicación previa de los Ministros señores Gálvez y Juica, quienes fueron de la opinión de declarar inadmisibile el recurso. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCIX, 2ª parte, Sección 4ª, pág. 67.

176 Por sentencia de 9 de noviembre de 2006, el Tribunal Constitucional había rechazado también similar recurso deducido por el Teniente Coronel Luis Pineda, en que solicitaba se declarara la inaplicabilidad del artículo 299 N° 3°. El recurso se dedujo en proceso que se había iniciado en el Tercer Juzgado Militar de Valdivia -de cuya apelación conocía la Corte Marcial- con motivo de la llamada *Tragedia de Antuco*, en la cual, en el mes de mayo del año 2005, le había costado la vida a 45 uniformados del Regimiento Reforzado <<Los Angeles>>, en campaña de ejercicios militares.

El proceso y su alarma pública, dieron pie a que fuera designado un Ministro en Visita Extraordinaria, tarea que recayó en don Juan Arab Nessrallah (representante del Ejército en la Corte Marcial), quien resolvió en sentencia de primera instancia, condenar al Mayor Patricio Cereceda a la pena de 5 años y 1 día (por cuasi delito de homicidio); y a los capitanes Claudio Gutiérrez Romero y Carlos Olivares Oyanguren a la pena de 800 días (como autores, respectivamente, del cuasi delito de homicidio reiterado con resultado múltiple). Y en la parte que nos interesa, esto es, en lo que se refiere al delito de incumplimiento de deberes militares, el magistrado señor Arab resolvió la condena del Comandante del Regimiento, Coronel Roberto Mercado, a la pena de 3 años de presidio, y al Teniente Coronel Luis Pineda, a la pena de 541 días de presidio como autores, respectivamente, del delito de *incumplimiento de deberes militares*. Cuando se encontraban dichas sentencias en grado de apelación ante la Corte Marcial, fue que el Coronel Pineda dedujo inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Con motivo del antedicho rechazo por parte del Tribunal Constitucional, se reinició el procedimiento ante aquella Corte, suspendido después de la vista de la causa, dictándose luego sentencia (fecha 27 de noviembre de 2006), la que confirmó la de primera instancia. En el considerando 7°, el alto tribunal castrense reproduce la decisión de la Magistratura Constitucional, que expresa a su vez en el considerando 11°, que el artículo 299 N° 3° del Estatuto de Justicia Militar, **“contiene el núcleo básico de la conducta punible descrita y la certeza respecto de su conocimiento está asegurada para quienes afecta”**. El Tribunal Constitucional también se refiere en su sentencia, a que la doctrina ha dado un importante tratamiento a las llamadas “Leyes Penales en Blanco”, así como su relación con el principio de la legalidad de la ley penal.

Se cuenta en el fallo de dicha Magistratura, una muy interesante prevención de la Ministra señora Marisol Peña Torres -quien concurrió al voto de mayoría-, y que es del siguiente tenor: **“Por una parte, se admite que la expresión ‘deje de cumplir sus deberes militares’, es equivalente a describir el ‘núcleo central de la prohibición’, tratándose de una conducta atribuible sólo a los militares, quienes, en tanto grupo de sujeción especial conocerían sus deberes, y, por lo tanto, las consecuencias de su no cumplimiento. Por otro lado, la remisión para describir las conductas públicas, se encuentra en el Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, al cual se remite el artículo 431 del Código de Justicia Militar; cuestionándose esta remisión por la debilidad que genera acerca del conocimiento claro de la conducta punible. 9°) Que, sin perjuicio de las observaciones que merece el citado Reglamento de Disciplina, puede afirmarse que la conducta descrita en el artículo 299 N°3 constituye la descripción suficiente del ‘núcleo central’ de la conducta punible, puesto que los ‘deberes militares’ no constituyen para los militares referencias indeterminadas o desconocidas,**

¹⁷⁷ (subrayado nuestro).

20. Recurso de casación en el fondo contra Corte de Apelaciones que declaró inconstitucionalidad de ley

En juicio seguido ante el Vigésimo Octavo Juzgado Civil de nuestra capital, y por el cual la Corte de Apelaciones de Santiago había revocado a

sino conceptos precisos con cuyo contenido los Oficiales, se familiarizan desde el inicio de su formación en las Escuelas Matrices de Oficiales de las Fuerzas Armadas, pues son parte de su malla curricular; y en torno a los que transcurre la totalidad de la vida castrense, además de vincularse directamente al carácter de ‘disciplinadas’, que el artículo 101, inciso tercero, de la Constitución Política le otorga a las Fuerzas Armadas”.

Mientras, los Ministros señores Jorge Correa Sutil y Hernán Vodanovic Schnake, aunque separadamente, estuvieron por acoger el requerimiento planteado: el primero de ellos sostuvo que no sólo “*los estudiosos del derecho penal [...] están contestes en exigir que la ley describa la conducta punible, al menos en sus aspectos esenciales. También los principales estudiosos del Derecho Constitucional*” (punto 6°). A su vez, en cuanto a la posibilidad de que, encontrado acogimiento por parte del Tribunal del recurso, y la natural consecuencia de que no pudieran aplicarse en la especie dichas normas, quedando por ende sin castigo las conductas investigadas, aseveró el mismo magistrado: “*Por muy dramático que sea un suceso y repudiable que sea una conducta, el Estado no tiene derecho a sancionar penalmente a una persona, sino en los casos en que la conducta realizada ha sido previamente descrita en la forma y por los medios que la Constitución exige. Sólo de ese modo se respetará la dignidad de las personas a las que se juzga y se legitimará la acción punitiva del Estado. La Constitución, para proteger la libertad, ha sido exigente al establecer los requisitos que deben cumplirse para juzgar penalmente a las personas y a ella debemos atenernos*” (punto 17°).

Mientras que el segundo de los disidentes estimó: “*Que en nuestro ordenamiento constitucional no es posible complementar o regular los derechos fundamentales con normas de jerarquía inferior a la ley, ni tampoco ella puede delegar la regulación de esas materias en la Administración. La dictación de una ley penal en blanco propia es incompatible con la Constitución*”.

Conformaron el TC, además, su presidente don José Luis Cea; y los Ministros señores Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto, Mario Fernández Baeza, Marcelo Venegas Palacios y Enrique Navarro Beltrán, quienes conformaron el voto mayoritario. Rol 468-2006. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Vol. 14, N° 1, año 2007.

¹⁷⁷ En la causa por accidente de aeronave Casa 212 ocurrido en el Archipiélago Juan Fernandez, donde el día 2 de septiembre de 2011 fallecieron 21 personas, la Presidenta de la Corte Marcial doña Dobra Lusic Nadal, como Ministra en Visita Extraordinaria ante el Juzgado de Aviación, había procesado por *incumplimiento de deberes militares* a 5 oficiales de la Fuerza Aérea. Interpuestos los correspondientes recursos de inaplicabilidad -que atacaban que el susodicho delito no se encuentra con detalle descrito en los artículos impugnados-, mientras se resolvían las apelaciones a dichos autos de procesamiento, el Tribunal Constitucional, suspendió la causa.

El Fiscal General Militar don José Urrejola Morales, pidió el rechazo del recurso, alegando que no se configuraban las inconstitucionalidades esgrimidas por los procesados.

Con fecha 28 de enero de 2016, y dictando sentencia en los roles acumulados 2773-15, 2817-15, 2849-15 y 2859-15, acogió los requerimientos y declaró que no eran aplicables en la gestión judicial en que respectivamente inciden, los artículos 299, N° 3, y 433 del Código de Justicia Militar. Firmaron la sentencia el Presidente don Carlos Carmona; y los Ministros señora Marisol Peña (con prevención en cuanto al art. 299, y voto en contra respecto del art. 433), señores Iván Aróstica, Gonzalo García, Domingo Hernández, señora María Luisa Brahm, señores Cristián Letelier, Nelson Pozo y José Vásquez Márquez.

dicho tribunal su sentencia por la cual rechazaba la demanda en la cual se solicitaba restituir 1.808.17 Unidades de Fomento, que se estimaba como el monto que se había pagado en forma indebida, y, por el contrario -en causa por Ley de Pesca- le había hecho lugar.

La Corte de Apelaciones al dictar su fallo -denunciaba el recurso de casación por parte del Fisco de Chile- había incurrido en error de derecho en la interpretación y aplicación del artículo 43 de la Ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura, vulnerándolo, al establecer un pago mensual para una patente que es anual, creando así una norma tributaria nueva o modificando la existente. En segundo lugar, se reclamó la infracción de los artículos 19, 20 y 22 del Código Civil; y 60 N° 14 y 62 de la Constitución Política, por no respetar el principio de la legalidad de los tributos y establecer una situación de privilegio para la actora.

Para el Fisco de Chile, la sentencia de segunda instancia creó una nueva norma de carácter tributario en materia pesquera o modificó la existente, que es el gravamen de la actividad pesquera extractiva mes a mes, reduciendo el monto establecido en la ley a una duodécima parte, vulnerando la señalada disposición.

También el recurso denunció que la Corte de Apelaciones, aplicando falsamente la norma del artículo 2300 del Código Civil, condenó al Fisco a restituir el dinero recibido por él en exceso, en circunstancias de que sólo ha recibido lo que legítimamente se le debía; empero, prosiguió la recurrente, la situación más grave ocurrida con dicha sentencia, y que entrañaba un error de derecho que no puede sino calificarse como fundamental, es la consistente en que el tribunal de segunda instancia, ha acudido a una *constitucionalización* del asunto, haciendo una verdadera declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del señalado artículo 43 de la Ley de Pesca, al querer armonizarlo con la disposición del artículo 19 N° 20 de la Constitución, para concluir que el demandante ***sólo ha estado obligado a pagar la patente proporcional correspondiente al mes de diciembre, estimando pagado indebidamente el exceso***.

Tal declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se la ha dado el constituyente en forma exclusiva a la Corte Suprema, por lo tanto el Tribunal de Apelaciones ha cometido en este sentido una infracción doble: en primer lugar a utilizado un arbitrio que sólo le corresponde al máximo órgano del Poder Judicial -por lo cual ha ignorado un precepto constitucional- y, luego, lo ha hecho bajo la simple premisa de que debe armonizarse un precepto que se estima injusto, con el artículo 19 N° 20 de la Carta Política, amén además de interpretarlo erróneamente.

Con fecha 31 de marzo de 2004, para la Corte Suprema que resolvió la casación de fondo planteada, los errores denunciados en el recurso tuvieron influencia sustancial en lo dispositivo del fallo recurrido, porque revocó un fallo que no cabía sino confirmar. Por ello, resolvieron acoger por unanimidad lo pedido por el Fisco.

Se pronunciaron en ese sentido los Ministros señores Ricardo Gálvez, Domingo Yurac Soto y Adalís Oyarzún Miranda, además de los Abogados Integrantes señores Manuel Daniel Argandoña y José Fernández. En cuanto al principio de reserva legal, señalaron, consiste éste en que toda forma de tributo:

“debe estar dispuesta por la ley, como lo es el caso [...] del referido artículo 43, que, en virtud de los resuelto por la Corte de Apelaciones, vendría a constituir una norma nueva”;

Además, que la interpretación realizada por el tribunal de segundo grado, ha desencadenado recurrir

*“indebidamente a la Carta Fundamental, y finalmente, de las normas de hermenéutica legal”*¹⁷⁸

21. Inaplicabilidad de Ley de Monumentos Nacionales, “Caso Palacio Pereira”

Con fecha 18 de junio de 2004, la Corte Suprema se pronunció sobre un recurso de inaplicabilidad interpuesto por la Inmobiliaria Maullín Ltda., que formuló tacha de inconstitucionalidad en contra de las disposiciones contenidas en los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288, sobre Monumentos Nacionales. La recurrente había interpuesto ante el Séptimo Juzgado Civil de Santiago demanda en juicio ordinario en contra del Fisco, reclamando indemnización de perjuicios por la privación del uso y goce del derecho de propiedad de un inmueble denominado Palacio Pereira, requiriendo del tribunal en lo civil la derogación tácita de las disposiciones legales citadas. Fundó su demanda, en las restricciones a su derecho de dominio que le imponen tales normas; además de las circunstancias que los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288 son inconstitucionales, porque habrían sido derogados tácitamente por la Constitución de 1980^{179 180}.

178 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo CI, 2º parte, Sección 1ª, pág. 48.

179 El Fisco de Chile opuso la excepción dilatoria de *incompetencia del tribunal*, aduciendo para ello que la declaración de que determinadas normas legales sean inconstitucionales corresponde a la Corte Suprema reunida en Pleno mediante el recurso de inaplicabilidad. La excepción dilatoria opuesta por el Fisco fue acogida por el Juzgado.

180 Por su parte, el Fisco de Chile, ante el Undécimo Juzgado Civil de la capital, dedujo

El Consejo de Defensa del Estado contestó, sosteniendo la improcedencia del recurso de inaplicabilidad, pues el estado ruinoso en que se encontraba el edificio se debía a la absoluta negligencia, abandono y falta de cuidado de la propietaria, por lo que la necesidad de repararlo y conservarlo se debería a su propio actuación; agregó además que si bien el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política asegura a todas las personas el derecho de propiedad, el derecho a usar y disponer de ella está sujeto a las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social; y precisamente esta función social es la que tiene aplicación en los artículos cuya declaratoria de inconstitucionalidad se pretende.

La Corte partió razonando:

“(6°) Ninguna limitación u obligación impuesta por la ley a la propiedad privada produce para el afectado derecho a indemnización, pero esa garantía no puede, en caso alguno, afectar la esencia del derecho con medidas como: privar, o reducir gravemente, del derecho de uso, del de goce, del de disposición, restringir alguno de ellos con medidas de tal envergadura que el dueño pase a ser un dependiente de la autoridad pública; privar de la capacidad de administrar; llegar a la efectiva privación del dominio o de alguno de sus tres atributos, como consecuencia de actos de autoridad no aceptados ni consentidos por los propietarios y que no están comprendidos en los bienes jurídicos que conforman la función social del dominio”

A renglón seguido, el máximo tribunal de justicia se refiere al concepto “*intereses generales de la Nación*” del inciso 2° del N° 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental, señalando al respecto que éste:

“No puede transformarse el concepto [...] en un pozo sin fondo donde caben todas las restricciones que el legislador quiera imponer a la propiedad. Los intereses generales de la Nación expresan un bien jurídico que se relaciona directamente con la Nación toda, entera, y jamás, por importante que sea, con un sector de ella, y que se relaciona, básicamente, con el beneficio superior de la sociedad política globalmente considerada, como un todo, sin referencia alguna a categorías o grupos sociales, económicos o de cualquier otro orden. Verificar la

demanda en contra de la Inmobiliaria Maullín Limitada por *obligación de hacer*, a fin de que fuera condenada a reparar el daño sufrido por el inmueble ubicado en calle Huérfanos 1515, todo en virtud de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley 17.288 sobre Monumentos Nacionales.

conurrencia de los elementos que hacen inobjetable una vinculación con los intereses generales de la Nación, implica apreciar, primero por el legislador y luego por los tribunales encargados de asegurar la supremacía constitucional, si existe una exigencia real y actual de la subsistencia, del desarrollo integral o del progreso de la Nación entera o un requerimiento de soberanía en lo económico, social o cultural. Para regular otros frentes de problemas que surjan en la sociedad civil, como lo que señalamos al nombrar algunos bienes jurídicos no comprendidos en la concepción de intereses generales de la Nación, el legislador podrá adoptar otras medidas; pero nunca podrá, de manera jurídicamente inobjetable, asilarse en un pretendido interés general para gravar el dominio privado con limitaciones u obligaciones que el constituyente de 1980 quiso, deliberadamente, hacer procedentes sólo por vía muy excepcional”¹⁸¹,

por lo que decidió, en votación de 14 votos contra cuatro, acoger la acción de inaplicabilidad propuesta, declarando que los mentados artículos de la Ley de Monumentos Nacionales privan seriamente al dueño del inmueble de los atributos propios de la garantía constitucional del derecho de propiedad, desde el momento en que el propietario no sólo está obligado a conservar y reparar el inmueble objeto de la declaratoria del Consejo de Monumentos, sino que, además, queda absolutamente limitado su destino, y se le impide además su destrucción.

La Corte hizo además el ejercicio de comparar la Ley de Monumentos con las disposiciones que, antes de ella, regían la materia, esto es, con las normas del Decreto-Ley N° 651, de 1925¹⁸², las que considera menos gravosas que los preceptos denunciados.

181 Ingreso N° 4309-2002. Voto mayoritario de los Ministros señores José Benquis Camhi, Enrique Tapia, Ricardo Gálvez Blanco, Jorge Rodríguez Ariztía, Enrique Cury Urzúa, José Luis Pérez Zañartu, Orlando Álvarez Hernández, Domingo Yurac, Humberto Espejo Zúñiga (redactor), Jorge Medina Cuevas, Domingo Kokisch Mourgues, Milton Juica, Nibaldo Segura Peña y Adalis Oyarzún.

182 En la segunda parte de su razonamiento 10°, analiza la norma contenida en este decreto-ley, (la que se dictó estando vigente la Constitución de 1925): “*En efecto [...] establecía en su artículo 8º, al tratar de los monumentos históricos que cuando así se declarase uno como tal, **quedaría sujeto, en su conservación, reparación y vigilancia, al Consejo de Monumentos Nacionales, lo que se relaciona con las facultades del referido Consejo que, en el artículo 5º de dicha normativa, establecía que son atribuciones y deberes de él: 2º Indicar al Gobierno los trabajos de restauración, reparación y conservación que sea necesario ejecutar en los monumentos históricos, presentar el presupuesto de su costo, dirigir estos trabajos y fiscalizar la inversión de los fondos que para ellos se les concedan, lo que demuestra que para el legislador de 1925 resultaba evidente que al propietario del inmueble no se le podía agregar la carga de la restauración, reparación y conservación de un monumento***”

Para la minoría sustentada por el Presidente don Marcos Libedinsky, y los Ministros señores Alberto Chaigneau, Urbano Marín y señora María Morales Villagrán, lo que ocurre en el presente caso sometido al conocimiento del más alto tribunal, es que:

“ ... los preceptos mencionados de la ley N° 17.288, tampoco desconocen las garantías que el N° 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental concede al derecho de propiedad, desde el instante que en la función social de la propiedad y que permite a la ley imponer limitaciones y obligaciones al modo de usar, gozar y disponer de ella, se comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, al tenor de lo que prescribe el inciso segundo de dicha disposición constitucional, de modo que la declaración de un inmueble como Monumento Histórico no puede sino basarse en el interés general de la Nación de conservarlo como tal, en términos que las limitaciones que autorizan las normas impugnadas por el recurso de autos deben estimarse incluidas entre las restricciones que pueden derivar de la función social de la propiedad que sanciona el constituyente”^{183 184} (Subrayado nuestro).

Significancias del recurso de inaplicabilidad de competencia de la Corte Suprema en la Constitución de 1980

Realizado el estudio de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, y de la mayor cantidad de sentencias recaídas en recursos de inaplicabilidad, y en las más diversas materias sometidos al escrutinio de la Corte Suprema

histórico, responsabilidad que tenía que ser asumida por el Estado, pues de lo contrario ello atentaba contra el derecho de propiedad del dueño que ya tenía severas limitaciones por el solo hecho de ser declarado Monumento Histórico un inmueble de su dominio». Nota: los resaltados son originales.

183 *Ibíd.*, voto de minoría.

184 Un riguroso estudio sobre la sentencia aquí anotada, así como del voto de minoría que contiene, véase el estudio de Arturo Fermandois, quien en una de sus conclusiones -que son varias- anota: “1°) *La sentencia Maullín con Fisco es un acierto jurisprudencial de la Corte Suprema, porque al declarar inaplicable por inconstitucionales dos artículos de la Ley 17.288, ha percibido correctamente la nueva dimensión de la función social de la propiedad en la Constitución de 1980. Al hacerlo, ha enfrentado el problema que se conoce en derecho comparado como de la expropiación regulatoria; 2°) El concepto función social de la propiedad existe en la doctrina social de la Iglesia, pero ingresa a las constituciones europeas de la postguerra mediante la influencia del positivismo jurídico de Duguit*”. FERNANDOIS V. Fernando, *Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile: Inmobiliaria Maullín Ltda. con Fisco de Chile. Inaplicabilidad, Rol 4309- 2002, 18 de junio de 2002, Sentencias destacadas: Anuario de jurisprudencia: una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago, año 2004, págs. 19 a 53. Asimismo, puede encontrarse un comentario más de la aludida sentencia, en ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela, *Revista de Derecho de Valdivia*, Vol. 17, diciembre de 2001, págs. 215 a 226.*

bajo la entrada en vigencia de la Carta Fundamental de 1980 hasta la Reforma de 2005, revisaremos a continuación parte de la doctrina en cuanto a la significancia de esta acción en el efectivo resguardo de la supremacía constitucional, esto es en el juzgamiento de la ley, hasta antes de que dicha potestad fuera entregada al Tribunal Constitucional.

Sabemos pues que la Carta Política contempló hasta la Reforma Constitucional del año 2005, un sistema de control represivo de constitucionalidad de las normas legales, que solo afectaba a las partes que intervenían en la gestión sometida a conocimiento de los tribunales. Tal y como refiere don Francisco Zúñiga Urbina:

*“el control de constitucionalidad de la ley que corresponde a la Corte Suprema y que se ejerce por vía de acción de inaplicabilidad, es un control facultativo, represivo y que opera bajo declaración de inconstitucionalidad material o de fondo, con efectos inter partes, autoridad de cosa juzgada y efectos temporales teóricamente declarativos”*¹⁸⁵

Para Mario Verdugo, Humberto Nogueira y Emilio Pfeffer Urquiaga, al definir la naturaleza del recurso de inaplicabilidad, lo presentaron como:

*“[una] excepción, dado que quien la interpone por esa vía trata de defenderse de la aplicación de un precepto legal que estima inconstitucional”*¹⁸⁶

Al tener la sentencia de inaplicabilidad sólo efecto *Inter partes*, se consideró a esta acción como una institución no del todo vigorosa para dotar de fuerza y eficacia las normas de la Carta Política¹⁸⁷.

Al no tener efecto *erga omnes*, ser un control de carácter represivo, concreto al caso particular y concentrado en el máximo tribunal ordinario -los demás tribunales no podían ni aún hoy pueden declarar la inconstitucionalidad de preceptos legales-, y por ello no tener fuerza vinculante para los

185 ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *Controles de la Potestad Legal y Reglamentaria*, Artículos de Doctrina, Revista Ius et Praxis, Vol. 7, N° 2, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2001, pág. 137.

186 VERDUGO M. Mario, PFEFFER U. Emilio, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, 2 Vol., Tomo II, pág. 225.

187 El profesor Nogueira expone: *“Este control represivo, concreto y con efecto inter-partes, constituye una institución jurídica débil como instrumento para [...] dar protección efectiva a los derechos esenciales de las personas”*. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La Reforma Constitucional a la jurisdicción constitucional: del doble control concentrado de constitucionalidad a la concentración del control en el Tribunal Constitucional*, Revista Ius et Praxis, N° 8, Editorial Universidad de Talca, año 2002, pág. 338.

demás *jueces* -quienes podían seguir aplicando las normas tachadas de inconstitucionalidad en procesos incluso similares (ya que no quedaba invalidado)-; pero ampliando el constituyente del '80 el margen de acción *para su interposición a una "gestión"* y no a un "*juicio*" propiamente tal -en el sentido jurídico del término-, y otorgándole a la Corte Suprema la facultad de intervenir de oficio cuando el asunto a resolverse estuviera radicado ante ella ¹⁸⁸, el recurso de inaplicabilidad en esta etapa histórica no gozó de buena reputación ante la doctrina especializada.

Así el también profesor Juan Carlos Ferrada Bórquez:

“la doctrina dominante ha visto este procedimiento como un mecanismo de control constitucional concreto, concentrado y a posteriori de constitucionalidad de la actividad legislativa, en el que se contrasta directamente el producto normativo emanado de aquélla –la norma legal impugnada–” ¹⁸⁹,

lo que en buena parte habría influido para realizar el traspaso de competencia de dicha facultad que detentaba la Corte Suprema hacia el Tribunal Constitucional.

188 Para un completo estudio sobre las particularidades del recurso de inaplicabilidad en esta etapa, RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, *El control difuso de constitucionalidad de la ley en la República de Chile*, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXIII, año 2002, págs. 39 a 67.

El profesor Ríos Álvarez en el mismo estudio, además, trae a colación la posibilidad del control concreto y difuso al que podrían haber recurrido los jueces de primera y segunda instancia -además, agregamos nosotros, del mismo Tribunal Supremo a través de los recursos de casación-, vía aplicación de la fuerza normativa del artículo 6° de la Constitución Política, por la principal razón del contenido esencial de la supremacía de la Carta Fundamental allí contenido: *“Resulta evidente, por lo tanto, que, bajo el imperio del art. 6° [...], existe ahora en Chile un sistema de control jurisdiccional difuso de constitucionalidad de la ley, a cargo de todos los tribunales ordinarios del país, para ser aplicado en todos los asuntos que les corresponda resolver, con efecto ‘inter partes’, limitado al caso particular en que incida la decisión correspondiente, y sin perjuicio de que subsista la vigencia de la norma declarada inaplicable”* -pág. 53-; además de demostrar que hay una perfecta compatibilidad del mencionado artículo 6° con el que a su vez contempla el recurso de inaplicabilidad: *“mientras no se modifique el art. 6°, que ostenta una factura impecable, es deber constitucional de todo juez inaplicar cualquiera norma contraria a la Carta Fundamental y ello es de la esencia de su ministerio”* -pág. 58-.

Para una contextualización general de este mismo autor, RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, *La reforma de 2005 a la Constitución chilena*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 7, año 2007, págs. 213 a 231; y *La acción de inaplicabilidad de preceptos legales*, ya traspasada la competencia de dicha acción desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, N° 2, año 2007, págs. 115 a 130.

189 FERRADA BÓRQUEZ, Juan, *Los Derechos Fundamentales y el control constitucional*, Revista de Derecho de Valdivia, Vol. 17, diciembre de 2004, págs. 113 a 137.

Juan Colombo refiere al diagnóstico efectuado por el Centro de Estudios Públicos, en cuanto explicarían los motivos de la escasa importancia atribuida al recurso de inaplicabilidad, la cual -entre otras razones- se debería a:

*“una sostenida tendencia que muestra la jurisprudencia de la Corte a no ejercer con la amplitud concedida por el constituyente sus facultades contraloras de constitucionalidad. No de otra manera se explica el excesivo rigorismo de sus sentencias en la observancia de cuestiones puramente formales y al no uso de la inaplicabilidad de oficio frente a aquellas deficiencias... no [es] aceptable que ante una función de esta naturaleza la Corte, por ejemplo, no entre al fondo del problema y declare la inadmisibilidad del recurso, porque el autor ‘omitió indicar precisa y determinadamente’ cuáles eran las disposiciones constitucionales infringidas por una determinada ley o porque, como sostiene otro fallo, ‘no se ha indicado determinadamente la disposición legal que se tacha de inconstitucional, pues no puede recaer sobre el Tribunal Supremo la tarea de averiguar y precisar cuál de las diversas disposiciones que contiene un artículo que legisla sobre varias materias a través de sus incisos sería el criticado y quebrantaría la norma constitucional’”*¹⁹⁰

Al tener como hemos visto, efectos sólo en la gestión concreta en la que se pide la declaratoria de inaplicabilidad, se afectaría el Principio de Igualdad ante la ley. Por ello Rodolfo Figueroa expone esa realidad en los siguientes términos:

“[que] la Corte Suprema pueda decidir sobre la aplicación de leyes, es decir, que exista un sistema o mecanismo que permite esta situación, constituye una hipótesis de infracción a la igualdad precisamente porque permite que determinadas personas queden excluidas como sujetos imperados de determinadas normas en circunstancias que todas las demás quedarán sometidas a ellas. Esta situación diversa ante la ley transgrede el principio de igualdad...”^{191 192}

190 COLOMBO C., Juan, *Protección jurisdiccional de la Constitución. La Declaración Judicial de Inconstitucionalidad*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XII, agosto de 2001, pág. 25.

191 FIGUEROA G. Rodolfo, *La acción de inaplicabilidad y el principio de igualdad*, Cuaderno de Análisis Jurídico, año 1996, pág. 371.

192 Similar opinión da el profesor Ferrada Bórquez: “Se critica la operatividad y justificación de este sistema represivo de constitucionalidad/ incluso su coherencia con el principio de igualdad ante

Don Gastón Gómez Bernaldes va más allá, y derechamente habla de un fracaso al referirse al modelo que representó la concepción del recurso de inaplicabilidad. Después de diversas críticas, habla en los siguientes términos:

“Lo importante es que podemos afirmar enfáticamente que el diseño normativo de la jurisdicción constitucional a posteriori -la inaplicabilidad- no está correctamente ordenada, genera grandes vacíos y no disminuye la complejidad jurídica del sistema porque no fija pautas generales, métodos de interpretación del derecho, ni resuelve cuestiones genuinamente constitucionales [...] Ello creo nos colocará en breve, ante el deber de buscar alternativas y de interrogarnos sobre el punto de fondo de todo esto, que creo que es si debe la jurisdicción ordinaria la llamada a intervenir poderosamente en la jurisdicción constitucional” ¹⁹³

la ley’, que garantiza la propia Constitución, desde el momento en que no se divisa razón alguna para mantener vigente y en aplicación una norma que ya se ha estimado inconstitucional por la Suprema Corte en otro caso concreto. Ello explica la propuesta de reforma constitucional en esta materia...”. Op. cit. DAVIS CASTRO, Cristian, *Las Reformas al nuevo Tribunal Constitucional chileno*, Lex et Veritas, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Internacional SEK, Santiago, Vol. 4, años 2006-2007, págs. 15 a 85.

193 GÓMEZ BERNALES. Gastón, *Algunas ideas críticas sobre la jurisdicción constitucional en Chile*, Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, Vol. 4, N° 1, año 1998, págs. 96 a 98.

Historia de la Ley 20.050

En lo que nos convoca, en la revisión de la historia de la Ley N° 20.050, sobre Reforma Constitucional, puede leerse que las dos grandes coaliciones políticas imperantes, llamadas a la sazón, Alianza por Chile y Concertación, presentaron cada una por separado la proposición de derogar el artículo 80 de la Constitución, esto es como sabemos, el que le otorgaba la competencia a la Corte Suprema para pronunciar la inaplicabilidad de todo precepto legal contrario a la Ley Primera, con los efectos ya estudiados. Asimismo, en dicha discusión al interior de la Comisión de Constitución, Legislación, Reglamento y Justicia del Senado, se proponía reemplazar el artículo 81 de la Carta Fundamental, esto es lo referente a la integración del Tribunal Constitucional ^{1 2}.

1 El conglomerado Alianza por Chile propuso lo siguiente en cuanto a su conformación: a) Tres Ministros de la Corte Suprema elegidos por ésta en una sola votación; b) Cuatro abogados designados por el Presidente de la República con el acuerdo de los dos tercios del Senado; y c) Dos abogados elegidos por los miembros del Tribunal Constitucional en una sola votación. Los jueces nombrados por la Corte Suprema lo serían de entre sus miembros en ejercicio, y cesarían en sus cargos si dejaban de ser Ministros de la Corte por cualquier causa.

A su vez el conglomerado Concertación propuso: a) Dos abogados elegidos por la Corte Suprema en una sola votación; b) Un abogado designado por el Presidente de la República; c) Dos abogados elegidos por el Senado en una sola votación; y d) Dos abogados elegidos por la Cámara de Diputados en una sola votación.

2 En la discusión ante la Comisión del H. Senado fueron invitados los Ministros del Tribunal Constitucional señores Eugenio Valenzuela Somarriva y Juan Colombo. El primero de ellos en cuanto a la modificación en la forma de integración, dijo que la justificación se encontraba en que, entre las nuevas atribuciones de la Magistratura Constitucional, una de ellas era de *“trascendental importancia y demandará mucho trabajo, cual es el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”*.

Por supuesto, los invitados a la Comisión hicieron sus alcances y peticiones en orden a la nueva conformación que tendría el referido Tribunal, una de las cuales, por su importancia, es dable señalarla aquí: que los jueces supremos designados en el Tribunal Constitucional quedarían suspendidos de integrar la Corte Suprema por el tiempo que durasen sus nombramientos, lo que vino a plasmarse en la Disposición 14a. Transitoria de la Reformada Constitución de 2005 del siguiente tenor: *“Los actuales Ministros de la Corte Suprema que lo sean a su vez del Tribunal Constitucional, quedarán suspendidos temporalmente en el ejercicio de sus cargos en dicha Corte, seis meses después que se publique la presente reforma constitucional y sin afectar sus derechos funcionarios. Reasumirán esos cargos al término del período por el cual fueron nombrados en el Tribunal Constitucional o cuando cesen en este último por cualquier motivo”* (págs. 538 a 540, 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, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 26 de agosto de 2006). En la antedicha situación se encontró el Ministro de la Corte Suprema don Urbano Marín Vallejo, quien fue designado en el Tribunal Constitucional en agosto de 2005, período que ejerció sólo hasta enero del 2006: la suspensión en el primer cargo no llegó a operar (e incluso se

El Ministro del Tribunal Constitucional don Eugenio Valenzuela Somarriva, exponiendo ante la Comisión, convalidando con los parlamentarios en la iniciativa del proyecto, con algunos importantes agregados, propuso:

“la primera gran reforma [...] es sustraer del conocimiento de la Corte Suprema el recurso de inaplicabilidad a que se refiere el artículo 80 de la Constitución y entregarlo al Tribunal Constitucional, con el objeto de concentrar el principio de supremacía constitucional en un solo organismo. El recurso de inaplicabilidad, continuó diciendo, debería pasar al Tribunal Constitucional dividido en dos tipos de acciones, una de inaplicabilidad y otra de inconstitucionalidad. La acción de inaplicabilidad pasaría en los mismos términos en que está concebida actualmente en el artículo 80. Vale decir, el Tribunal, en los casos que conozca o que le fueran sometidos en recurso interpuesto en cualquier gestión, puede declarar inaplicable un precepto legal que sea contrario a la Constitución. Esto

había contemplado como suplente del señor Marín en la Corte Suprema al Ministro de la Corte de Apelaciones de Temuco don Héctor Toro Carrasco, aunque dicha suplencia nunca operó, debido al alejamiento de Urbano Marín del TC). En igual fecha, igual determinación tomó su colega de labores Eleodoro Ortiz; fueron reemplazados por los abogados Marisol Peña Torres y Enrique Navarro; a idéntica decisión arribó el Ministro Marcos Libedinsky en noviembre del mismo año, ejerciendo el derecho reconocido en la Disposición 14a. Transitoria de la Carta Fundamental.

Asimismo, debemos agregar que la Ley 20.381 -modificatoria de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del TC- vino recién a ser promulgada el 11 de septiembre de 2009 (ya había entrado en vigor, con fecha 27 de febrero de 2006, las reformas al Capítulo VIII del Código Político). Empero -en palabras del Presidente de dicho Tribunal José Luis Cea-, *“frente a tal circunstancia y tras detenido estudio, el Tribunal decidió ejercer la competencia conferida por la Constitución y desempeñarla con sujeción a ella y a la legislación orgánica pertinente. Esta última, ha de recordarse, permite, en diversos aspectos, invocarla para el servicio de tal potestad. La decisión de esta Magistratura fue recibida con satisfacción tanto por la doctrina como por los tribunales ordinarios de justicia. Prueba de ello son los requerimientos de inaplicabilidad que las partes y las Cortes, estas últimas de oficio, remitieron a esta Magistratura durante 2006, demostrando así el progresivo nivel de arraigamiento que está adquiriendo en Chile la cultura jurídica propia de un Estado Constitucional de Derecho”*.

Los argumentos tenidos a la vista para justificar su acción fueron los que a continuación siguen: 1) El principio de inexcusabilidad; el derecho a la defensa y la promoción del respeto de la dignidad humana y de los derechos esenciales que fluyen de ella; el reconocimiento que la Constitución es la normativa suprema del ordenamiento jurídico. Incluso se plasmaron esas directrices en la causa Rol N° 472, (de fecha 31 de mayo de aquel año 2006), conociendo la Segunda Sala de un *incidente de previo y especial pronunciamiento*, declaró -rechazándolo-, que la falta de adecuación de la Ley Orgánica no era un obstáculo para que sirviera su competencia. En consecuencia, a pesar de que se encontraba pendiente la dictación de las modificaciones pertinentes a dicha Ley Orgánica, ello no representó impedimento para que el Tribunal -desde el 27 de febrero de 2006- ejerciera en plenitud sus nuevas atribuciones, en especial la trasladada desde la Corte Suprema: el conocimiento del recurso de inaplicabilidad. En Memoria del organismo, año 2006).

lo conocería el Tribunal en sala, pero después de tres fallos uniformes en recursos de inaplicabilidad distintos, nacería la segunda acción, que es la de inconstitucionalidad. Es decir, después de tres fallos uniformes se podría pedir la inconstitucionalidad de la ley, lo cual traería como consecuencia que ésta quede sin efecto con carácter general”³ (el subrayado es nuestro).

El Senador Sergio Diez, manifestó compartir la actuación de la Corte Suprema cuando resolvió, de manera reiterada, que no cabía dentro de sus atribuciones pronunciarse sobre los vicios de forma de una ley. Agregó que una actuación distinta de ésta, le estaría dando características de Tribunal Constitucional:

“la naturaleza de la Corte la obliga a ocuparse sólo de las inconstitucionalidades de fondo” (pág. 548, Historia de la Ley N° 20.050)

Ante lo anterior, el Ministro señor Valenzuela, insistió en:

“la inconstitucionalidad de forma porque la Corte Suprema se ha fundamentado en que no debe entrometerse en la órbita de otro Poder del Estado, pero, acto seguido, ha dicho que le corresponde el pronunciamiento de esta materia a los jueces del fondo. Entonces, dijo, se contradice, porque si no pueden entrar a conocer, con mucho menor razón podrá hacerlo un juez de primera instancia. Conjeturó que la razón de fondo ha sido un criterio ‘ius privatista’ de esa Alta Corte, que le ha impedido entender a cabalidad que el recurso de inaplicabilidad por razones de forma y de fondo es un contrapeso de poderes. Así como el Senado puede destituir Ministros de la Corte Suprema por notable abandono de sus deberes, indicó, la Corte Suprema también puede declarar inaplicables, por razones de forma o de fondo, normas dictadas por el Poder Legislativo. Son reglas de contrapeso de poder, reiteró, de tal manera que no se vulnera ningún principio”⁴ (seguimos subrayado)

3 Siguió el juez constitucional más adelante fundamentando su posición citando: *“la opinión de diversos tratadistas sobre la necesidad urgente de que este recurso sea sustraído de la Corte Suprema y entregado al Tribunal Constitucional, así como estadísticas según las cuales más o menos el 60% de los recursos de inaplicabilidad en la Corte Suprema terminan en el archivo de los antecedentes, simplemente porque las partes no les dieron movimiento”* (pág. 545).

4 Recordando, el ya varias veces anotado asunto de la derogación de leyes/ inaplicabilidad, la posición de este juez constitucional, apuntaría al fondo del asunto, es decir, a demostrar

El 30 de enero de 2001 la Corte Suprema había enviado al Parlamento su opinión respecto de los cambios que pensaban efectuarse.

Estuvo de acuerdo la Corte en que se dotara al Tribunal Constitucional de una acción que le permitiese controlar represivamente la constitucionalidad de preceptos legales con efectos generales, que complementasen su actual función de controlador preventivo en la materia, empero:

“por referirse el recurso de inaplicabilidad creado ya para plantearlo a la aplicación de un precepto legal específicamente señalado a un caso determinado y preciso suscitado en el curso de una gestión seguida ante tribunales de justicia ordinaria y motivada por un conflicto entre partes, es decir, por tratarse de la solución de un caso concreto de una posible inconstitucionalidad puntual surgida en el transcurso de un trámite judicial y no de un control en abstracto y de consecuencias generales de la constitucionalidad legal, fue de parecer que el recurso de inaplicabilidad existente, en la forma como se encuentra concebido, debe continuar siendo de la competencia de la Corte Suprema, sin perjuicio de las innovaciones adecuatorias que podrían formularse, como sería, por ejemplo, que después de tres fallos uniformes que acojan la inconstitucionalidad de un precepto legal, la Corte comunique el antecedente al Tribunal Constitucional para los efectos sancionatorios de carácter general que también deberían establecerse. La modificación constitucional a este respecto sería, en consecuencia, menor, más simple y de la misma efectividad que la insinuada”⁵ (seguimos subrayando)

que la Corte Suprema se contradijo invariablemente al afirmar esa postura: si no puede ella misma resolver tal cuestión en un recurso especialmente creado para tales efectos, no puede -al rechazar éste- traspasarle dicha responsabilidad -vía derogación tácita- a los jueces de la instancia, porque constituiría una clara contradicción.

- 5 En el informe que contiene las opiniones del Tribunal Pleno de la Corte, aparece que éste estuvo presidido por don Hernán Álvarez García, y que concurren los Ministros señores Osvaldo Faúndez, Mario Garrido Montt, Marcos Libedinsky, Eleodoro Ortiz, Jorge Rodríguez A., Enrique Cury, José Luis Pérez Z., Orlando Álvarez Hernández, Domingo Yurac, Humberto Espejo y Jorge Medina. En cuanto a esta misma materia, la Corte Suprema manifestó *“que le preocupa el efecto que las modificaciones que se proponen podrían producir en el necesario y delicado equilibrio que el constituyente sabiamente ha mantenido entre los tres Poderes tradicionales del Estado, desde los inicios de nuestra vida como Nación independiente. Tal equilibrio, manifestó, supone necesariamente la existencia de efectivos contrapesos y controles recíprocos entre los Poderes, situación que se ha ido deteriorando paulatinamente respecto del Poder Judicial. Expresó que esta tendencia se agudizaría al restársele a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento del recurso de inaplicabilidad, sin que la pérdida de ese control relativo de la constitucionalidad de las leyes para un caso particular en tramitación ante los tribunales sea compensada con otras facultades de fiscalización que se le confieran al Poder Judicial.”* (pág. 556).

Cabe agregar que los Ministros señores Álvarez García y Faúndez, -además de don Servando Jordán López-, integraban además en esas fechas, el Tribunal Constitucional.

También este organismo dio su parecer.

A las sesiones celebradas los días 24 de enero y 7 de marzo de 2001, donde concurrieron además de los recién nombrados, los magistrados Luz Bulnes Aldunate, Eugenio Valenzuela y Juan Colombo, presididos por don Osvaldo Faúndez, emitieron su opinión en lo que aquí interesa, al referido recurso de inaplicabilidad: el presidente y don Hernán Álvarez volvieron a repetir lo que habían manifestado en el oficio originado en la Corte Suprema; y los Ministros Jordán y Colombo fueron de la opinión de que el control de la constitucionalidad, tanto *preventivo* como *represivo*, debía estar a cargo del Tribunal Constitucional. Sostuvieron además que el efecto de la sentencia que acoja dicha acción debe ser el de expulsar del ordenamiento jurídico la norma declarada inconstitucional.

Hemos llegado al final de nuestro trabajo. Esperamos que el objetivo propuesto haya sido alcanzado. Se describió todo el proceso desde la vigencia de la Carta Política de 1833.

Hubo un tiempo -como se vio-, en donde sólo el Congreso Nacional, y sólo él, tenía las atribuciones para resguardar la constitucionalidad de las leyes. Es decir, el mismo organismo que las creaba -cuyo es su rol esencial-, debía preocuparse que éstas no colisionaran con la Carta Fundamental.

Como apreciamos, también se desconfiaba casi con demasía de la posibilidad siquiera, de que la cabeza del Poder Judicial tuviera cabida en tan delicada función; y otro tiempo donde éste tuvo encomendada por el constituyente esta misión; y hubo otro donde derechamente la perdió.

Pues bien, el medio constitucional por excelencia para cumplir con el cometido descrito fue y es el *Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de la Leyes*.

Éste trabajo trató de él, y de su mayúscula importancia tanto para el foro como para el país todo.

Trató, por tanto, cuando este recurso era confiado por el constituyente al más alto tribunal de justicia del país, es decir, a la Corte Suprema, hasta que le fuera arrebatado -con su oposición- y, acto seguido, entregado al Tribunal Constitucional.

Quiso contextualizarse, en cuanto ello fue posible, agregando citas a pie de página, la situación que le correspondía dilucidar al máximo tribunal, enfrentado a la petición de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, entendiendo que de esa manera se ilustra mejor la actual exigencia del artículo 93 N° 6 de la Carta Magna, en cuanto ahí se usan los vocablos “*cuya aplicación [...] resulte contraria a la Constitución*”.

Fuentes bibliográficas

1. *Actas de la Comisión Revisora de la Constitución*. Imprenta Universitaria, Santiago, año 1925.
2. *Actas Oficiales de las sesiones celebradas por la Comisión y Sub-comisiones encargadas del estudio del proyecto de Nueva Constitución Política de la República* (Ministerio del Interior), Imprenta Universitaria, Santiago, año 1925.
3. AHUMADA MORENO, Pascual, *La Guerra del Pacífico*, Imprenta el Progreso, año 1884.
4. ALESSANDRI, CLARO SOLAR, MONTERO, ORTEGA, SALAS ROMO y OTROS, *Informe Jurídico de la Comisión nombrada por el Gobierno para el estudio de los decretos leyes y decretos con fuerza de ley*, Editorial Progreso, Santiago, año 1934.
5. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Fernando, *Recursos Procesales*, Apuntes de clases, 2º edición, Universidad de Chile, Santiago, año 1937.
6. AMUNÁTEGUI, Gabriel, *Principios Generales del Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 1953.
7. ANDRADE GEYWITZ, Carlos, *Elementos de Derecho Constitucional chileno*, Editorial Jurídica de Chile, año 1971.
8. ARANCIBIA MATTAR, Jaime, BRAHM GARCÍA, Jaime, IRARRÁZABAL GOMIEN, Andrés, *Actas del Consejo de Estado de Chile (1976-1990)*, año 2008, Centro de Estudios Bicentenario, Santiago, 1.104 págs.
9. ASTROSA HERRERA, Renato, *Código de Justicia Militar comentado: antecedentes, concordancias, jurisprudencia, referencia, leyes y reglamentos que lo complementan*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, Santiago, año 1985.
10. BALLESTEROS, Manuel Egidio, *Lei de organización i atribuciones de los tribunales de Chile*, Imprenta Nacional, Tomo I, año 1890.
11. BARILE, Paolo, *Curso de Derecho Constitucional*, Padua, 1962.
12. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, 2º Edición, CEPC, Madrid, año 2006.
13. BERNASCHINA G., Mario, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, año 1958.

14. BERNASCHINA, Mario, *La Constitución chilena*, Editorial Jurídica, Santiago, año 1953.
15. BERTELSEN REPETTO, Raúl, *Control de constitucionalidad de la ley*, Editorial Jurídica de Chile, año 1969.
16. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, traducción española, Editorial Tecnos, Madrid, año 1965.
17. CABEZAS D., Fernando, *Las facultades extraordinarias*, Memoria de Licenciatura, Universidad Católica de Valparaíso, año 1961.
18. CAFFARENA DE GILES, Elena, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, Imprenta San Francisco, del año 1957.
19. CALVO GARRIDO, Héctor, *El decreto de emergencia*, Memoria colectiva, Santiago, año 1956.
20. CARRASCO ALBANO, Manuel, *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833*, Imprenta de El Mercurio, 2º Edición, Santiago, año 1874.
21. CARVAJAL RAVEST, Horacio, *La Corte Suprema*, Memoria de Licenciatura, Santiago, año 1940.
22. CASTILLO GODOY, Luis, *Las Acusaciones Constitucionales en contra de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, con especial referencia a la acusación que destituyó al Ministro de la Corte Suprema, señor Hernán Cereceda Bravo*, Memoria de Prueba para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, año 2003.
23. COLOMBO CAMPBELL, Juan, *La justicia constitucional en Chile*, Cuadernos Tribunal Constitucional, año 2003.
24. CORREA OPASO, Pedro, *La delegación legislativa y el decreto con fuerza de ley*, Memoria de Licenciatura, Santiago, año 1956.
25. CRISTI BECKER, Renato, *El pensamiento político de Jaime Guzmán*, 2º Edición, Lom Ediciones, Santiago, año 2011.
26. CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982.
27. DE RAMÓN, Armando, en Seminario Derechos Humanos y Cultura, Arzobispado de Santiago, año 2001.
28. *Diccionario panhispánico de dudas*, Santillana, Madrid, año 2005.
29. ENCINA, Francisco, *Historia de Chile desde la Prehistoria hasta 1891*, Editorial Ercilla, Santiago de Chile, año 1984.
30. ESTÉVEZ GAZMURI, Carlos, *Elementos de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 1949.

31. EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Estatuto Constitucional del derecho de propiedad en Chile*, Editorial Jurídica de Chile, año 1967.
32. EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales*, Editorial Jurídica de Chile, año 1999.
33. FUNDACIÓN MANUEL MONTT, ROJAS VÁSQUEZ, Marcelo, *Manuel Montt. Educador, legislador, gobernante y magistrado*, en el bicentenario de su nacimiento (1809-2009), Centro de Estudios Bicentenario, año 2009.
34. GAETE BERRÍOS, Alfredo, *Tratado de derecho del trabajo chileno*, Editorial Jurídica de Chile, año 1960.
35. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, España, año 1984.
36. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Civitas S.A. Madrid, 1980.
37. GUERRA, José Guillermo, *La Constitución de 1925*, Establecimientos Gráficos Baecells y Co., Santiago, año 1929.
38. GUZMÁN DINATOR, Jorge, *Nueva Sociedad Vieja Constitución, Foros dirigidos por...*, Editorial Orbe, año 1964.
39. HELLER, Hermann, *Supuestos históricos del Estado actual*, , Fondo de Cultura Económica, México.
40. HUNEEUS Z., Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, Imprenta Los Tiempos, Santiago, año 1880.
41. JARA CRISTI, Manuel, *Derecho Administrativo*, Imprenta Artes y Letras, Santiago, año 1943.
42. JIMÉNEZ LARRAÍN, Fernando, *Los estados de excepción constitucional en Chile*, Editorial Jurídica de Chile, año 2010.
43. KELSEN, Hans, *Teoría del Estado*, Editorial Nacional, México, año 1965.
44. LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Tomo III, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, Argentina, año 1977.
45. MARSHALL SILVA, Enrique, *El recurso de inaplicabilidad: inciso 2° del artículo 86 de la Constitución Política del Estado*, Memoria de Prueba, año 1947.
46. MORTATI, Constantino, *Instituciones de Derecho Público*, Cedam, Padua, 1962.
47. MONTT, Ambrosio, *Dictámenes*, Tomo II, Imprenta Nacional, Santiago, año 1894.

48. MURILLO SOFFIA, Guillermo, *Las leyes delegadas*, Memoria de Licenciatura, Editorial Universo, Valparaíso, s/f.
49. NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *El control de la constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 43, año 2011.
50. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, VERDUGO MARINKOVIC, Mario y PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, abril del año 2002.
51. *Obras completas de Don José Clemente Fabres*, Recopilación y publicación por la Universidad Católica de Santiago de Chile, Volumen IV, año 1908.
52. ORTÚZAR SANTA MARÍA, Enrique, *La ley normativa y la delegación de facultades extraordinarias*, Memoria de Licenciatura, Santiago, año 1964.
53. OSORIO, Loma; PÉREZ Cecilia y MORENO OJEDA, Benjamín, *Los decretos*, Memoria colectiva, Santiago, año 1958.
54. PALACIOS LIRA, Sergio, en *Sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes*, Memoria de Licenciatura, Santiago, año 1967.
55. PEÑA TORRES, Marisol, *Cuatro Estudios de Justicia Constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 36, año 2007.
56. PÉREZ BÓRQUEZ, Arcadio, *La emergencia legislativa*, Memoria de Licenciatura, Santiago, año 1955.
57. PERROT, Abeledo, *Sobre el significado de la Constitución de los Estados Unidos*, Ediciones Buenos Aires, Argentina, año 1984.
58. LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de Derecho Político*, de Vol. IV, Editorial Tecnos, Madrid, España, año 1984.
59. RIVAS POBLETE, Diana, *Naturaleza jurídica de la inaplicabilidad en el modelo chileno*, Memoria de Prueba, y ganadora del Premio “Tribunal Constitucional” correspondiente al año 2012, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 51, año 2013.
60. ROLDÁN, Alcibíades, *Elementos de Derecho Constitucional de Chile*, Imprenta Lagunas y Co., Santiago, 3° Edición, año 1924.
61. ROSENDE SUBIABRE, Hugo, *La Promulgación y la publicación de la ley*, Editorial Nascimento, Santiago, año 1941.
62. SAGÜÉS, Néstor Pedro, en su *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial Astrea, año 1993.

63. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, año 1989.
64. SÁNCHEZ RISI, Armando, *La legislación delegada (D.F.L.)*, Memoria de Licenciatura, Santiago, año 1963.
65. SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, traducción de SÁNCHEZ SARTO, Manuel, Editorial Labor, 1931, Editorial Tecnos, 1983, Madrid, España.
66. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, año 1963.
67. SILVA BASCUÑÁN, Marcos, *La Constitución ante los tribunales*, Santiago, año 1926.
68. SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo chileno y comparado*, Editorial Jurídica de Chile Tomo I, 2° edición, Santiago, 1962.
69. SILVA CIMMA, Enrique, *Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, Colección Estudios Jurídicos N° 3, Editorial Jurídica venezolana, año 1977.
70. SOLÍS PINO, Álvaro, *Estatuto Jurídico actual de los decretos con fuerza de ley en Chile*, Memoria de Licenciatura, Concepción, año 1965.
71. TOPASIO FERRETI, Aldo, *Regularización de los títulos de dominio. Propiedad rural y urbana, Decreto Ley N° 2695, de 1979*, Edeval, Colección de Legislación comentada, Valparaíso, año 1980.
72. URZÚA VALENZUELA, Germán, *Historia Política de Chile y su evolución electoral: desde 1810 a 1992*, Editorial Jurídica de Chile.
73. VANOSSI, Jorge, *Teoría Constitucional II. Supremacía y Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Depalma, 1976.
74. VERDUGO M. Mario y GARCÍA B. Ana María, *Manual de Derecho Político*, Tomo I, Instituciones Políticas. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año 1979.
75. VERDUGO MARINKOVIC, Mario, *Código de Justicia Militar, Ley de Seguridad del Estado y Ley de Control de Armas, Textos Anotados*, de Ediciones Encina Ltda. año 1975.
76. VERDUGO M. Mario, PFEFFER U. Emilio, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, 2 Vol., Tomo II.
77. VODANOVIC, Antonio, *Curso de Derecho Civil*, Editorial Nascimento, Tomo I, Vol. I, 3° edición, Santiago, año 1961.

78. WEBER, Max. *El político y el científico*, traducción de Francisco Rubio Llorente, Madrid, Alianza, 5º Edición, año 1979.
79. ZAFRA VALVERDE, José, *Teoría Fundamental del Estado*, Universidad de Navarra, Pamplona, año 1990.

Fuentes hemerográficas

1. ALDUNATE, Eduardo, *La independencia judicial. Aproximación teórica, consagración constitucional y crítica*, Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, N° 16, año 1995.
2. AMUCHÁSTEGUI, José Antonio, *Facultades de los gobiernos de facto*. Revista de Derecho y Jurisprudencia, año 1933, Tomo XXXI, 1° Parte, Sección Derecho.
3. BARCÍA LEHMANN, Rodrigo, *De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce*, Revista Chilena de Derecho Privado, N° 22, julio de 2014.
4. BERNALES ROJAS, Gerardo, *Los Tratados Internacionales, los derechos fundamentales y la jurisprudencia del período 1981-1989, bajo el régimen del art. 24 transitorio de la Constitución*, Revista Ius et Praxis, Vol. 9 N° 1, Talca, año 2003.
5. BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *La doctrina de la separación de poderes y el poder judicial chileno*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXX, Valparaíso, Chile, 1° Semestre, año 2008.
6. BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, *Sentencia de Inaplicabilidad Sobre la Inconstitucionalidad del Juez Tributario (Corte Suprema)*, Revista de Derecho, Vol. XVII, diciembre 2004.
7. BRAVO BOTTA, Esteban, RAMÍREZ KRAUSE, Claudia, SAAVEDRA RAMÍREZ, Karin, en su estudio titulado *Análisis de la cuestión de inconstitucionalidad a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 681-2006*, Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, Vol. 76, año 2012.
8. CLARO SOLAR, Luis, *Los decretos leyes y el recurso de inaplicabilidad que establece el artículo 86 de la Constitución*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, año 1933, Tomo XXXI, 1° Parte, Sección Derecho.
9. COLOMBO C. Juan, *Protección jurisdiccional de la Constitución. La Declaración Judicial de Inconstitucionalidad*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XII, agosto de 2001.
10. CORTÉS ZAMBRANO, Sonia, *Equilibrio y Control del Poder Político*, Revista Vía Inveniendi et Iudicandi, del Centro de Investigaciones Francisco de Vitoria de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Colombia, ISSN N° 1909-0528, Edición N° 13, Vol. 7, N° 1, Enero-Junio del año 2012.

11. CRISTI BECKER, Renato, *La génesis de la Constitución de 1980: una lectura de las Actas de la Honorable Junta de Gobierno*, Revista de Ciencia Política, Volumen XIX, año 1998.
12. DAVIS CASTRO, Cristian, *Las Reformas al nuevo Tribunal Constitucional chileno*, Lex et Veritas, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Internacional SEK, Santiago, Vol. 4, años 2006-2007.
13. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás, *La autotutela administrativa*, en *Instituciones Básicas del Derecho Administrativo*, OpenCourseware de la Universidad Carlos III de Madrid, marzo del año 2009.
14. DICK HOWARD, A. E. *Decir qué es la ley. El Tribunal Supremo como árbitro de la constitucionalidad* (dentro del número mensual dedicado a “La Corte Suprema de Estados Unidos, El Tribunal Máximo del país”), Revista Temas de la Democracia, publicada por la Oficina de Programas de Información Internacional del Departamento de Estado de Estados Unidos, abril de 2005.
15. DUVAUCHELLE RODRÍGUEZ, Mario, *La justicia naval penal chilena, una mirada a su evolución histórica*, Revista de Marina N° 3 año 1998.
16. ENDRESS G. Sergio *La jurisdicción tributaria en el banquillo de los acusados*, Revista de Estudios de la Justicia, N° 5, año 2004.
17. FERMANDOIS V. Fernando, *Inaplicabilidad de la Ley de Monumentos Nacionales: hacia la inconstitucionalidad de la expropiación regulatoria en Chile: Inmobiliaria Maullín Ltda. con Fisco de Chile. Inaplicabilidad, Rol 4309- 2002, 18 de junio de 2002*, Sentencias destacadas: Anuario de jurisprudencia: una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago, año 2004.
18. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel, *Inaplicabilidad del Decreto Ley N° 2.695 y derogación tácita*, Revista de Derecho, Valdivia, Volumen IV, diciembre de 1993.
19. FERRADA BÓRQUEZ, Juan, *Los Derechos Fundamentales y el Control Jurisdiccional*, Revista de Derecho de Valdivia, Vol. XVII, diciembre del año 2004.
20. FIAMMA OLIVARES, Gustavo, *El recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (Antecedentes contenidos en las Actas Oficiales)*, Revista Gaceta Jurídica N° 94, año 1988.
21. FIGUEROA G. Rodolfo, *La acción de inaplicabilidad y el principio de igualdad*, Cuaderno de Análisis Jurídico, año 1996.

22. GARCÍA-PELAYO, Manuel, en *Estado legal y estado constitucional de derecho*, Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1991.
23. GÓMEZ BERNALES, Gastón, *Algunas ideas críticas sobre la jurisdicción constitucional en Chile*, Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, Vol. 4, N° 1, año 1998.
24. GÓMEZ BERNALES, Gastón, *La jurisdicción constitucional: fundamento de la acción o recurso de inaplicabilidad, crónica de un fracaso*, en Foro Constitucional Iberoamericano N° 3, año 2003.
25. GONZÁLEZ COLVILLE, Jaime, *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, Año LXXV N° 118 - Vol. II.
26. HERRERA, Carlos Miguel, *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución*, Biblioteca Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año 1995.
27. LARRAGUIBEL Z., Santiago, *El Decreto con Fuerza de Ley N° 424 y la suspensión del lanzamiento*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, año 1954, Tomo LI, 1° Parte, Sección Derecho, págs. 32 a 72.
28. NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la acción de inconstitucionalidad de la ley entre los años 2006 y 2012*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 39, diciembre de 2012.
29. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La Delegación de Facultades Legislativas en el Ordenamiento Jurídico Chileno*, Revista Ius et Praxis, Año 7 N° 2, Universidad de Talca, año 2001.
30. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La Reforma Constitucional a la jurisdicción constitucional: del doble control concentrado de constitucionalidad a la concentración del control en el Tribunal Constitucional*, Revista Ius et Praxis, N° 1, Vol. 8, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, año 2002.
31. NOVOA MONREAL, Eduardo, *Justicia de clase*, Revista Mensaje, N° 187, Santiago, marzo-abril de 1970.
32. PALOMO VÉLIZ, Diego, *La anulación de los procesos tributarios por parte de la Sala Tramitadora de la Corte de Apelaciones de Santiago: algunas notas en torno al derecho de acceso a la justicia en estas materias*, artículo de jurisprudencia, Revista Ius et Praxis, Volumen 9, N° 1°, Talca, año 2003.
33. PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el Estado de Chile*, Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, N° 13, agosto de 2005.

34. PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *La supremacía Constitucional y su control: el caso chileno*. Artículo publicado en la Revista de Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Central, año V, año 1990.
35. PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *El recurso de queja y las sanciones a los jueces*, en Revista Fallos del Mes, separata, diciembre de 1996.
36. PIERRY ARRAU, Pedro, *Prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado. Situación actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, N° 10, diciembre de 2003.
37. PRECHT PIZARRO, Carlos, *Derecho material de control judicial en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile: derogación tácita e inaplicabilidad (1925-1987)*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, año 1987, Tomo LXXXIV, 1° Parte, Sección Derecho.
38. RIBERA NEUMANN, Teodoro, *El Tribunal Constitucional, su proceso de legitimación*, Cursos, abril de 1999.
39. RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, *El control correctivo de constitucionalidad de la ley*, artículo que puede encontrarse en Hemiciclo, Revista de Estudios Parlamentarios de la Academia Parlamentaria, Cámara de Diputados de Chile, N° 3, Segundo Semestre del año 2010.
40. RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, *El control difuso de constitucionalidad de la ley en la República de Chile*, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Vol. XXIII, año 2002.
41. RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, *La reforma de 2005 a la Constitución chilena*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N° 7, año 2007.
42. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Constitucionalidad de las leyes penales en blanco*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 8, año 1984.
43. RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús, *Estado de Derecho y Democracia*, Ensayo, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, N° 12, México.
44. RUBANO LAPASTA, Mariela, *¿Procede la inconstitucionalidad de fondo y forma, o sólo la primera?*, Revista de Derecho, Valdivia, Vol. VII, diciembre año 1996.
45. SAENGER GIANONI, Fernando, *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad, Jurisprudencia 1980-2003*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, año 2003.
46. SAENGER GIANONI, Fernando, *Veinte años de recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional N° 7, Año 2003.

47. SCHWEITZER S., Daniel, *Jurisdicción de la Corte Suprema. Sus facultades conservadoras y disciplinarias frente a los Tribunales Militares*, Revista de Derecho Procesal, N°s 9 y 10, 1° y 2° Semestres, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, año 1975.
48. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Valor Jurídico de las Disposiciones Constitucionales transitorias*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, año 1971, Tomo LXVIII, 2° Parte, Sección Derecho.
49. SILVA CIMMA, Enrique, *Sobre inaplicabilidad de los artículos 2° y 3° Transitorios de la Ley N° 16.640, de Reforma Agraria. Informe en Derecho*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, año 1968, Tomo LXV, 1° Parte, Sección Derecho.
50. SILVA GALLINATO, María, *Comentario a la sentencia Rol 1018-09 de la Corte Suprema*, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Volumen 20, N° 2, Coquimbo, año 2013.
51. SILVA IRARRÁZABAL, Luis, *Insuficiencia del principio de supremacía constitucional en el control de constitucionalidad de los actos administrativos*, Estudios Constitucionales, Año 5 N° 1, Universidad de Talca, año 2007.
52. SILVA IRARRÁZABAL, Luis, *La derogación tácita por inconstitucionalidad. Comentario a la sentencia de casación dictada por la Corte Suprema, Sociedad Establecimiento Comercial Comarrico Ltda. con Héctor Alvear Villalobos, de 28 de septiembre de 2010, Rol 1018-09*, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, año 18, N° 1, año 2001.
53. SOMARRIVA, Manuel, *Jurisprudencia sobre decretos con fuerza de ley y decretos-leyes*, Boletín de Seminario de Derecho Público de la Universidad de Chile, N° 3, Santiago, año 1934.
54. TÓRTORA ARAVENA, Hugo, *Las limitaciones constitucionales al derecho a la vida*, Nomos, Universidad de Viña del Mar, N° 3, año 2009.
55. VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio, *Proposiciones para la Reforma Judicial*, Centro de Estudios Públicos, año 1991.
56. 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 comprendido dentro de la órbita de aplicación del artículo 80 de la Carta Fundamental*, Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, N° 59, año 1996.
57. VARELA, Alex, *Decretos leyes y decretos con fuerza de ley*, en Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Chile, N° 2 y 3, Santiago, año 1934.

58. VARELA VARELA, Raúl, *El valor constitucional de la Ley N° 9581*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, año 1950, Tomo XLVII, 1° Parte, Sección Derecho.
59. VARGAS DELGADO, Iris, *El Decreto de Insistencia y la Doctrina Mewes: límites del decreto supremo y la nulidad de derecho público “ipso jure” en la Constitución de 1925*, Revista Chilena de Derecho, N° 27, Vol. 27 N° 2 (abril/junio año 2000).
60. VERDUGO M., Mario, *Los principios del constitucionalismo clásico en los ordenamientos fundamentales de Chile*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, N° 19-20, año 1976.
61. WALKER L. Francisco, VERGARA B. Carlos, GAETE B. Alfredo, LAGOS M. Gustavo, *Interpretación de la Ley N° 9581, que aumentó la gratificación de los empleados particulares*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, , Tomo XLVII, 1° Parte, Sección Derecho.
62. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Marbury vs Madison y el control de constitucionalidad*, en Notas sobre la Constitución americana, Ecuador.
63. ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *Controles de la Potestad Legal y Reglamentaria*, Artículos de Doctrina, Revista Ius et Praxis, Vol. 7, N° 2, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 2001.

DOCUMENTOS

Anexo 1

ACTA*

*Oficio del Tribunal Pleno de la I. Corte de Apelaciones de Santiago dirigido al señor Ministro de Justicia, haciéndole ver que el Presidente de dicho Tribunal no puede concurrir a sus sesiones debido a la detención ordenada en su contra por el Supremo Gobierno, por lo que pide su liberación

En Santiago, a 25 de febrero de 1927, se reunió la Iltma. Corte de Apelaciones con asistencia de los señores Ministros don Carlos A. de la Fuente, que preside como el miembro más antiguo en reemplazo del titular don Felipe S. Urzúa, don Maximiliano Avalos, don Horacio Hevia, don Ernesto Bianchi Tupper, don Alejandro Fuenzalida, don Alfredo Rondanelli, don Guillermo Silva Cotapos, Don David Carvajal, don Mariano Fontecilla, don José M. Hermosilla y don Bonifacio Toledo, acordó:

1° Aprobar el oficio que el Presidente envió al señor Ministro de Justicia, manifestándole que el tribunal ha sido citado para el día de hoy y siguiente a las 10 A.M., con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 33 y 34 de la Constitución, citación que ha sido inspirada en vista de haberse tenido conocimiento oficial de la aprehensión de algunos Senadores y Diputados y, como según lo afirma la prensa de hoy día, don Felipe Urzúa, Presidente de este Tribunal, ha sido detenido por orden de uno de los señores Ministros de Estado, se hacía necesario pedir al Supremo Gobierno que, si lo tenía a bien, impartiera las órdenes pertinentes para que pudiera asistir dicho funcionario a las recordadas reuniones.

2° Poner en conocimiento del Supremo Gobierno que el Tribunal, en obediencia a lo dispuesto en el artículo 34 de la Constitución, se halla reunido y se reunirá diariamente, esperando que los Senadores y Diputados aprehendidos, sean puestos a su disposición.

El artículo nombrado dice a la letra:

‘En caso de ser arrestado algún Diputado o Senador, por delitos flagrantes, será puesto inmediatamente a disposición de la Corte de Apelaciones respectiva, con la información sumaria. La Corte procederá entonces conforme a los dispuesto en el artículo precedente”, el cual dispone que ningún Diputado o Senador, desde el día de su elección, puede ser acusado, perseguido o arrestado, salvo el caso de delito flagrante, si la Corte de Apelaciones, de jurisdicción respectiva, en Tribunal Pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa’.- (Fdos)- Carlos A. de la Fuente- Maximiliano Avalos- Horacio Hevia- Ernesto Bianchi Tupper- Alejandro Fuenzalida- Alfredo Rondanelli- G. Silva Cotapos- D. Carvajal Arrieta- Mariano Fontecilla- J. M. Hermosilla- Bonifacio Toledo- Claudio Droguett, Secretario.

Anexo 2

ACTA*

*Resolución del Tribunal Pleno de la I. Corte de Apelaciones de Santiago donde decide archivar el Oficio del señor Ministro de Justicia, por el cual éste le había informado que no podía permitir que el Presidente de dicho Tribunal pudiera concurrir a sus sesiones

En Santiago, a 27 de febrero de 1927, se reunió extraordinariamente la Corte de Apelaciones con asistencia de los señores Ministros don Carlos A. de la Fuente, don Maximiliano Avalos, don Horacio Hevia, don Ernesto Bianchi Tupper, don Alejandro Fuenzalida, don Alfredo Rondanelli, don Guillermo Silva C., Don David Carvajal, don José M. Hermosilla y don Bonifacio Toledo, fue presidida por el Ministro más antiguo, don Carlos A. de la Fuente, en reemplazo del titular don Felipe S. Urzúa, y se acordó:

1° Archivar el oficio número 189, de febrero 25 del corriente, en que el Ministerio de Justicia declara que no puede permitir la asistencia del señor Ministro Urzúa, a las reuniones extraordinarias correspondientes a los días 25 y siguientes, para que ha sido citado el Tribunal.

2° Designase al señor Ministro don Moisés Lazo de la Vega, para que continúe conociendo de los procesos por irregularidades en la Oficina de Especies Valoradas y contra Anselmo Valenzuela por desacato, de que conocía el Ministro don Felipe Urzúa, y de los cuales este funcionario debe desprenderse por haberle correspondido la Presidencia de la Corte, durante este año.- (Fdos)- Carlos A. de la Fuente- Maximiliano Avalos- Horacio Hevia- Ernesto Bianchi Tupper- Alejandro Fuenzalida- Alfredo Rondanelli- G. Silva Cotapos- D. Carvajal Arrieta- J. M. Hermosilla- Bonifacio Toledo- Claudio Droguett, Secretario.

Anexo 3

HUMBERTO TRUCCO FRANZANI

El 18 de Abril de 1951 falleció el Presidente de la Excma. Corte Suprema y Profesor de Derecho Procesal de la Facultad, don Humberto Trucco Franzani. Como un Homenaje al distinguido jurista, publicamos el discurso que pronunciara en sus funerales el Profesor don Manuel Urrutia Salas*

*Pronunciado con fecha 19 de Abril de 1951, en el Cementerio General a la muerte de Don Humberto Trucco Franzani, Ministro y Presidente de la Corte Suprema de Justicia

Excmo. Señor Presidente de la República, Excelencias, señores y señoras:

A la Escuela de Derecho del viejo Casón Universitario, por cuyas aulas pasaran tantos y eminentes ciudadanos, distinguidos después en la administración, en la judicatura, en la política o en la diplomacia, llegó un día, a dictar su cátedra, un magistrado que traía por todo pergamino, la aristocracia de su inteligencia; y por toda recomendación, una juventud entregada por entero al estudio y al culto del Derecho y una madurez, que más tarde derramara profusamente a la justicia. Sus condiciones excepcionales, el maravilloso edificio de su espíritu, su saber sin vanidad, su aguda inteligencia, lo hicieron pronto conquistar la fama de justo, de sabio y de prudente. Su nombre se fundió en el concepto y para todos ese magistrado judicial, que llegó un día a dictar su cátedra de Derecho, fue el Maestro. Sin quererlo; sin buscar con empeñoso afán el título, fue el Maestro, por la consideración unánime de sus compañeros de labor, tanto en la cátedra como en la magistratura; Fue el Maestro, para lo que fueron y no fueron sus propios alumnos; Fue el Maestro, para quienes tuvieron la gracia de buscar en su pensamiento la solución a los más difíciles problemas del Derecho. Hablar del Maestro, era hablar de don Humberto Trucco Franzani. Las grandes distinciones son la resultante de una conciencia unánime, son la consecuencia de un pensamiento colectivo. Extraordinario estratega del Derecho, jugaba con los conceptos y sus respuestas saltaban de inmediato, sin vacilar siquiera. Sus argumentos eran macizos; Sus reflexiones, la expresión de su agudeza y su saber. Estudioso incansable, fue el primero que divulgó los estudios de los grandes maestros italianos de su especialidad, el Derecho Procesal, y dio a conocer así, las Investigaciones que habían realizado los magníficos jurisconsultos Tudescos, fieles intérpretes de los viejos textos

latinos, cuyas erróneas traducciones se habían mantenido por siglos, y con ello, erradas concepciones de las fuentes romanas. Como la luz que rompe las penumbras y precisa los agudos perfiles de las cosas, el pensamiento del Maestro precisaba los perfiles del Derecho. Sin embargo, no era su voz ni su palabra el mágico discurso que arrancara efímeros aplausos. Nunca las aguas profundas cantaron bulliciosas. Mientras más hondas, más tranquilas; mientras más tranquilas, más claras y serenas. Y así fue su palabra: sencillez de agua clara, profundidad de agua tranquila. Amó lo justo, porque esa era su ley; Adoró lo bello, porque así era su alma; Hizo de su vida un ejemplo de virtudes y de austeridad, porque era el Maestro. No sabía de pasiones, ni de odios; no lo atraían las mundanas vanidades, ni los títulos. La modestia y la bondad fueron como dos surtidores de su espíritu. La pobreza fue una oculta compañera en toda su carrera judicial. Esa pobreza que dignamente afrontan nuestros jueces, siempre dispuestos a servir de refugio seguro a quienes los olvidan en los momentos de holgura y de bonanza y los buscan con ansiedad, en las horas de inquietudes y zozobras. Así muere el Presidente de la Corte Suprema de Chile, el magistrado prudente y sabio; el Maestro bondadoso y paternal; Así muere, quien rindió un culto a la vida misma, porque la vida era para él, sencillez y sobriedad; era verdad y justicia; era bondad y perdón. La Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, me ha conferido el alto honor de despedir en su última morada, a quien fuera uno de sus más ilustres catedráticos. Cumplo esta dolorosa misión y en nombre de esa Facultad despido al colega de labores universitarias, don Humberto Trucco Franzani y me inclino reverente ante el Maestro. Maestro, tu voz suave y serena, sin estridencias, sin vanidad, será para nosotros, nuestros colegas de cátedra y profesores de la Escuela de Derecho, una dulce y lejana canción, suspendida para siempre en el espacio.

Anexo 4

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL MINISTRO DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA, SEÑOR MIGUEL AYLWIN, EN LOS FUNERALES DE DON ABRAHAM OYANEDEL*

* Don Abraham Oyanedel fue Ministro y luego Presidente de la Corte Suprema de Justicia. En esa calidad ocupó la Vicepresidencia de la República en 1932, entre el 2 de octubre y el 24 de diciembre

Señores:

Silenciosa como su vida, ha llegado la muerte de don Abraham Oyanedel, hombre bueno, magistrado eminente, ciudadano ejemplar.

Era la suya un alma pura, dotada de profunda comprensión humana. No lo atormentaban las complicaciones de la vida, y a la vera del camino, la dejaba pasar sin pedirle otra cosa que dejarlo a él en el silencio.

Del rincón provinciano donde empezara su carrera funcionaria, sin pedírselo a nadie, llega un día de Juez a Valparaíso. Pronto se sabe que el nuevo magistrado es expedito, trabajador y eficiente, que el juzgado de la gran ciudad no tiene sorpresas para él y, sobre todo, que es recto, independiente y sin amigos. Agregados a esto su caballerosidad y sencillez, en unos pocos meses, tal vez en unas cuantas semanas, hace suyas, sin reserva, la admiración del foro y el respeto de todos.

Rodeado de este ambiente llega luego a la Corte de Apelaciones, reconocido ya como un alto valor de la magistratura. Él es el único que desconoce sus merecimientos; se lo impide su modestia.

Alguien dice un día en su presencia en el seno del tribunal, a propósito de una Visita Extraordinaria en proceso de mucha resonancia, que esa causa sería para el Visitador -que lo era él- el camino hacia la Corte Suprema. Al oírlo se ruboriza como un niño, y con vehemencia nacida de lo íntimo de su modestia herida protesta de que se ligue su nombre a cosa tan lejana; pues bien, antes de dos años, en una de las elecciones más rectamente inspiradas en el servicio exclusivo de la justicia, don Abraham es llevado

al seno del más alto tribunal de la República. “¡Cómo me he acordado de Ud. en estos días!», dice entonces a la persona que había hecho el vaticinio. «¡Nunca pensé que eso pudiera ser realidad!»

Y fue, por cierto, don Abraham Oyanedel un gran Ministro de la Corte Suprema y fue luego su Presidente, y en el ejercicio de ese cargo, por el ministerio de la ley, desempeñó la Vicepresidencia de la República en horas de angustia para el país.

Quiso el destino que el ciudadano modesto que desdeñaba las grandezas, los honores se empeñaran en alcanzarlo. Sea dicho en su loor, que su hombría de bien y pensamiento sereno, que inspiraban confianza, contribuyeron en mucho, en aquella oportunidad a devolver al país al cauce constitucional perdido. La Nación le debe este servicio.

La Corte Suprema, en cuyo nombre hablo, se inclina reverente ante los despojos del jefe, del compañero y del amigo.

Anexo 5

LOS JUECES, SERVIDORES DEL DERECHO Y LA JUSTICIA

Gloria Olivares Godoy

Presidente de la Corte de Apelaciones de Antofagasta*

*Discurso inaugural del año judicial de 1988 de la I.
Corte de Apelaciones de Antofagasta

Nos hemos reunido para reflexionar, en esta audiencia solemne, sobre nuestro quehacer jurisdiccional; para seguir caminando renovados; para retomar la inspiración primera y última de nuestra vocación de magistrados al servicio del Derecho y la justicia.

La historia del Derecho nos muestra que la conciencia de la mayoría de los pueblos alude, antes de toda reflexión, a un derecho natural, anterior a toda legislación humana, el cual, como sabemos, tiene su fundamento ontológico en la naturaleza misma del hombre. Este fundamento, junto con su cognoscibilidad, le otorgan a aquél una validez universal y lo convierten en criterio de toda legislación. Como el hombre es persona en sociedad e historia, el derecho natural tiene por fundamento la existencia social misma de los hombres, es decir, el conjunto de relaciones entre ellos, por el hecho de tener que vivir en sociedad. La naturaleza del hombre está íntimamente vinculada con lo divino. Como nos refiere el Libro de Génesis, Dios crea al hombre “a su imagen y semejanza” para que sea cocreador con él. Dios crea las cosas “a medias” en el doble sentido: las deja sin terminar, para hacerlas a medias con nosotros. El derecho natural es como una delegación que Dios hace a los hombres para que encuentren su camino jurídico y, más aún, ético. Por otra parte, comprendemos la naturaleza humana como un ser histórico y cultural, abierto a nuevas realidades -y por eso creador de nuevas culturas- pero dentro de un fondo común que es apertura hacia la realidad que cambia constantemente. El hombre es un diálogo constante con un mundo que él mismo cambia, con los otros que cambian igual que él y con la sociedad que es su producto. Estamos ante una pieza fundante del Derecho. Ella -el derecho natural- es como el alma o el espíritu (por su carácter divino) que se manifiesta a través de diversas concreciones ético-jurídicas en diversas situaciones culturales o históricas. Así pues, del derecho natural arranca el derecho positivo.

A través de la historia vemos cómo el derecho se va configurando, resguardando siempre la dignidad del individuo, junto con el desvelo por el bien común.

El Derecho resguarda la dignidad del hombre y el bien común.

La palabra Derecho se entiende aquí como un acto que hay que hacer y como una prestación que hay que cumplir. Y la ley como una ordenación de la razón en vista al bien común, promulgada por quien tiene poder para hacerlo. Por tanto, la ley es producto de un ser inteligente, capaz, que quiere ordenar las cosas, las personas, la sociedad, en aras del bien común. El que tiene poder, la ejerce, pero el poder no basta, debe ir acompañado de autoridad. El poder -bien entendido- viene de la necesidad real de la sociedad o comunidad de ser dirigida y organizada. En ese contexto se inserta nuestra labor: en los magistrados recae la enorme tarea e importantísima responsabilidad de “ejercer autoridad según la ley”. Tenemos poder, sí, pero más importante es que ejerzamos “como quien tiene autoridad”. El poder sin autoridad se vuelve baldío, inoperante, despótico... de aquí la importancia de estar imbuidos del “sentido del Derecho”, empapados por el deseo de aplicar la ley con justicia.

Así nos lo enseña nuestra formación humanista. La ley propende por su propio dinamismo interno de justicia.

Se constata que los hombres más allá de las diferencias éticas, religiosas o políticas, consideran que subsiste en el “alto” que debe ser respetado y que llama a su realización. Me refiero al ya aludido derecho natural. Es “algo” común a todos los hombres y que debe ser la base de todo orden jurídico, político y social; las mismas luchas por la justicia que muchas veces atacan el orden legal establecido están haciendo referencia y valores -como la paz, la verdad, la libertad, la igualdad...-, valores que se estiman más allá de la facticidad o del derecho positivo. De aquí que la ley trasunta siempre un valor, lo protege, lo resguarda y lo cuida. En toda norma se esconde y se nos revela un valor; por lo mismo que en la aplicación de la ley debemos ser cautos y ecuanímenes, porque nos asiste la certeza que estamos -junto con la ley- propugnando un valor. Así, la defensa de la ley nos humaniza, nos hace más personas, realizándonos en lo más íntimo de nuestro ser. No sólo hacemos justicia, sino que, más importante que ello, nos hacemos justos.

El Derecho es la obra magna del hombre: porque es fruto de su pensamiento. El Derecho es hecho por el hombre y para el hombre, es un compromiso con todos los hombres. No está motivado por intereses mezquinos. De allí que busque encarnar en el corazón de la sociedad los valores propios y específicamente humanos, para construir una sociedad

informada por ellos. No obstante, estos valores no pueden quedar dejados al libre arbitrio. Así como nadie puede ser persona sin un mínimo de coacción. Tampoco puede haber sociedad sin una coacción Natural positiva.

El Derecho busca la paz y la seguridad... ¡Qué inmenso desafío para nosotros! Como dijo el memorable Papa Pío XII: “La paz tiene su sustento en la justicia” (él se refería a la paz mundial y a la justicia internacional). Fijémonos bien, con atención. Veamos cuánta fineza esconde éste desafío. Quién de nosotros no ha buscado la paz en lo íntimo de su corazón... Experimentamos cómo se nos resbala cuando creemos poseerla; cuán rápido se desvanece; cuán de inmediato se nos arrebatada. Todos vemos lo importante que es lograr la paz, aún cuando sabemos cuán efímera es. ¿Cuánta paz nos hace falta en nosotros y en nuestra sociedad? Ya nos los decía la mayor autoridad en el mundo, el Papa Juan Pablo II: “Lograr la paz requiere el esfuerzo de todos..., perderla, sólo el de unos pocos”.

Resuena con esperanza, por nuestra formación profesional, y por nuestro “sentido del Derecho”, que cualquiera que sea la situación político-socioeconómica, el Estado de Derecho conserva su genuino e irrenunciable valor. “Estado de Derecho” que se trasunta, principalmente, en el poder judicial, del cual nosotros -los jueces- somos los detentores. Aquí está la condición “sine qua non” del ejercicio del Derecho, de la realización de nuestra vocación al servicio de la sociedad. El Estado tendrá que velar por una sociedad que satisfaga el bien común. El Poder Judicial tendrá que abogar por la justicia social, cuyo objeto es el bien común, al que ha de contribuir cada miembro de la sociedad, pero de una manera especial los que hemos sido investidos como jueces, esta es nuestra misión, este es el sentido de nuestra carrera. Este es el fin de nuestro diario afán diario en nuestro quehacer jurisdiccional.

A mi juicio, es importante que nos detengamos en esta idea. El Estado de Derecho ha sido el factor aglutinante de todos los pueblos civilizados a lo largo de la historia. Entendemos por éste a la existencia de una organización política, fundada en normas de aplicación general y común, igualitarias para todos, y que expliciten la plena vigencia de los derechos esenciales del hombre, la igualdad jurídica de todos los partícipes de esa comunidad, el imperio de la justicia, que posibilita la paz, el progreso, el bienestar y la relativa felicidad que el hombre y la sociedad pueden encontrar. Porque sin justicia no hay Estado de Derecho, por muchas normas o leyes que se dicten, se impongan o existan. Y para que haya justicia es indispensable la existencia de una entidad organizada, compuesta por quienes tengan como misión juzgar; es decir, no puede haber Estado de Derecho sin la existencia

de la organización jurisdiccional, que, para nosotros, está constituida por el Poder Judicial, y por quienes a dicho poder pertenecemos, en cuyo nombre actuamos y cuya función ejercemos.

A través de la historia la organización política de la autoridad, como conductora de la comunidad, ha revestido diferentes expresiones o formas. Se reunía en una sola persona o entidad las facultades de legislar y ejecutar, encargándose las a diferentes cuerpos políticos, como representantes del pueblo; o eligiéndolos por diferentes sistemas. Hasta que el avance de la filosofía y sociología política nos ha dado, como forma generalizada de nuestro Estado moderno, los clásicos tres poderes. Donde cualquiera que haya sido el sistema, persona o entidad que ejerza el gobierno de la Nación, siempre -en toda comunidad civilizada y organizada- ha tenido preponderancia y relevancia excepcional la actividad jurisdiccional: el perfeccionamiento de las instituciones jurídicas, políticas y sociales, de la comunidad, ha estado siempre aparejado con la mayor o menor independencia, respeto y capacidad que tenga el órgano jurisdiccional para imponer justicia, la solución de los conflictos, y, por ende, la paz. Por tanto, no puede haber Estado de Derecho sin la existencia de un Poder Judicial independiente, jerárquicamente organizado, especializado y capacitado profesionalmente. Que sea respetado y obedecido por el pueblo, no por el temor, sino por la ponderación, equidad y ecuanimidad de sus juicios contenidos en sus sentencias y resoluciones.

El Estado de Derecho es la auténtica garantía de todos los hombres en el reconocimiento, ejercicio y defensa de sus derechos individuales, frente a la eventual posibilidad de exceso proveniente o de otros individuos, o de los otros poderes de la organización política de la Nación.

Creo que los jueces en Chile, desde quienes integran el más alto tribunal supremo hasta el último de los magistrados en el más modesto juzgado de la República, hemos dado cabal demostración de nuestra vocación de servicio, al adscribir toda una vida de sacrificio, renunciaciones y limitaciones personales en el esfuerzo de realizar la justicia con las limitaciones e imperfecciones que obviamente provienen de nuestra naturaleza humana.

Los jueces estamos llamados a ser artífices no sólo de un orden justo, sino más aún, somos constructores de la paz social. Esta es la nobleza de nuestra misión.

Somos enviados como jueces de la justicia, como condición de posibilidad para una sociedad justa y en paz. Como dice el salmista: “La justicia y la paz se besan” (Salmo 84).

La altitud de nuestro quehacer exige todo nuestro ser, nuestra total entrega, para disponernos al servicio del Derecho.

No debemos ser hombres y mujeres del Derecho sin volver a tomar conciencia de la enorme responsabilidad que nos cabe y nos ha cabido en la historia.

Más todavía, sabemos que late al interior de nuestra vida judicial un valor más trascendente aún... nos mueve a hacer justicia, no sólo la paz. La justicia es, pues, una exigencia del “amor”.

Podemos sentirnos constructores de una sociedad más justa, más humana y más divina.

Esta es nuestra riqueza, esta es nuestra esperanza: ser justos administradores de un derecho que no nos pertenece. Nos lo apropiamos porque somos cocreadores, junto con el creador. Nuestra meta es ser constructores de lo que el Papa Paulo VI llamó la “civilización del amor”.

Termino:

Elevando una oración a Dios Nuestro Señor, para que infunda en nosotros -los jueces- su espíritu de sabiduría; su espíritu de paciencia; su espíritu de comprensión y mansedumbre; pero, sobre todo, su espíritu de justicia y de amor. Permítenos, Señor, no sólo administrar nuestra ley, sino por encima de ella ser portadores de tu ley del amor, que resume y encierra toda la ley. Haz que no sólo seamos jueces sino también justos y magnánimos. Porque sabemos que Tú serás nuestro juez.

Anexo 6

LANZAMIENTO LIBRO EN HOMENAJE A DON PAULINO VARAS ALFONSO

Hugo Dolmestch Urra

Presidente de la Corte Suprema de Justicia*

*Discurso realizado en el Salón de Honor del máximo tribunal del país, con la presencia del homenajeado, el día 25 de mayo de 2016

Es un gran honor para mí participar, a nombre del Poder Judicial, en este merecido acto de reconocimiento a nuestro colega y dilecto amigo don Paulino Varas Alfonso.

La obra que hoy se da a luz celebra, con justicia, la extensa trayectoria de un hombre excepcional, que ha sido capaz de condensar dos importantes ámbitos esenciales para nuestra convivencia en general y para el mundo del Derecho en particular: el servicio público y la docencia, manteniendo eso sí, incólume y siempre en primer plano, su sencillez, afabilidad y alegría.

Nuestro homenajeado ha hecho del servicio público el sujeto y objeto de su vida. Tal vocación lo ha llevado a estar presente en las más variadas actividades públicas: Ministro o subsecretario de Estado, abogado de la Contraloría General de la República, Consejero y Presidente del Consejo de Defensa del Estado, Presidente del Tribunal Arbitral de Marcas Comerciales, del Tribunal de Reclamos sobre Contingentes de Exportación o juez del Tribunal de Alzada en causas de Comercio, del Tribunal de Apelaciones sobre Combustibles, o bien Abogado Integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago y del Tribunal Constitucional, entre otros cargos desempeñados.

Pero como si lo anterior no bastara, debe decirse con justicia que si hay algo que identifica y distingue notoriamente a don Paulino Varas Alfonso, es su calidad de Profesor de Derecho. Con más de 60 años de actividad académica ha formado a decenas de generaciones de abogados en distintas universidades, principalmente en la Universidad de Chile, la que reconoce como su casa.

Su extendido desempeño como servidor público lo ha hecho merecedor de numerosas distinciones, como la “*Medalla del Excelentísimo Tribunal Constitucional por su desempeño de Abogado Integrante durante el período 2003-2006*”, la designación de “*Maestro del Derecho Público Chileno*” por el Tribunal

Constitucional en el año 2006, el “*Diploma de Honor del Consejo de Defensa del Estado por 30 años de Servicios*”, o el *premio Colegio de Abogados de Chile* en reconocimiento a sus 50 años de ejercicio profesional.

Como profesor, ha recibido el “*Diploma de Honor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*” por 30 y 49 años de servicios, y ha sido elegido por sus alumnos como el Mejor Profesor de esa Facultad en 1967 y 1971, y por la Universidad de Chile, como Mejor Docente de Pregrado en 2004.

Sin embargo, creo que no sólo los premios y distinciones demuestran la estatura de un hombre. Porque lo que hace destacar a nuestro homenajeado es el ejercicio práctico de un valor que nítidamente lo destaca y que todos apreciamos: su autenticidad.

Como al respecto bien describe don Agustín Squella, “*auténtico es el que se hace a sí mismo, pero también el que sabe ser fiel a sí mismo. Un hombre, diríamos, del tipo de los originales, no de las simples copias*”. Se trata, en definitiva, de quien consigue conformar su vida exterior con su mundo interior, hacer coincidir sus actos y palabras con sus ideas y reflexiones.

Esta virtud no obedece al temor de ser escrutado por otros; contrariamente, consiste en ser capaces de mirarnos a nosotros mismos y de reconocernos. En ello, no se crea que haya un acto de vanidad o ensimismamiento, es la subjetividad de quien se entrega a la comunidad, la generosidad del que se sabe valioso por lo que es y no por lo que deja mostrar.

La autenticidad del profesor Varas lo ha llevado a ser inmensamente querido por sus alumnos, de ser percibido como alguien sin dobleces, de ser un ejemplo de vida y de servicio.

Y no sólo intento destacar a quien posee un vasto conocimiento del Derecho Público, o su capacidad como formador, su habilidad para irradiar y transmitir esos conocimientos. Quiero igualmente hacer notar la alegría con que actúa y trasluce en su vida; es esa sabiduría lo que genera cercanía con sus alumnos.

Esta extendida y prolífica labor docente y de servicio público, ejercidos durante largos períodos a través de la judicatura ordinaria o especializada, ha motivado a la Asociación Chilena de Derecho Constitucional a rendirle un merecido homenaje, en el que han participado 23 autores, bajo la coordinación académica de la profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile doña Ana María García Barzelatto, quienes entregan a la comunidad jurídica 20 artículos, los que sin duda serán un aporte al estudio y el avance del Derecho Público nacional.

La relación entre el Maestro Paulino Varas y la judicatura salta a la vista al revisar algunos de los temas escogidos por los autores para homenajearlo,

y que llamarán la atención del Poder Judicial en su conjunto, como el titulado “*Procedencia de la acción constitucional de protección contra resoluciones judiciales (o cuando la acción sí es recurso)*”, de Roberto Cárcamo y Francisco Almonacid; el referido al gobierno judicial chileno y modelos comparados, a la luz del principio constitucional de independencia, de Kamel Cazor y Gonzalo Cortés; el estudio del profesor Luis Cordero Vega, denominado “*Poder Judicial, régimen disciplinario e independencia judicial*”; el trabajo de la coordinadora académica de la obra, que estudia las “*Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional*”; el referido a uno de los temas que refleja de mejor forma la relación y colaboración regulada por nuestro ordenamiento jurídico entre diversos poderes del Estado: la “*Facultad de la Corte Suprema de emitir su opinión en la tramitación de las leyes orgánicas*”, tema estudiado por el profesor Enrique Navarro, a la luz de la jurisprudencia sobre la materia del Tribunal Constitucional.

Otros temas interesantes y que pudieren ser más o menos polémicos, pero no por eso menos importantes de ser estudiados, incluyen el “*Control de constitucionalidad de los Auto Acordados en la Constitución de 1980*”, analizado por Salvador Mohor; la Composición y Generación de la Corte Suprema, a quien Emilio Pfeffer dedica sus reflexiones; la “*Independencia económica y flexibilidad presupuestaria del Poder Judicial en Chile*”, escrito por Teodoro Ribera y Roberto Ruiz; o “*El principio de congruencia en la doctrina y en la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema*” de Lautaro Ríos; o el estudio sobre una eventual “*Responsabilidad patrimonial del Estado por conductas del Poder Judicial*”, de Cristian Román.

Asimismo, creo que es probable que la vocación por lo judicial del profesor Paulino Varas haya motivado la elección de los temas que dos importantes y reconocidos profesores constitucionalistas han dedicado sus esfuerzos: El “*Derecho a la jurisdicción, tribunales independientes y jueces imparciales como estándar mínimo de respeto de los derechos de las personas en la Constitución y el sistema interamericano*”, de Humberto Nogueira y, por otro lado, “*El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia*”, de Mario Verdugo.

Los artículos que brevemente he mencionado, en su gran mayoría y en concordancia con la calidad académica del homenajeado, realizan un análisis más o menos crítico del tema estudiado, hacen diagnósticos y formulan propuestas desde su especialidad: la academia, lo que siempre será bienvenido y considerado un aporte por nuestras juezas y jueces y la comunidad jurídica, que mira al Poder Judicial con interés y como objeto de estudio. La crítica seria y bien fundamentada será siempre bienvenida, y los invito a seguir o unirse en sus reflexiones e investigaciones sobre la materia.

Por su entrega demostrada a la profesión, al servicio público y a la formación de juristas, expresada además con simpleza y naturalidad, en el trato responsable y cariñoso con sus alumnos, en la enseñanza y formación de discípulos, es que es justo y gratificante rendir tributo al profesor Varas a través de esta obra, que dibuja su importancia a través del recurso vital de nuestra formación y ejercicio profesional que es el libro.

Para concluir, reitero mi alegría y orgullo de haber participado en esta ceremonia porque, y él lo sabe muy bien, de su persona sólo tengo los más gratos recuerdos y un claro sentimiento de gratitud por su capacidad de entregar a la juventud ayuda y estímulos para su progreso individual. Siempre llegó a mi oficina, apurado y falto de sosiego, pero alegre y dispuesto a ayudar a quien lo necesite.

Gracias, profesor por todo lo que significa para los abogados de este país y gracias a la Asociación Chilena de Derecho Constitucional por decidir que este libro homenaje se refiera al Poder Judicial, ligado a la persona de Paulino, y gracias por permitirme esta intervención.

Muchas gracias
